

Sovranità popolare ed effetti delle sentenze costituzionali*

di Antonio Leo Tarasco

Sommario: 1. Corte costituzionale e gestione dei servizi pubblici locali: disciplina, *ratio* ed abrogazione dell'art. 4, decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138. - 2. L'accertamento del rispetto della sovranità popolare tra analisi politica e difesa del corpo elettorale. - 3. *Panta rei*: il (possibile) mutamento di opinione del corpo elettorale. - 4. Servizi pubblici locali e mutamento della realtà socio-politica. - 5. Democrazia diretta *versus* democrazia indiretta? - 6. Sentenze dichiarative d'illegittimità e principio democratico. - 7. Corte costituzionale e principi democratici: l'esperienza italiana e straniera. - 7.1. *Segue*: la giurisprudenza creativa della Corte e il problema della sua ammissibilità costituzionale. - 7.2. Sovranità popolare e giurisprudenza costituzionale creativa. - 7.3. Il controllo di costituzionalità delle leggi negli Atti dell'Assemblea costituente. - 7.4. Proposte *de jure condendo*: verso l'efficacia non vincolante delle sentenze di incostituzionalità?

1. Corte costituzionale e gestione dei servizi pubblici locali: disciplina, *ratio* ed abrogazione dell'art. 4, decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138

Se la materia dei servizi pubblici locali rappresenta l'oggetto della disciplina dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza del 20 luglio 2012, n. 199¹, il percorso argomentativo

* Questo scritto rappresenta la versione riveduta, ampliata e aggiornata dell'intervento svolto per gli «Atti della Giornata di studi per il ventennale del Centro Vittorio Bachelet», della «LUISS Guido Carli» di Roma, e pubblicato con il titolo *Servizi pubblici e sovranità popolare: la Corte costituzionale «terzo ramo» del Parlamento?*, in G.C. De Martin e D. Morana (a cura di), *Amministrazione e democrazia*, Padova, Cedam, 2013, pp. 353-367.

¹ La sentenza è annotata, tra gli altri, da C. Volpe, *La «nuova normativa» sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto «Lazzaro». Ma è vera resurrezione?*, in «Giust. Amm.», n. 1/2013; A.M. Altieri, *Le modalità di gestione e l'affidamento del servizio idrico integrato dopo il referendum*, in «Giorn. Dir. Amm.», n. 11/2012, pp. 1069 ss.; A. Cabianca, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. spending review (decreto-legge n. 95/2012)*, in www.federalismi.it, n. 20/2012; G. Cocimano, *L'illegittimità costituzionale dei limiti all'in house nei servizi pubblici locali*, in «Urbanistica e appalti», 2012, pp. 1139 ss.; M. Della Morte, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 26 settembre 2012; R. Dickmann, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum (nota a Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199)*, in www.federalismi.it, 5 dicembre 2012; E. Furno, *Le tortuose vie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*

attraverso cui i giudici costituzionali giungono a tale conclusione tocca i gangli vitali della democrazia costituiti dai principi della sovranità popolare e della separazione dei poteri. Per quanto anche le ricadute pratiche dell'abrogazione normativa disposta per effetto della sentenza costituzionale siano di non minore importanza², nelle pagine che seguono si svolgeranno considerazioni più ampie sull'asse principale del ragionamento che ha indotto la Corte a ritenere non riproducibile da parte del legislatore statale la normativa (l'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112) già abrogata attraverso un *referendum* popolare nel giugno 2011.

Nel dettaglio, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, per violazione dell'art. 75 Cost., avendo il legislatore dettato disposizioni normative già oggetto di abrogazione referendaria (abrogazione dichiarata con D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113).

È utile ricordare che il predetto art. 4 reintroduceva i medesimi principi contenuti nel previgente art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (c.d. *decreto competitività*, poi convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133), prima abrogato dal *referendum* del 12 e 13 giugno 2011, da un lato confermandone le direttive di liberalizzazione delle attività economiche formanti possibile oggetto dei servizi pubblici locali, con tassativa indicazione delle ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali in favore di società *in house* (comma 13) e dall'altro escludendo dall'applicazione del

tra legislatore, referendum e Corte costituzionale: «palla al centro?», in «Giust. Amm.», n. 10/2012; V. Lepore, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it; A. Lucarelli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.p.a. in house e alle aziende speciali*, in www.federalismi.it, n. 18/2012. Sul tema dei servizi pubblici locali, si vedano poi A. Ilacqua, *L'in house «puro» dopo la riforma della materia dei servizi pubblici locali*, in «Foro amm. – CDS», 2012, pp. 747 ss., e l'ampia nota bibliografica finale, cui adde G. Urbano, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2012; Id., *Le regole comunitarie sulle società pubbliche: tutela della concorrenza, golden share e aiuti di Stato*, in «Giust. Amm. it.», n. 8/2012; F. Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in «Foro it.», 2011, V, cc. 106 ss. Tra i volumi monografici, si vedano, tra i molti, R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011; G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, Cedam, 2010.

² A testimonianza delle complicazioni pratico-operative che hanno seguito la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4, decreto-legge n. 138/2011, si veda il parere reso dalla Corte dei conti, sez. reg. contr. Basilicata, 20 settembre 2012, delib. n. 173/2012/PAR, in www.corteconti.it nonché l'art. 4, decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 nonché, sui problemi concernenti la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, il parere reso da Cons. Stato, sez. II, 25 gennaio 2013, n. 267 (in www.federalismi.it e in www.giustizia-amministrativa.it).

regime di liberalizzazione anche il servizio idrico integrato (comma 34), incluso, invece, nell'art. 23-*bis*, decreto-legge n. 112/2008³.

