

Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni *

di *Luigi Arcidiacono*

SOMMARIO: 1. La sostanziale fragilità dell'art. 28 della l. n. 87 del 1953. – 2. *Segue*: la mancanza di indicazione di limiti espliciti all'attività della Consulta. – 3. La Corte nell'intento del costituente. – 4. Il significato dell'art. 28 della l. 87/53 nel contesto politico bipolare. – 5. L'accentuazione del ruolo politico della Corte: il problema della sua responsabilità. – 6. I sintomi più recenti del ruolo "avanzato" della Corte: a) le sentenze di ammissibilità del referendum su leggi elettorali. – 7. *Segue*: b) l'ordinanza n. 334/2008 nel conflitto di attribuzione tra Camere e Corte di cassazione. – 8. *Segue*: c) la sentenza 151/2009 e l'illusione di un bilanciamento giurisprudenziale.

1. *La sostanziale fragilità dell'art. 28 della l. n. 87 del 1953*

La recente sentenza n. 151/2009 offre buono spunto di riflessione sul percorso che da qualche tempo la Corte costituzionale ha compiuto, eludendo gli argini, peraltro deboli ed agevolmente aggirabili, che il legislatore ordinario ha posto nell'art. 28 della legge n. 87/1953. Il monito in esso contenuto, con cui si prescrive al giudice delle leggi di astenersi dal procedere attraverso valutazioni politiche e di sanzionare la discrezionalità legislativa, non costituisce oramai ostacolo alla Corte nella produzione di una giurisprudenza incisiva sul versante delle scelte operate dal legislatore.

Da questa affermazione – sostenuta da una serie di decisioni, alcune al limite dello straripamento appena richiamato, altre, invece, demolitrici delle opzioni compiute in piena discrezionalità da parte del legislatore

* Questo scritto (inviato per la pubblicazione alla Rivista *Teoria dello Stato e del diritto*), in versione più ristretta, è destinato agli *Studi in onore di Alessandro Pace*.

– discende che la Corte costituzionale, custode istituzionale delle attribuzioni dei singoli poteri e giudice delle controversie riguardanti i conflitti relativi, è divenuta surrettiziamente potere “re distributore” delle attribuzioni. La questione tocca soprattutto, ma non solo, la posizione costituzionale del Parlamento, che il legislatore ordinario – sebbene tardivamente e con normazione di grado inferiore rispetto alle conclusioni dettate con la costituzione e con l. cost. n. 1 del 1948 e le altre successive – ha tentato di difendere e ribadire con l’art. 28 della l. n. 87/1953. Senonché, come si è paventato nell’*incipit*, la norma in esso contenuta risulta facilmente aggirabile dalla Corte. Di fatti, la Consulta, portando la questione sul piano dello stretto rapporto tra legge e Costituzione, ha sempre gioco agevole nell’argomentare in mero punto di diritto e dimostrare, implicitamente, che proprio il “merito” della legge costituisce *vulnus* alla costituzione.

Ciò almeno per due motivi: il primo attiene al costrutto dell’art. 28; il secondo alla capacità del giudice delle leggi, in virtù della debolezza della norma, di eludere l’ostacolo in essa presente.

Quanto al primo motivo, in particolare, occorre osservare che la riserva di legislazione secondo la quale la Corte non può intercettare il merito e la discrezionalità del legislatore altro non è se non la riaffermazione del principio che l’indirizzo politico è rimesso al Parlamento (o meglio al rapporto tra Governo e sua maggioranza); di conseguenza alle scelte compiute dal legislatore non è sovrapponibile una ricostruzione diversa da parte del giudice delle leggi. Tale svolgimento di un primo ed elementare significato normativo della disposizione di cui al più volte menzionato art. 28 è tanto ovvio, quanto aderente all’impianto costituzionale della distribuzione delle attribuzioni tra i singoli poteri. Esso, in sostanza, da un lato ribadisce l’ampio spazio di intervento riservato, appunto, al potere legislativo, facendo coincidere con i margini di questo il limite che incontra il giudice delle leggi; dall’altro, tuttavia, non specifica in concreto i punti di tali limiti, né determina, in conseguenza, quale strumento sarebbe azionabile e da chi nell’ipotesi che la norma venisse violata o comunque elusa. Peraltro, pare del tutto condivisibile che l’art. 28 della legge del 1953 abbia il proprio robusto fondamento nell’art. 70 della Costituzione, di cui non è mera ricognizione. Infatti, mentre l’art. 70 conferisce l’attribuzione della funzione legislativa alle Camere, così imponendo a tutti gli altri poteri il rispetto di questa prerogativa, non riconoscendo a nessuno di essi la medesima capacità, l’art. 28 ribadisce codesta esclusività di fronte alla Corte costituzionale, consegnataria della capacità ablativa della legge, che fosse in contrasto con la costituzione.