Lo scopo della normativa oggetto di scrutinio costituzionale era evidentemente quello di limitare gli affidamenti diretti in favore delle società *in house* (spesso in disavanzo economico ai danni dei bilanci degli Enti costituenti e strumento privilegiato di lottizzazioni partitiche), promuovendo, al contrario, la concorrenza «per» il mercato e «nel» mercato per la generalità dei servizi pubblici locali, ad eccezione del servizio idrico integrato, così da garantire non solo un miglioramento dei servizi offerti al pubblico ma anche una riduzione dei costi per le Amministrazioni titolari delle partecipazioni. L'obiettivo, in pratica, era attuare nella gestione dei servizi pubblici locali il principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, cost.), in modo da realizzare anche risultati di risparmio pubblico nella loro gestione.

Il complesso di tali disposizioni inserito nell'art. 4, decreto-legge n. 138/2011, è stato ritenuto nella sentenza costituzionale n. 199/2012 come meramente riproduttivo della disposizione precedentemente abrogata (art. 23-*bis*, decreto-legge n. 112/2008); in particolare, laddove non sono state individuate vere e proprie coincidenze normative con il testo del decreto-legge n. 112/2008, le varianti rispetto alla precedente formulazione sono state ritenute legificanti il relativo regolamento attuativo di cui al D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 ovvero contrastanti con la *ratio* dell'abrogazione referendaria. Specificamente, l'esclusione del servizio idrico integrato dalle norme in tema di liberalizzazione dei servizi pubblici locali è stata ritenuta dai giudici costituzionali non «satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare» e dunque non giustificante la riproposizione della normativa a tutela della concorrenza nei servizi pubblici locali che il *referendum* del giugno 2011 aveva inteso abrogare.

³ Specificamente, i commi 8, 12, 13, 32 e 33 dell'art. 4, decreto-legge n. 138/2011, *a*) escludevano l'affidamento diretto *in house* dalle forme ordinarie di conferimento della gestione dei servizi pubblici, ove il valore economico del servizio sia superiore alla somma complessiva di 200 mila euro annui (commi 8 e 13); *b*) prevedevano l'affidamento del servizio a società a partecipazione mista pubblico-privata, a condizione che essa fosse costituita con procedura avente ad oggetto, allo stesso tempo, la selezione del socio privato e l'affidamento del servizio, con conseguente esclusione di altre fattispecie di partenariato pubblico-privato presenti a livello comunitario (comma 12); *c*) disciplinavano il regime transitorio degli affidamenti, limitando il ricorso alle società *in house* anche in tale fase (comma 32); *d*) confermarono il divieto, per le società titolari di affidamenti diretti, di acquisire servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, nonché di svolgere servizi o attività per altri Enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite società ad esse riferite, né partecipando a gare (comma 33).

2. *L'accertamento del rispetto della sovranità popolare tra analisi politica e difesa del corpo elettorale*

Il profilo positivo della sentenza n. 199/2012 è senz'altro rappresentato dal tentativo di recuperare il concetto di sovranità popolare, spesso obliterato o, peggio, strumentalizzato a fini legittimanti di poteri che nessuna relazione intrattengono realmente con essa, fino a fungere – la sovranità – a categoria che giustifica solo l'espansione di poteri e dinamiche istituzionali senza, però, conferire a questi un carattere realmente democratico.

Sovranità e volontà popolare, cardine e fondamento del sistema democratico, vengono giustamente evocate dai giudici costituzionali per verificare la legittimità di una normativa statale apparentemente riprodottriva di una disposizione che il corpo elettorale, consultato attraverso il *referendum*, ha ritenuto di abrogare.

L'affermazione è di grande importanza: anche se non si tratta certo del primo pronunciamento della Corte in materia⁴, nella sentenza n. 199/2012 la produzione legislativa viene condivisibilmente posta a raffronto con il suo limite ultimo, ossia con la volontà del corpo elettorale; operazione, questa, che traduce sul piano dinamico della funzione legislativa quanto già ispira o dovrebbe ispirare i diversi poteri dello Stato-ordinamento sul piano statico della

⁴ Appaiono voler provare troppo le affermazioni di C. cost. 22 ottobre 1990, n. 468 (est. Casavola), in www.cortecostituzionale.it che contrappone il *referendum* quale atto-fonte dell'ordinamento rispetto alla legislazione cui solo spetterebbe il potere di «correggere o addirittura disvolere quanto ha in precedenza statuito», mentre il *referendum* «manifesta una volontà definitiva e irripetibile». In tal senso, sarebbe inibito al legislatore «la scelta politica di far rivivere la normativa» abrogata dal *referendum*, pur se a titolo meramente transitorio (§ 4.3). La permanente titolarità della funzione legislativa in capo alle Camere è stata chiaramente espressa da C. cost. 17 maggio 1978, n. 68 (est. Paladin), in www.cortecostituzionale.it, secondo cui «le Camere conservano la propria permanente potestà legislativa, sia nella fase dell'iniziativa e della raccolta delle sottoscrizioni, sia nel corso degli accertamenti sulla legittimità e sull'ammissibilità delle richieste, sia successivamente alla stessa indicazione del *referendum* abrogativo» (§ 1). Di conseguenza, l'abrogazione o meno delle disposizioni legislative formanti oggetto del *referendum*, prima che questo si svolga, non pone una questione di legittimità costituzionale della legge abrogativa ma solo un problema di «sensibilità politica del Parlamento». Richiamandosi a C. cost. n. 468/1990, nella sentenza del 4 febbraio 1993, n. 33 (est. Cheli), in www.cortecostituzionale.it, la Corte costituzionale ha statuito che «(...) il legislatore ordinario (...) pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere d'intervenire nella materia oggetto di *referendum* senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata (...)». Conferma il principio del «divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare», C. cost. 14 gennaio 1997, n. 9, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui «la normativa successivamente emanata dal legislatore è pur sempre soggetta all'ordinario sindacato di legittimità costituzionale, e quindi permane comunque la possibilità di un controllo di questa Corte (...)».

formazione delle diverse istituzioni (sebbene con vistose differenze, come accade proprio per la Corte costituzionale, ad esempio, oltre che per il Consiglio superiore della magistratura e le Autorità indipendenti, tutte istituzioni di *imperfetta* derivazione democratica).

Tuttavia appare a chi scrive che se la Corte ha correttamente invocato il parametro della volontà popolare come limite della funzione legislativa di cui è sovrano il Parlamento (per delega elettorale), sembra, invece, aver errato laddove ha ritenuto che quella volontà popolare sia immutata ovvero sia da considerarsi immutabile in considerazione del fatto che non sarebbero sopravvenute nuove circostanze politiche e/o di fatto rispetto a quelle che hanno portato all'abrogazione referendaria; o, ancora, ritenendo che le modifiche inserite nell'art. 4, decreto-legge n. 138/2011 (come l'introduzione dell'eccezione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali liberalizzabili) siano non «satisfattiv[e] della volontà espressa attraverso la consultazione popolare»: una tale interpretazione della realtà assume tratti squisitamente politici, non potendo ricondursi ad una pura ermeneutica del dato normativo sottoposto a scrutinio costituzionale, e come tale dovrebbe essere radicalmente preclusa al Giudice delle leggi.

Se è astrattamente condivisibile che siano fissati dei criteri che limitino la possibilità di riproduzione pura e semplice del testo normativo abrogato con il *referendum* popolare, è pur vero che se ciò deve tradursi in apprezzamenti non strettamente giuridici ma politici una simile operazione non possa essere svolta da una Corte delle leggi ma solo dall'unico organo rappresentativo della sovranità popolare (e tale non è certamente la Corte) ovvero, nuovamente, dallo stesso corpo elettorale onde verificarne la permanente intenzione di mantenere abrogata quella disciplina.

Nella sentenza n. 199/2012, la Corte non sembra essersi limitata ad accertare la conformità o meno della legge riproposta dal Governo rispetto a quella precedentemente abrogata per via referendaria (per quanto già tale operazione nasconda profili amplissimi di discrezionalità), facendosi piuttosto interprete della volontà popolare ed esplicando non già una funzione di accertamento della conformità costituzionale di una disposizione normativa ma svolgendo più pienamente una funzione tipicamente politica (cioè interpretare e tradurre la volontà degli elettori)⁵. Come è stato condivisibilmente sostenuto, «per rispondere al proprio ruolo di

⁵ In argomento, si veda G. Di Gaspare, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico: l'esperienza italiana e francese nello stato liberale*, Milano, Giuffrè, 1984.

garante della Costituzione nei confronti degli organi politici», la Corte dovrebbe svolgere la propria funzione come «un organo di giustizia, seppure a livello costituzionale, con poteri delimitati e non deve ambire a far evolvere il Paese verso principi e valori sostanzialmente nuovi, non possedendo per questo né le capacità professionali, né la forza politica, indispensabili per esercitare vere e proprie funzioni di indirizzo politico»⁶.

Se si conviene su tale ricostruzione e si porta alle estreme conseguenze il ragionamento della Corte, si potrebbe pure immaginare che in omaggio ad una giurisprudenza costituzionale evolutiva e particolarmente creativa, i giudici costituzionali, in futuro, sulla scia di tale pronunciamento, possano sindacare qualsiasi legge della maggioranza per verificarne la conformità alla volontà popolare, operando, così, un sindacato politico sulle scelte governative; infatti, come la Corte ha dedotto l'assenza di mutamenti del quadro politico o delle circostanze di fatto che, sole, avrebbero potuto giustificare una reviviscenza della precedente normativa abrogata dal *referendum* popolare, allo stesso modo essa potrebbe in futuro farsi non solo giudice della legge ma interprete delle circostanze fattuali onde verificare se la legge approvata sia conforme agli orientamenti del corpo elettorale.

Una simile operazione logico-giuridica, evidentemente debordante i limiti del principio democratico della separazione dei poteri⁷, non sarebbe poi tanto lontana da quella compiuta nella sentenza n. 199 dietro lo schermo della difesa – pur condivisibilissima, in linea di principio – della sovranità e volontà popolare: cioè interpretare circostanze fattuali che – rappresentando l'antefatto del legiferare – spetta esclusivamente agli organi rappresentativi considerare.

Se la difesa della volontà e sovranità popolare conferma una linea di valorizzazione del carattere democratico sia della produzione legislativa che delle istituzioni politiche, che deve essere certamente incoraggiata e sostenuta, il problema che la sentenza n. 199/2012 pone, però, consiste nel determinare l'organo che della volontà popolare debba essere l'interprete unico: le istituzioni politiche (Parlamento, Governo) o il Giudice delle leggi? A tacer d'altro,

⁶ R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in A. Vignudelli, *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 401 ss., 453.

⁷ Sull'argomento, si veda l'opera di G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1979, e vol. II, Milano, Giuffrè, 1984.

alla Corte costituzionale non spetta di interpretare quale sia la volontà popolare, se essa sia mutata rispetto al pronunciamento referendario del 2011; se siano mutate le circostanze di fatto o il quadro politico (così come invece affermato nella sent. n. 199, § 5.2.2) ovvero se le modifiche introdotte nella nuova normativa siano rispettose o meno di quel che si ritiene essere stata la *ratio* dell'abrogazione referendaria (§ 5.2.1, in fine).

Al contrario, nella fattispecie concreta dedotta nel giudizio costituzionale, alla Corte sarebbe spettato unicamente di verificare la corrispondenza/coincidenza del nuovo testo normativo rispetto a quello prima abrogato dal corpo elettorale nel *referendum* ma non già interpretare l'assenza o meno delle nuove circostanze di fatto che avrebbero potuto legittimare l'intervento governativo ovvero sindacare se il *novum* normativo fosse sufficiente o meno per soddisfare le richieste del corpo elettorale. Tali operazioni sono squisitamente politiche poiché appartiene solo ai rappresentanti del corpo elettorale l'accertamento della volontà di quest'ultimi ovvero la considerazione della realtà sociale da cui trarre spunto per legiferare.