Quanto al secondo, poi, non pare possa trarsi in discussione la capa-

cità argomentativa che la Corte è in grado di porre in essere in maniera di poter legare ad uno o più punti della costituzione – letti peraltro secondo la sua visione – i risultati della legge e di sancirne il contrasto tra ordine costituzionale e prodotto della discrezionalità.

Si vuole affermare, in particolare, che la Corte può spostare l'oggetto di osservazione da cui partire per sindacare o meno la legge, valutando il profilo di questa in relazione alla scelta compiuta dal legislatore, ugualmente frutto della sua discrezionalità, ma contraria al parametro costituzionale. Tutto – appare chiaro – dipende dal modo in cui si interpretano testo e spirito della legge fondamentale. Se infatti il giudice costituzionale perviene ad una lettura vincolante delle norme fondamentali la legge ha maggiore probabilità di cadere sotto la scure della declaratoria di illegittimità. Viceversa, se ritiene possibile letture per così dire alternative, riconoscendo un campo d'intervento più ampio alle opzioni del legislatore, si avvia verso una pronuncia di infondatezza della questione. In tale forbice si gioca il rapporto di non poco momento tra l'attività di produzione normativa primaria ed il sindacato di legittimità delle leggi. Ciò che induce a riflettere, tuttavia, è che nella determinazione della maggiore o minore ampiezza del campo di discrezionalità legislativa ha peso il solo ruolo del giudice delle leggi, mentre il Parlamento ne subisce le conseguenze, dovendo osservare gli effetti dell'amputazione del suo prodotto.

Non pare, tuttavia, che tutto ciò possa essere stata l'intenzione del costituente¹, soprattutto nel volere l'equilibrio tra i poteri che esso ha inteso tracciare e dal quale non può ritenersi che le Camere restino isolate nello scacchiere dei rapporti tra indirizzo politico, che guida le scelte legislative, e compatibilità degli esiti di queste con il quadro dei principi e dei valori costituzionali, così come vengono letti nel giudizio di costituzionalità.

¹ Il disagio in ordine alla sovrapposizione della attività della Corte su quella legislativa del Parlamento ha radici risalenti nel processo contrattualistico e compromissorio, così come nelle idee non del tutto chiarite intorno a ciò che dovesse essere e contenere la redigenda Costituzione, tanto da essere questa stessa manifestazione di “una innegabile ambiguità, che è fonte di gravi incertezze ricostruttive” (così, F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 20 ss.). Al pensiero appena richiamato e che non si può non condividere, vanno aggiunti i *movimenti* all'interno dei poteri di garanzia, divenuti sempre più vicini (se non aderenti) alle posizioni dei partiti politici, determinando a loro modo e comunque perniciosamente l'avvio di un processo anomalo di attrazione tra i poteri (cfr. nella esperienza della Costituzione repubblicana, sull'argomento, L. ARCIDIACONO, *La caratterizzazione dei poteri oltre la loro divisione in Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, Padova, 2001, I, 76 a 78, attraverso atipici collegamenti tra “prodotti” della comunità, quali i partiti politici, e pezzi di Stato-apparato. Cfr. inoltre *infra* § 3).