I problemi che la Corte costituzionale sembra aver trascurato appaiono, dunque: 1) il possibile mutamento di opinione degli elettori pur dopo l'esito referendario; 2) l'autonomia dell'indirizzo politico del Governo e del Parlamento che proprio della volontà popolare sono interpreti e che dunque sono abilitati dalla Costituzione ad esercitare indirettamente la sovranità popolare; 3) il rapporto tra le decisioni della Corte costituzionale (e non solo quelle dichiarative dell'illegittimità di una norma) ed il principio della sovranità popolare (con il suo corollario della separazione dei poteri).

Esaminiamo brevemente tali profili.

3. *Panta rei: il (possibile) mutamento di opinione del corpo elettorale*

L'assunto fondamentale del ragionamento della Corte è rappresentato dalla definizione della volontà popolare consacrata nell'esito del *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, che qualificerebbe la volontà degli elettori nel senso di *non desiderare più* la reintroduzione di una normativa riproduttiva dell'abrogato art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008.

Partendo dal dato per cui, con il *referendum* del 2011, il corpo elettorale avrebbe (per sempre?) inteso «escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-*bis* che limitano, rispetto al

diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico), e di consentire, conseguentemente, l'applicazione diretta della normativa comunitaria conferente», la Corte costituzionale – richiamandosi al precedente di cui alla sentenza n. 24 del 2011 – procede con il confrontare la nuova normativa (art. 4 del decreto-legge n. 138/2011) rispetto alle disposizioni abrogate e alla *ratio* della precedente consultazione referendaria.

Così, nell'intento di garantire il rispetto della volontà popolare espressa nell'anno precedente, i giudici costituzionali considerano definitivamente espressi e immutabili i convincimenti manifestati dal corpo elettorale in quella consultazione senza porsi il problema dell'evoluzione di quella stessa volontà che pur avrebbe potuto determinarsi diversamente in seguito al giuramento del nuovo Governo a fine 2011⁸, non solo in virtù di una generale rimeditazione del problema *melius re perpensa*, ma anche, specificamente, in considerazione dei richiami provenienti dall'Unione europea e dalla Corte dei conti italiana ad attuare più coraggiosamente politiche di riforme liberali ed accrescere l'efficienza dei servizi pubblici (locali e non).

Il primo degli errori che sembra essere stato commesso dalla Corte appare, dunque, la qualificazione della volontà popolare come immutabile e definitiva; ciò che invece avrebbe meritato e giustificato un'ulteriore consultazione proprio per consentire agli elettori di esprimere, a distanza di tempo, il proprio convincimento sul nuovo articolato normativo e sulla base della nuova realtà di fatto venutasi a creare: crisi finanziaria, richiami dell'Unione europea e della Corte dei conti italiana, più meditata e non emotiva considerazione del problema da parte del corpo elettorale grazie al *raffreddamento* del clima referendario e ad un approccio al problema giuridico non mediato dalla falsificante comunicazione *mass-mediatedica* dei promotori del *referendum*. Sotto tale ultimo profilo, infatti, è ampiamente noto che le dichiarazioni dei promotori dei *referendum* hanno «spesso un contenuto diverso in sede di campagna per la raccolta delle sottoscrizioni, rispetto a quello delle difese scritte od orali espresse in sede di giudizio di ammissibilità» costituzionale del *referendum* stesso⁹. Al punto che sarebbe opportuno,

⁸ Come noto, il Governo presieduto dal sen. Mario Monti, e succeduto al Governo Berlusconi, si è insediato il 16 novembre 2011.

⁹ C. cost. 21 gennaio 2011, n. 24, in www.cortecostituzionale.it, che in proposito richiama i precedenti di cui alle sentenze n. 16 e n. 15 del 2008, n. 37 del 2000, n. 17 del 1997.

de jure condendo, prescrivere – come pur proposto da Vincenzo Caianiello nel 1996 – che il quesito referendario sia esattamente lo stesso di quello diffuso durante la campagna referendaria e non consista in una meccanica riproduzione degli effetti giuridici della proposta abrogativa; in tal modo si consentirebbe all'elettore di conoscere realmente il portato del quesito evitando, talvolta, l'inganno di votare un *quid* diverso dallo slogan affermatosi durante la campagna elettorale.

Al contrario, secondo la sentenza n. 199/2012, «le poche novità introdotte dall'art. 4 [del decreto-legge n. 138/2011] accentuano (...) la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Tenuto conto, poi, del fatto che l'intento abrogativo espresso con il *referendum* riguardava «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-*bis*, non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che la norma oggi all'esame costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il *referendum* del 12 e 13 giugno 2011»¹⁰.

Come può notarsi, la Corte costituzionale non si limita a giudicare la conformità delle nuove norme rispetto a quelle abrogate dal *referendum* ma si spinge ad interpretare la volontà popolare anche laddove essa non si è pronunciata in sede di consultazione referendaria: l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici da gestire in regime di concorrenza viene putativamente considerata dai giudici costituzionali contraria alla volontà popolare manifestata in occasione del *referendum* del 2011 anche se questa si pronunciò espressamente anche sulla c.d. privatizzazione dei servizi idrici al punto che, con notevoli forzature mistificanti, la campagna referendaria venne condotta prevalentemente al grido di «l'acqua è un bene comune», «l'acqua è di tutti», ecc., così da eccitare maliziosamente gli animi nel senso di rappresentare il timore non già di una efficiente *privatizzazione* ma di una vera e propria *privazione* di quel bene (da tutti ritenuto) essenziale.

Pertanto, anche se il corpo elettorale non si è mai pronunciato sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali diversi dal servizio idrico integrato, la Corte costituzionale si fa interprete della volontà

¹⁰ C. cost. n. 199/2012, cit., § 5.2.1, p. 9.

degli elettori ritenendo quell'espunzione non sufficiente a saziare la sete di ri-pubblicizzazione dei servizi pubblici locali. Ne deriva che se da un lato appare quantomeno contestabile la perfetta identità di contenuti tra il vecchio decreto-legge n. 112/2008 e il successivo decreto-legge n. 138/2011, l'interpretazione di quale sarebbe stata la volontà del corpo elettorale in presenza della nuova normativa sembra porre un problema esclusivamente politico e non giuridico e come tale precluso alla Corte costituzionale.

Pur senza addentrarci nel merito della problematica dell'*in house providing*, oggetto di continui interventi normativi e annosi dibattiti dottrinali, l'orientamento espresso dalla Corte appare ancor meno comprensibile se si pone mente alla di poco precedente sentenza n. 325/2010¹¹ nella quale i giudici, nell'escludere l'illegittimità dell'art. 23-bis, decreto-legge n. 112/2008, hanno affermato come un'applicazione più rigorosa dei principi comunitari in tema di *in house providing*, sebbene non sia imposta dall'ordinamento comunitario e, dunque, non sia «costituzionalmente obbligata» ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., non si ponga neanche in contrasto con quella stessa normativa comunitaria che, «in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri». Ne deriva, secondo la sentenza n. 325/2010, «che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali (...) di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario»¹².

Se ciò non è vietato, l'unico limite che si oppone all'esercizio di una legittima facoltà del legislatore è rappresentato dall'esito del *referendum* e dall'approvazione di una normativa «senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto»¹³. Il che sposta l'asse del ragionamento dalla legittimità della normativa in sé e per sé (come visto, pienamente ammissibile) ad i rapporti tra (effetti dei) *referendum* e fonti normative parlamentari.

In tale direzione, la tematica dell'interpretazione (necessariamente) politica sia dei dati della realtà (che la Corte considera immutati e non giustificanti un nuovo intervento normativo) che

¹¹ C. cost. 17 novembre 2010, n. 325, in «Foro it.», 2011, I, c. 1332, con *Osservazioni* e nota di richiami di R. Romboli.

¹² C. cost. n. 325/2010, cit., c. 1344.

¹³ C. cost. n. 199/2012, cit., § 5.2.2.

della volontà elettorale (che la Corte ritiene si sarebbe espressa negativamente anche sul nuovo articolato normativo del 2011, ove fosse stata sollecitata in tal senso) pone l'ulteriore sotto-problema del carattere asseritamente democratico del *referendum*: se in linea di principio esso è considerato la massima espressione democratica della volontà popolare perché qui i cittadini si esprimono direttamente senza intermediazioni potenzialmente mistificanti, non può sottovalutarsi il fatto che la mistificazione della volontà popolare può avvenire non solo in sede politica ma anche, e proprio, «dagli stessi agenti di mobilitazione e propaganda che intervengono nelle campagne elettorali»¹⁴, mediante campagne mediatiche che trasfigurano i veri oggetti dei quesiti referendari giungendo a manipolare la volontà elettorale che rischia, in buona fede, di esprimersi su quesiti diversi da quelli rappresentati durante la campagna referendaria. Commentando il *referendum* sul nucleare del 1987, ad esempio, Vincenzo Caianiello suggeriva di proporre, come quesito, non la pura riproduzione degli articoli di legge da abrogare ma, con maggiore pregnanza, uno del tipo: «Volete che l'energia nucleare non si produca più in Italia e si acquisti, invece, dai vicini Paesi europei?».

È quanto pare essere accaduto proprio nel *referendum* del 2011 la cui campagna è stata condotta al grido di «l'acqua è un bene comune», come se la disciplina del 2008 intendesse abrogare gli articoli 822 ss. cod. civ., sdemanializzare i corsi d'acqua o negare i principi di continuità e doverosità che sempre informano la gestione dei servizi pubblici. Ed è evidente che se quello è stato lo *slogan* attraverso cui sono stati carpiri i consensi degli elettori, la volontà di questi si è formata in modo viziato, allo stesso modo in cui durante le trattative contrattuali si rappresenta dolosamente come oggetto della compravendita un bene diverso da quello poi effettivamente dedotto nel negozio.

4. *Servizi pubblici locali e mutamento della realtà socio-politica*

Come anticipato, il divieto di reintroduzione della disciplina abrogata con *referendum* (a parità, s'intende, di contenuti) viene giustificato dalla sentenza n. 199/2012 con la mancata determinazione, «successivamente all'abrogazione, [di] alcun mutamento né

¹⁴ A. Giorgis, *La democrazia diretta non prevale su quella rappresentativa*, in «l'Unità», 23 luglio 2012, p. 7.

del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto» (§ 5.2.2).

A parte la evidente pretesa della Corte di farsi giudice non (solo) delle leggi ma, così ragionando, della linea politica del Governo in carica¹⁵, non si può non riflettere sul dato per cui il ragionamento della Corte presuppone un fatto tutto da dimostrare: che la realtà socio-politica non sia cambiata dal momento dell'abrogazione referendaria (giugno 2011) fino all'entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge n. 138/2011 (settembre 2011). Pur senza trascendere nell'analisi politica (come pure imporrebbe di fare il principio espresso dalla Corte per contestare il merito delle argomentazioni), basti fare riferimento a due dati di cronaca politica che non possono non essere citati per poter valutare criticamente il ragionamento proposto dai giudici costituzionali.