In conseguenza di queste considerazioni il campo di osservazione si sposta, ponendo l'interrogativo circa la forza dell'art. 28 della l. n. 87/1953 e circa la sua capacità di fare sistema nel contesto della distribuzione delle attribuzioni compiuta dal costituente. La risposta può essere duplice: che la funzione dell'art. 28 è di conferma della piena conducenza del suo contenuto; ovvero che il medesimo art. 28 costituisce ancora e soltanto null'altro che un "memento" per la Corte, quale invito ad esercitare un rigoroso (auto) controllo della sua prerogativa di giudicare la legittimità delle leggi. A tale seconda risposta – la quale mette a nudo la fragilità di quella disposizione per l'assenza di garanzia nei riguardi del ruolo del Parlamento, esposto alla interpretazione della Corte conseguente la lettura delle norme, soprattutto sull'organizzazione fondamentale della Repubblica – va preferita la prima. Al riguardo, non può essere, infatti, trascurata la circostanza per la quale l'art. 28 più volte citato, oltre a far parte di un corpo normativo in materia costituzionale², ha un preciso fondamento nell'art. 70 della costituzione. Il dato, ovviamente, va posto in rapporto con l'attribuzione della Consulta di cui all'art. 134 della legge fondamentale. La relazione tra l'art. 70 e quest'ultimo quanto alle prime due funzioni della Corte, declinate nell'art. 134, possono determinare una vera e propria tensione sul versante della distribuzione delle attribuzioni e sulla incertezza degli esiti per eccesso o per difetto. Nel primo caso, accordando prevalenza all'art. 70, potrebbe risultare penalizzata la funzione della Corte; nel secondo, privilegiando l'art. 134, soprattutto in materia di sindacato delle leggi, potrebbe verificarsi una indebita sovrapposizione tra decisione della Consulta e attività legislativa, o – in maniera più esplicita detta – potrebbe sorgere il dubbio sulla sede reale della funzione legislativa, ovvero circa la non esclusività del Parlamento in argomento. Questo dubbio a noi sembra il motivo della produzione tardiva, rispetto alla costituzione, dell'art. 28 contenuto nella l. n. 87/1953, con la cui disposizione in esso contenuta si è inteso evitare il possibile, oltre che – a dir poco – imbarazzante, equivoco.

² Sulla materia costituzionale in cui all'art. 72, ult. co. e sulla questione, in particolare, relativa alla individuazione delle leggi rientranti in questa categoria, si veda la nota sent. n. 168/1963 funzionalmente aderente al ruolo della Corte, come compartecipe del quadro politico (inteso dal punto di vista costituzionale). Il giudice delle leggi sembrò elaborare con la menzionata sentenza una singolare interpretazione della "materia costituzionale" per evitare di dar luogo alla sospensione dell'attività del C.S.M. la cui legge era stata varata seguendo un procedimento diverso da quello "normale". Il richiamo della sent. n. 168/1963 pare interessante per verificare il ruolo di "appoggio" ove possibile, ossia costituzionalmente tollerabile e non di contrasto della Consulta nei confronti delle scelte del Parlamento, ossia di salvataggio della legge.

2. Segue: la mancanza di indicazione di limiti espliciti all'attività della Consulta

Non può, ovviamente, negarsi che la Corte è chiamata, sempre e comunque, a “sindacare”, secondo il parametro costituzionale le opzioni “politiche” che vengono versate nelle leggi. Senonché proprio in ragione di tale intercettazione rimessa al suo giudizio sarebbe dovuta emergere ed emerge l'esigenza di definire i limiti entro cui iscrivere la discrezionalità del legislatore, in maniera da rendere l'attività della Corte in stretta sintonia con il ruolo di garanzia rimessole. Il richiamo della norma della legge del 1953 implicitamente al “merito” della legge ed esplicitamente alla “discrezionalità legislativa” non è privo di significato positivo; nel senso che è indicativo dell'intento che, sulla base della copertura che presta l'art. 70 della costituzione, l'art. 28 si attegga come norma a garanzia della forma di governo parlamentare e della tutela del rapporto tra Governo e sua maggioranza³. La questione ha particolare rilievo per il profilo secondo cui l'apprezzamento del tenore dell'art. 28 relativamente a tale significato incide sulla individuazione del confine, che delimita l'intervento del giudice costituzionale. Se, infatti, fosse consentito ad esso di ricostruire con alquanto libertà il limite costituzionale che segna ogni intervento legislativo, si registrerebbe un *vulnus* all'assetto della forma di governo, attraverso l'introduzione nel rapporto tra il Governo e le Camere di un elemento che sta fuori della relazione dinamica tra forma di Stato e forma di governo⁴; innestando, cioè a dire, nell'attività della Corte un elemento di disfunzione (anziché di razionalizzazione) del sistema. In secondo luogo, guardando al rapporto tra Governo e