In primo luogo, non può liquidarsi come irrilevante la nota lettera del 5 agosto 2011 della Banca centrale europea firmata da Mario Draghi e Jean-Claude Trichet¹⁶ nella quale si posero all'attenzione del Governo Berlusconi allora in carica i temi

¹⁵ Sul tema della «inevitabile (ma mascherata) politicità» delle sentenze della Corte costituzionale, si rinvia all'equilibrato e acuto saggio di R. Titomanlio, *Note sul ruolo della Corte Costituzionale nel sistema politico italiano*, in «Giust. Amm. it.», n. 4/2010, che conclude nel senso della opportunità di rendere palese la natura politica (e non semplicemente «creativa») delle sentenze della Corte costituzionale, sia introducendo la «dissenting opinion» dei giudici della Corte che fornendo ai giudici stessi una legittimazione politica tale da «far emergere una più piena visibilità del contatto tra il giudice costituzionale e la comunità di riferimento ed esporre la responsabilità del giudice costituzionale» (p. 4). Come noto, il sistema anglo-americano conosce sia la *concurring opinion* che la *dissenting opinion*: con la prima s'intende l'opinione concorrente dei giudici che condividano il dispositivo ma non la motivazione, mentre con la formula della *dissenting opinion* si comprendono le opinioni dissenzienti dei giudici che fanno parte integrante della sentenza e che seguono immediatamente l'opinione della maggioranza. Secondo J.C. Adams, *Il diritto costituzionale americano*, Firenze, La nuova Italia, 1954, p. 27, «l'espressione di sentimenti della minoranza è una tradizione del diritto anglo-americano, che si trova anche nella tradizione svizzera»; per S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», n. 3/2012, pp. 603 ss., 607, la registrazione dell'opinione separata, dissenziente o concorrente, dei giudici che hanno votato in camera di consiglio, costituisce una innovazione «oltre che necessaria, urgente (...)». Il Cassese ricorda *ibidem*, p. 607, che dell'opportunità di introdurre la predetta *dissenting opinion* si è discusso almeno tre volte negli ultimi vent'anni, in seno alla Corte, senza coerenti risultati concreti, ed ottenendo adesioni alquanto limitate da parte dei giudici costituzionali, fino a giungere alle quattro adesioni su 15 nel 2007, a partire dall'unica voce favorevole del 1995, segno, comunque, della progressiva consapevolezza della necessità di superare l'opacità delle decisioni della Corte. Sull'argomento, si veda poi S. Cassese, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in «Quad. cost.», 2009, pp. 973 ss.; S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1998.

¹⁶ Pubblicata integralmente, in italiano, dal «Corriere della sera» del 29 settembre 2011.

dell'aumento della «concorrenza, particolarmente nei servizi, il miglioramento della qualità dei servizi pubblici e il ridisegno di sistemi regolatori e fiscali che siano più adatti a sostenere la competitività delle imprese e l'efficienza del mercato del lavoro». In particolare, la Banca centrale europea chiedeva espressamente al Governo «una complessiva, radicale e credibile strategia di riforme, inclusa la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali e dei servizi professionali. Questo dovrebbe applicarsi in particolare alla fornitura di servizi locali attraverso privatizzazioni su larga scala». Che è esattamente quanto è stato fatto nell'art. 4 del decreto-legge n. 138/2011 attraverso una limitazione dei diritti di esclusiva ai casi in cui «la libera iniziativa economica non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (art. 4, comma 1).

La linea europea appare comune a quanto successivamente ribadito nella lettera inviata all'ex Ministro dell'economia e finanza, Giulio Tremonti, nel novembre 2011, dal Commissario agli Affari economici dell'Unione europea, Olli Rehn, che chiedeva specifici dettagli sul piano di risanamento e riforme presentato dall'ex presidente del Consiglio dei ministri, Silvio Berlusconi, al vertice del G20 di Cannes. Al punto 25, in particolare, si chiedeva specificamente «di ottenere maggiori informazioni che spieghino quali provvedimenti di riforma si pensa di varare nel settore delle acque, malgrado i risultati del recente referendum».

Le sollecitazioni europee, perfettamente coerenti con il contenuto assunto dall'art. 4, decreto-legge n. 138/2011, anche sul piano della contemporaneità di quegli stessi interventi governativi, fanno da *pendant* ai periodici richiami della Corte dei conti italiana che frequentemente ha posto il problema della riduzione della massa di debiti accumulati proprio dalle società gestrici di servizi pubblici partecipate dagli Enti locali. Nel «Rapporto 2012 sul coordinamento della finanza pubblica» presentato alla Camera dei deputati nel maggio 2012¹⁷, ad esempio, le Sezioni riunite in sede di controllo hanno sottolineato l'obbligo precipuo di «ritrarsi [dal] fenomeno partecipativo soprattutto [nei] settori che non rappresentano servizi di interesse generale dove maggiormente si concentrano *performance* negative». Delle 4.942 società partecipate detenute dai 7.200 Enti locali, oltre il 60% sono partecipate da minuscoli comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti; a ciò si aggiunga

¹⁷ C. conti, sez. riun. contr., 28 maggio 2012, «Rapporto 2012 sul coordinamento della finanza pubblica», in www.corteconti.it.

che nella stragrande maggioranza dei casi, cioè nel 78%, le società hanno ottenuto l'affidamento diretto dei servizi pubblico, «con un prevedibile importantissimo impatto della nuova disciplina che impone un'apertura al mercato marcata e, comunque, un generalizzato ricorso alla gara. Dalla notevole estensione dell'affidamento diretto deriva la considerazione di come gli Enti locali utilizzino lo strumento societario per porre in essere una forma di gestione che solo formalmente è attribuibile ad un soggetto esterno, ma che sostanzialmente è diretta, considerato il rapporto organico che esiste tra ente affidante e società *in house*»¹⁸.

Se la c.d. *governance* delle società partecipate dagli Enti locali appare criticabile per i profili anticoncorrenziali della chiusura al mercato, non migliori appaiono i risultati di esercizio delle loro attività: sempre la Corte dei conti mette in evidenza che «circa il 35% della società rilevate ha chiuso in perdita uno degli esercizi compresi nel triennio 2008/2010, più diffuse al Sud (30%)»¹⁹.