³ Questa relazione si presenta tanto più sottolineata e tanto maggiormente bisognosa di garanzia quanto più essa sia iscritta in un sistema parlamentare a bipolarità rigida o a tendenziale bipolarità, caratterizzata da una forte omogeneità dettata dalla personalità del leader, soprattutto se la sua leadership risulta incontrastata, rimanendo assorbita in essa anche l'ipotesi di un bipolarismo contrassegnato da un elemento di spiccata lealtà del patto di coalizione al Governo nei confronti del Premier. Cfr., al riguardo, le sempre verdi osservazioni di L. ELIA, *Governo (forma di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 645 ss.); e più di recente, sulla evoluzione del sistema parlamentare in Gran Bretagna, in Germania ed in Italia, ancorché l'analisi è ferma alla soglia del 2000, si rinvia allo studio di S. MANGIAMELI, *La forma di governo parlamentare*, Torino, 1998, sul punto, in particolare, 105 ss.

⁴ A proposito del rapporto tra forma di Stato e forma di governo dal punto di vista “strutturale”, cfr. le illuminanti considerazioni, e per tutti, di L. ELIA, *Governo (forma di)*, cit., 635, ss., ma più esplicitamente E. TOSATO, *Stato (teoria generale e dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 758 ss., il quale qualifica tale rapporto sulla base della concezione secondo cui la forma di stato costituisce un forte elemento tra comunità nazionale e organizzazione dei pubblici poteri.

Parlamento sotto il profilo, appunto, dinamico della forma di Stato, scoprendone il volto reale, siccome relazione tra Esecutivo e maggioranza parlamentare, il ruolo della Corte, se a quest'ultima è concesso di ricostruire con alquanto libertà la configurazione della discrezionalità legislativa, essa diviene, di fatto, potere "dominante" secondo il paradigma del rapporto vigilatorio⁵ e si tramuta in giudice di "tutt'altro"⁶.

Sicché, proprio la definizione del "tutt'altro" di cui diventa giudice la Corte pone una questione tanto delicata da apparire addirittura inquietante. Movendo dall'idea, certamente non contestata, secondo la quale il giudice delle leggi è organo di garanzia e proseguendo nel ragionamento in virtù del quale esso esercita una funzione obiettiva, nel ricomporre dialetticamente il rapporto tra attività legislativa, quale prerogativa delle Camere ai sensi dell'art. 70, e limiti costituzionali, la Corte medesima nell'esercizio di tale attribuzione è obbligata a seguire un cammino che non si sovrapponga all'esercizio dell'altra, non meno importante, funzione in cui consiste la traduzione dell'indirizzo politico di maggioranza in provvedimenti normativi.

È, infatti, evidente che il giudice delle leggi nel caso in cui esso non dovesse, nella ipotesi al suo esame, riconoscere lo spazio di discrezionalità legislativa riservata alle Camere⁷, agirebbe in violazione dell'art. 28 della l. n. 87. Il dovere da parte della Consulta di non procedere attraverso valutazioni politiche (aggiungiamo: neppure implicitamente) e di non sanzionare la discrezionalità legislativa attiene al rispetto del profilo dinamico della forma di Stato ed a quello della medesima natura inerente la forma di governo nel quale il primo trova attuazione e riconoscimento. Né è meno evidente che il pericolo, incorrendo nel quale la Corte costituzionale diviene giudice di "tutt'altro", è che essa si trasformi in arbitro tra le tesi della maggioranza e quelle dell'opposizione, riaccendendo il conflitto tra i soggetti politici come si determinano innanzi alle Camere.