I dati e le considerazioni contenuti nel «Rapporto» mettono ben in luce come l'intervento governativo non sia frutto di una truffaldina riproposizione di disposizioni radicalmente negate dal corpo elettorale ma siano la conseguenza di problematiche avvertite sia in ambito nazionale che europeo che i risultati del *referendum* 2011 hanno finito con l'aggravare e non risolvere²⁰; ed anzi, l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici da aprire alla concorrenza ed al mercato sembrava rappresentare evidentemente, nelle intenzioni del Governo, il modo attraverso cui «tranquillizzare» l'opinione pubblica intorno alla bontà delle finalità e, nel contempo, assecondare le sollecitazioni europee a rilanciare l'economia anche attraverso tale intervento.

¹⁸ C. conti, sez. riun. contr., «Rapporto 2012», cit., p. 165.

¹⁹ C. conti, sez. riun. contr., «Rapporto 2012», cit., p. 166.

²⁰ L'essenzialità delle disposizioni relative alla liberalizzazione dei servizi pubblici nel processo di sviluppo economico e sociale della Nazione sembra essere stato colto anche dal Consiglio di Stato nell'esame dell'art. 4, comma 33-ter, decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante i «Criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per l'adozione della delibera quadro nonché disposizioni attuative per il progressivo miglioramento, mediante un sistema di benchmarking, della qualità ed efficienza di gestione dei medesimi servizi, ed ulteriori necessarie misure di attuazione»: senza nulla osservare intorno ai profili di eventuale illegittimità costituzionale della disposizione primaria che lo schema di regolamento si proponeva di attuare, la sezione consultiva atti normativa del Consiglio di Stato, 11 giugno 2012, n. 4717/2012 (in «Foro amm. - CDS», n. 6/2012), ha osservato come «la liberalizzazione del settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica costituisce un passaggio fondamentale nell'ambito delle misure per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, adottate con il decreto-legge n. 1/2012, che ha introdotto la norma fonte del regolamento in esame».

Rispondeva a tali sollecitazioni la disciplina apprestata dal legislatore nell'art. 4, decreto-legge n. 138/2011 attraverso cui, appunto, si cercava di limitare il ricorso al meccanismo dell'auto-produzione di servizi estendendo, invece, i casi in cui il ricorso alla gara pubblica sia per la scelta del socio che per l'affidamento del servizio fosse obbligatorio.

Il complesso di tali disposizioni è, invece, stato dichiarato dalla Corte incostituzionale perché giudicato contrario alla volontà popolare espressa per via referendaria nel precedente anno 2011, attesa l'identità (*rectius*, la continuità) della normativa riproposta dal legislatore rispetto al precedente art. 23-*bis*, decreto-legge n. 112/2008.

Anche se i problemi derivanti dalla sentenza della Corte trascendono il singolo caso ed inducono a riflessioni più generali sul ruolo del Giudice delle leggi nell'equilibrio dei poteri costituzionali, gli specifici effetti della pronuncia appaiono di non poco momento.

Il programma di liberalizzazione proposto sia dal Governo Berlusconi che dal successivo Governo Monti, di cui i servizi pubblici locali rappresentavano un anello essenziale, appare essere stato irrimediabilmente compromesso.

Infatti, successivamente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4, decreto-legge n. 138/2011, il Governo (Monti) non ha potuto far altro che approvare un nuovo decreto-legge di disciplina del settore, forzatamente più blando, con il quale si consacra la fine della «spinta alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali»²¹: con l'art. 34, decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, poi convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, recante «Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese», la nuova disciplina dettata dal legislatore cercando di «dribblare» tra i paletti imposti dalla Corte costituzionale «è del tutto semplificata, più leggera e *de minimis*»²², non essendo dettata una disciplina organica (rimessa, invece, alla normativa europea che così assume un valore centrale e non di semplice confine invalicabile), mentre gli adempimenti a carico dei soggetti affidanti «sono ridotti a poche e circoscritte incombenze»²³. Gli sbiaditi e tiepidi contenuti dell'art. 34 del decreto-legge n. 179/2012 confermano che la sentenza n. 199/2012 ha «frenato il legislatore» che così è stato costretto a

²¹ Sono le amare considerazioni di C. Volpe, *La «nuova normativa» sui servizi pubblici locali*, cit., p. 11.

²² *Ibidem*, p. 10

²³ *Ibidem*, p. 11.

rinunciare alla linea politica che anche i Governi precedenti avevano cercato di attuare «per avvicinare l'Italia ai migliori standard europei»; cosa che, almeno per ora, rappresenta un sogno destinato a restare lontano. E non certo per causa della timidezza della linea politica di questo o quel Governo.

5. *Democrazia diretta versus democrazia indiretta?*

L'ulteriore errore in cui i giudici costituzionali sembra siano incorsi consiste nell'aver pericolosamente presupposto una contrapposizione tra fonti dirette ed indirette, ossia tra fonti del diritto derivanti dalla diretta manifestazione della volontà popolare (*referendum*) e quelle derivanti dalla indiretta manifestazione dei rappresentanti del corpo elettorale. Infatti, se è vero che il corpo elettorale si è espresso nei *referendum* del giugno 2011, è pur vero che i suoi legittimi rappresentanti hanno legiferato nell'anno successivo secondo le procedure previste dalla Costituzione ed approvando sempre «in nome del popolo italiano» quelle disposizioni abrogate per effetto della sentenza di illegittimità della Corte costituzionale. Dunque, a rigore, se è vero che secondo i giudici costituzionali il Parlamento avrebbe contraddetto la volontà popolare (ma si è cercato di dimostrare prima che le cose potrebbero presentarsi diversamente), è pur vero che sono stati poi i giudici costituzionali a negare, in ultimo, quella stessa volontà popolare che nel decreto-legge n. 138/2011 era stata indirettamente espressa attraverso la conversione del decreto-legge approvato dal Governo; e non riesco a vedere un *quid* scandaloso nel mutamento della volontà del legislatore che opera nel nome e per conto del popolo italiano, soprattutto ove raffrontato ai continui mutamenti della giurisprudenza (che pur si pronuncia «in nome del popolo italiano») che – protetta da un'aurea di illimitata legittimazione – il principio di certezza del diritto non riesce ad arginare²⁴.