⁵ Sia consentito sull'argomento il rinvio alla nostra ricostruzione del rapporto vigilatorio come visione "integrata" dall'interesse cui provvedere, in *La vigilanza nel diritto pubblico*, Padova, 1984, 144 ss. e 175 ss.

⁶ Soprattutto attraverso il controllo della ragionevolezza secondo il parametro del principio di uguaglianza, utilizzando il quale – come è stato acutamente osservato (F. MODUGNO, *op. cit.*, 47 e 48) la Corte è in grado di penetrare il merito della legge, e di evitare il rispetto della discrezionalità legislativa, aprendosi in tal modo il varco verso l'esercizio di una funzione politica (*ivi*, 52 ss.).

⁷ Cfr., al riguardo G. ZAGRELBESKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo*, cit., il quale non esita a definire qualche sentenza – che l'A., per così dire, preleva da quelle prodotte dallo "stato di necessità" in cui versa la Consulta per l'inerzia del legislatore – come il risultato di "un colpo di mano in un territorio che non le è affidato, p. 123 ed, in particolare, 124.

3. La Corte nell'intento del costituente

La configurazione della Corte – incerta fin che si vuole, da parte del Costituente, nel procedere in occasione dei lavori in Assemblea costituente ed anche successivamente⁸ con passi prudenti, anche attraverso rinvii coperti da riserva di legge costituzionale in materia di giustizia costituzionale e dell'organo cui se ne affidava la cura, alla luce di una serie di circostanze ed osservazioni – fu pensata non come strumento invasivo, sebbene come mezzo di interventi cauti ed eccezionali⁹.

I motivi che guidarono l'idea del costituente a proposito della Consulta furono di varia natura e di diversa specie. Anzitutto il riconquistato assetto democratico che ha posto al centro del sistema il Parlamento, arricchito del dialogico rapporto con il corpo elettorale soprattutto tramite l'introduzione di entrambe le forme di referendum.

La circostanza merita qualche approfondimento, utile, peraltro, a far luce sulla posizione, assai distante, della Corte costituzionale, appunto, dal circuito Governo-Parlamento, cioè a dire dal “potere politico”. Con specifico riferimento alla previsione, infatti, contenuta nell'art. 75 della costituzione, il referendum abrogativo rappresenta la più apprezzabile fonte di recupero del ruolo della comunità¹⁰. Esso costituisce vero e pro-

⁸ Non può non far riflettere, al riguardo, la nota circostanza secondo cui la Corte costituzionale non uscì definita normativamente in maniera compiuta dal varo della costituzione, essendosi arricchito il suo profilo successivamente con la l. cost. n. 1 del 1948, con la l. cost. n. 1 del 1953 (con la quale fu aggiunta al contenuto dell'art. 134 l'attribuzione in materia di ammissibilità del referendum abrogativo); con la l. cost. n. 2 del 1967; con la l. cost. n. 1 del 1989 (con la quale fu stralciata – come è noto – un'attribuzione, già prevista nell'art. 134).

⁹ Cfr. le recenti ricostruzioni, al riguardo, di D. NOCILLA, *I cattolici e la costituzione tra passato e futuro*, Roma 2009, 69 della costituzione, come formula di compromesso (ormai saltata) tra le opposte opinioni, ad esempio, di Togliatti (cfr. anche M. DOGLIANI, *La concezione della Costituzione in Togliatti*, in *Le idee costituzionali della Repubblica*, Fondazione Lelio e Lesli Basso, Fondazione Istituto Gramsci, Istituto Luigi Sturzo), il quale riteneva la Corte una “bizzarria”, preoccupato che i suoi interventi avrebbero potuto costituire lesione del principio democratico, fondato sulla sovranità popolare, e di Tupini, Balladore-Pallieri, Tosato e Gonella che insistevano perché venisse in vita la Corte come garanzia e tutela dello spirito e della lettera della Costituzione (cfr. D. NOCILLA, *op. cit.*, 48). Il compromesso fu raggiunto intorno all'idea, appunto – non esplicitata per la verità, ma intesa come connaturata al sistema – “che la Corte costituzionale dovesse valutare, come a dire, quei casi eccezionali in cui la legge avesse presentato un'evidente e patologica difformità dal dettato costituzionale” (*op. ult. cit.*). Ne offre prova il fatto che la Corte, nata secondo codesta implicita formula, avvertì la necessità di esaminare e risolvere con la sua prima sentenza del 1956 il dubbio circa la sua competenza di sottoporre al giudizio di costituzionalità la legislazione anteriore all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

¹⁰ L'introduzione del referendum ha dato luogo ad un ampio ed approfondito dibat-

prio strumento oppositivo all'esito della discrezionalità legislativa. Trascurando qui di analizzare il non del tutto felice svolgimento dell'art. 75, da parte della l. n. 352 del 1970, l'abuso con cui non solo si è fatto ricorso all'istituto referendario, nonché le bizzarre modalità manipolative del testo, non pare dubbio che il confronto tra la previsione della consultazione popolare, ed il divieto contenuto nell'art. 28 della l. n. 87/53 dia un significato compiuto al sistema. Nel senso che viene chiarito da parte di chi e con quale modalità è possibile intercettare il rapporto tra Governo e Parlamento, con la forza, peraltro, di ribaltare (nel senso di metterli a tacere) gli esiti dell'attività legislativa¹¹.

Il confronto tra l'art. 75 della costituzione e l'art. 28 della l. n. 87/53 svela un ulteriore profilo della finalità cui risponde la norma in quest'ultimo contenuta: l'aspetto riguarda, infatti, il rafforzamento del meccanismo democratico, il quale, ponendo in risalto in qual modo la forma di Stato viene nella ipotesi in connessione con quella di governo e quale è lo snodo tra democrazia diretta e rappresentativa, chiude efficacemente codesto circuito in maniera da inibire ogni altro e differente intervento diretto ad intercettare l'attuazione della discrezionalità legislativa, ricacciando l'esercizio di funzioni, peraltro ed ancorché previsti in costituzione, degli organi di garanzia su tutt'altro piano ed iscrivendoli in precisi limiti.

Né, al riguardo va trascurato il collegamento – in un sistema normativo, non *descrittivo* ma istitutivo di poteri e contropoteri – tra l'art. 28 della l. n. 87/53 e l'art. 74 del testo fondamentale nel cui significato vengono in evidenza con l'esercizio della potestà presidenziale di rinvio della legge, la motivazione, che deve accompagnare il messaggio alle Camere, la eccezionalità dell'intervento, insita nella motivazione medesima e l'altrettanto implicita segnalazione della manifesta incostituzionalità, quale, appunto, può essere rilevata in tale sede. Certo, l'art. 74 cost., oltre a disporsi su di un livello di fonte più elevato rispetto all'art. 28 l. n. 87/53, contiene una norma di chiusura, che rifinisce il rapporto tra intervento presidenziale e prerogativa parlamentare, là dove il menzionato art. 74 consente alle Camere di riapprovare la legge, impedendo ogni altro passo al Capo dello Stato, e definendo anche da questa angolazione il ruolo di garanzia del Presidente.

Il confronto tra la posizione di garanzia del Capo dello Stato e quella

tito; per tutti, si veda al riguardo, *Referendum*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bari, 1992.

¹¹ L'idea, probabilmente, era di sottolineare il "potere politico" costituito da Esecutivo e Camere, arricchendolo di un appoggio (e a volte un contro decisore) quale il corpo elettorale, impegnato secondo le due versioni referendarie: ai sensi dell'art. 75 come "legislatore negativo" ed in virtù dell'art. 138, invece, quale prosecutore del potere costituente.

della Consulta suggerisce due considerazioni: la prima è che entrambe rispondono ad una finalità distributiva di attribuzioni tra ciascuno degli organi di garanzia allo scopo di fissare la funzione delle Camere quali sedi di rappresentanza della comunità, l'art. 74 con il 134 della costituzione e 28 della l. n. 87/53 specificano, chiarendolo, il rapporto tra la titolarità dell'indirizzo politico e i possibili interventi su di esso del Capo dello Stato e della Corte, corredati, tuttavia, di limiti cui, rispettivamente, vanno incontro. In secondo luogo dal confronto emerge la profonda differenza di relazione tra Presidente e Parlamento, rispetto all'altro tra Corte e Parlamento. Infatti, mentre il ruolo di garanzia del Capo dello Stato è sotto controllo normativo, poiché l'eventuale straripamento incontra contromisure da parte del potere legislativo (per ultima, la messa in stato d'accusa) e mentre, ancora, qualora il Presidente della Repubblica dovesse assumere funzione di supplenza anche forte, ciò sarebbe giustificato solo in ipotesi di crisi e per gestirne l'emergenza¹², la Corte costituzionale è fuori dall'uno così come non può intraprendere l'altra.

Il giudice costituzionale da un lato sfugge ad un controllo da parte del potere legislativo, per la capacità che esso ha di portare le argomentazioni sul piano strettamente giuridico al fine di pervenire al sindacato della legge, anche quando quest'ultima fosse evidente esercizio di insindacabile discrezionalità legislativa; dall'altro, ogni attività di supplenza svolta nell'esercizio dell'attribuzione di giudice delle leggi costituisce una indebita occupazione di spazio costituzionalmente riservato al potere legislativo. Viceversa, essendo investita la Corte della trattazione della legge sotto il profilo della sua conformità a costituzione (a prescindere da ciò che l'atto normativo incarna dal punto di vista delle scelte di indirizzo politico) ciò potrebbe consentire un uso "alternativo" del parametro costituzionale, lasciando evidentemente che il giudice delle leggi possa perseguire e dettare una visione politica contraria a quella che ha orientato la scelta fatta in concreto dal legislatore. Se così potesse essere si consentirebbe alla Corte di penetrare nello spazio della discrezionalità legislativa, e di esercitare una attività definibile non tanto di supplenza, quanto di vera e propria sostituzione¹³. A parte ogni altra considerazione sull'argomento che ci si riserva di compiere in prosieguo, se il risultato dell'attività della Corte potesse raggiungere l'obiettivo al quale si è fatto cenno, occorrerebbe affermare che essa lo farebbe senza alcun titolo di legittimazione costituzionale che non fosse l'argomentazione giuri-

¹² Su tale profilo, per tutti, l'illuminante approfondimento lasciatici da C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 237 ss.

¹³ Cfr. G. ZAGRELBESKY, *op. e loc. cit.*

dica, quale strumento di trasposizione dell'oggetto del giudizio dal raffronto tra testo della legge e parametro costituzionale in quello tra visione che orienta la opzione contenuta nella legge e la lettura "alternativa" del parametro di giudizio medesimo, quale misuratore della illegittimità della legge. La legittimazione della Corte di sovrapporre la propria visione a quella data dal legislatore risiederebbe soltanto ed unicamente nella percezione di un'avvenuta evoluzione della sostanza dei valori e dei principi espressi in costituzione, contro la opposta "percezione" del Parlamento. La chiave attraverso cui si giunge a codesto fondamento della legittimazione della Corte dovrebbe inevitabilmente sfociare nell'affermazione secondo cui la Consulta, per coerenza del sistema costituzionale vigente, è assegnataria unica, perché ultima, dell'interpretazione sostanziale di valori e principi. In altri e più chiari termini ciò che il costituente avrebbe rassegnato nella potestà di fare le leggi, adeguatrici dell'ordinamento all'evolversi sostanziale dei valori e dei principi, in realtà apparterrebbe non alle Camere, bensì alla Corte costituzionale. Ove risiederebbe, poi, il collegamento, necessario – perché imprescindibile in democrazia – tra decisioni della Corte costituzionale e comunità nazionale sarebbe assai difficile scoprire, a meno di non sostenere che ogni manifestazione di pubblica potestà sarebbe in grado di cogliere la norma, già presente nella coscienza collettiva¹⁴, ancorché non ancora dichiarata nelle forme volute dalla costituzione.

La questione va posta nei termini in cui l'ha dettata il costituente, voce del popolo nella quale affondò la propria legittimazione politica di rendersi interprete della volontà della comunità ed autore, pertanto, dell'assetto delle attribuzioni tra i poteri, che volle, anzitutto, caratterizzare, oltre che separare, distinguendoli in poteri di governo ed in quelli di garanzia¹⁵. Ai primi ha assegnato, notoriamente, il compito di perve-

¹⁴ La tesi è sostenuta da F. MODUGNO, *op. cit.*, 49, il quale, premettendo che le decisioni della Corte fanno nascere la questione "del possibile sconfinamento di organo (...) privo di legittimazione democratica, nell'ambito proprio del legislatore rappresentativo, supera il problema interrogandosi se la Consulta è davvero creatrice di "nuovo diritto" o non è frutto di quello spazio interventista che è consentito a tutti gli operatori del diritto; e, prima, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 85; *contra*, per tutti, G. ZAGRELBESKY, *op. cit.*, 109, il quale indica, invece, al riguardo la necessità di intraprendere "un processo a due fasi: l'eliminazione della norma ad opera della Corte" e, di conseguenza, "la sua sostituzione secondo valutazioni di opportunità politica ad opera del legislatore", 111.

¹⁵ Sulla separazione dei poteri la letteratura è davvero copiosissima; circa la sua evoluzione nella storia del processo applicativo del principio illuminista francese, si rinvia a F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, *passim*, ancorché risalente, ma sempre illuminante; sull'elemento della caratterizzazione dei po-

nire alle scelte attraverso il meccanismo della rappresentanza politica secondo una rete di norme costituzionali che fanno sistema in argomento, ai secondi ha assegnato la funzione di garantire, distribuendo e differenziando tale funzione tra Capo dello Stato e Corte costituzionale con tonalità differenti, in maniera che le opzioni del potere di governo non fossero, per così dire, fuori misura. Tra l'un compito e l'altra funzione ha sancito, appunto, la "misura", costituita dal tessuto delle norme costituzionali, e da essa non è dato prendere il largo. La traccia del rapporto tra l'uno e l'altro potere è chiara; nel senso che, andando al fondo della questione che ci occupa, l'intervento di entrambi i poteri di garanzia fu pensato come eventualità del tutto eccezionale. Tanto più eccezionale – va aggiunto – quanto minore risulta la copertura da tali interventi a garanzia del potere di governo. Che in questo ambito giochi la caratterizzazione¹⁶ dei poteri così come voluta dal costituente pare davvero agevole dimostrare, allorché si rifletta che il legame tra prodotto del Parlamento e intervento del giudice delle leggi risiede nel parametro costituzionale. Risiede, cioè a dire, in un oggetto – il testo fondamentale – il quale mentre è alla portata delle Camere con l'ausilio eventuale del corpo elettorale, modificare, a memoria dell'art. 138 della Costituzione, non lo è da questo punto di vista da parte della Corte, per la quale esso è misura del proprio intervento, ma non può costituire oggetto di manipolazioni. Come dire: una indisponibilità quale deriva, appunto, dalla caratterizzazione del giudice costituzionale, garante contro le manifeste ridondanze e contrarietà dal testo fondamentale da parte del potere di governo, ma non titolare, tuttavia, la Consulta, di ricostruzioni ammoderatrici del testo medesimo, attraverso le quali compiere invasioni nel campo riservato alla discrezionalità legislativa. Detto in altro modo, resta fuori da ogni previsione costituzionale l'ipotesi in cui il potere che deve servirsi della "misura" possa incidere su di essa attraverso una interpretazione che, di fatto, ne muti il tenore. L'impossibilità di una operazione di tal genere risulta – come si è appena ricordato – dalla circostanza secondo cui la titolarità di modificare la "misura" del giudizio costituzionale risiede nel popolo attraverso l'intermediazione del Parlamento cui è stata, appunto, conferita la potestà di revisione al cui esito può opporsi soltanto il popolo medesimo. Da codesta potestà è stato estromesso il giudice delle leggi, anche al solo fine di esprimere un giudizio di ammissibilità del referendum di cui all'art. 138¹⁷.

teri cui sembrerebbe approdata in termini recenti l'applicazione del principio medesimo, se si vuole, si veda il nostro, *La caratterizzazione dei poteri*, cit., *passim*.

¹⁶ Cfr. nota precedente.

¹⁷ Al riguardo andrebbe introdotto un altro elemento di riflessione: se, cioè a dire,