È noto che dalla Costituzione non può ricavarsi una preferenza per una fonte normativa né tantomeno attribuire alle fonti di democrazia diretta una forza maggiore rispetto a quelle di democrazia

²⁴ Sul problema dei *revirement* giurisprudenziali e sul ruolo nomofilattico delle supreme magistrature, si veda da ultimo E. Follieri, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in «Dir. proc. amm.», n. 4/2012, pp. 1237 ss.

indiretta²⁵. Infatti, «in una democrazia la legge è espressione della volontà dei cittadini, sia direttamente (...) sia indirettamente (...)». Di conseguenza, «un'interpretazione che svislisce gli obiettivi della legge tende a svilire anche la finalità costituzionale»²⁶ che consiste nella rappresentanza degli interessi dei cittadini.

Da quanto detto sembra potersi desumere che il ragionamento implicito nascosto nel *dictum* della Corte, oltre a non avere alcun fondamento costituzionale²⁷, non rende un servizio al processo di recupero di credibilità nelle istituzioni democratiche, tale essendo *in primis* il Parlamento che legifera in rappresentanza del popolo sovrano. Alla base della contrapposizione tra fonte referendaria e fonte parlamentare, nella decisione n. 199/2012 della Corte vi è la superiore contrapposizione tra una cosiddetta società civile (che sarebbe) pura e istituzioni legislative democratiche (che sarebbero) degenerate²⁸, contraddizione che è assente nell'ordito costituzionale e lesiva dei principi basilari della nostra democrazia. Tanto è vero che, per una eterogenesi dei fini forse non tenuta a mente nella sentenza n. 199/2012 (che pur sembra tutta ispirata a garantire il massimo rispetto della volontà popolare) il ragionamento della Corte potrebbe giungere anche alla conclusione paradossale di impedire al corpo elettorale di esprimersi pienamente e liberamente, non potendo più il popolo reintrodurre *sua sponte* quella disciplina precedentemente abrogata se non... in presenza del mutamento delle condizioni politiche o di fatto cui si richiama la Corte e che la Corte stessa, implicitamente, si autoattribuisce il potere di accertare.

²⁵ A. Giorgis, *La democrazia diretta*, cit., p. 7.

²⁶ S.G. Brejer, *Administrative Law, Democracy and the American Constitution*, trad. it. *L'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, p. 22.

²⁷ Correttamente, R. Dickmann, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum*, cit., p. 4, osserva come sussista il principio «della necessaria concorrenza della piena legittimazione sia della funzione legislativa sia del potere referendario, nessuna delle quali è concepita come prevalente sull'altra. Pertanto, tra i due istituti, il referendum e la funzione legislativa, non esiste prevalenza di status, cioè sul piano della legittimazione i poteri di riferimento sono pari ordinati e complementari». La parità delle fonti e l'insostenibilità di una prevalenza della fonte referendaria rispetto a quella parlamentare è autorevolmente sostenuta da M. Luciani, *Art. 75. La formazione delle leggi. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali (artt. 1-12)*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro It., 2005.

²⁸ Per una critica a tale concezione dei rapporti tra c.d. società civile e partiti politici, laddove, invece, più correttamente dovrebbe parlarsi dei secondi come espressione dei primi, V. Rognoni, *Rinnovare, non eliminare i partiti se vogliamo salvare la democrazia*, in «Corriere della sera», 6 gennaio 2013, p. 32.

Pericolosa è la tesi sostenuta dalla Corte²⁹ poiché fomenta non una dialettica tra fonti dirette e indirette ma una supposta prevalenza delle prime rispetto alle seconde e, in ultima analisi, contribuisce ad alimentare un clima di diffidenza verso le legittime manifestazioni della politica senza, nel contempo, rinvigorire la dialettica democratica che, al contrario, si sarebbe forse giovata di una nuova e più consapevole consultazione referendaria sul nuovo testo legittimamente approvato dal Parlamento³⁰. Soltanto interrogando nuovamente il corpo elettorale se ne sarebbe potuto rispettare autenticamente il volere, senza la mistificante intermediazione della Corte costituzionale si è proposta quale suo non legittimato interprete. La sentenza della Corte avoca alla giustizia (costituzionale) il compito di difendere la volontà degli elettori, in tal modo contrapponendo pericolosamente istituzioni democratiche ad istituzioni di garanzia che dovrebbero, invece, limitarsi a confrontare il testo normativo con la Costituzione senza enucleare principi che comprimano il successivo esercizio di funzioni politiche.

È il caso di precisare che chi scrive ha profuso le proprie energie per valorizzare proprio le fonti dirette del diritto, ritenendo, peraltro, meramente esemplificativa e non esclusiva la manifestazione diretta della volontà popolare attuata attraverso il *referendum*³¹; ma tali manifestazioni non escludono certamente la permanente esercitabilità del potere di indirizzo politico e della (conseguente) funzione legislativa. Nella logica che ho cercato di esporre in alcuni precedenti studi, fonti statali e forme di spontanea formazione del diritto convivono fondandosi su un'armoniosa combinazione di dirette manifestazioni della sovranità popolare ed azione dei poteri costituiti. In particolare, il processo di formazione della consuetudine che – a mio avviso – può anche giungere ad abrogare le fonti-atto primarie (come più volte riconosciuto nella storia del diritto fino al XIX secolo e come tuttora accade anche nell'attuale ordinamento repubblicano, nonostante l'assenza di una formale definizione), è il «risultato di una armoniosa combinazione sia della collettività che dell'azione dei poteri pubblici»³²; l'elemento essenziale della dinamica consuetudinaria è costituita – oltre alla ripetizione dei comportamenti sociali (*diuturnitas*) accompagnati dalla

²⁹ E non da ora, attesa la consolidata giurisprudenza sopra ricostruita in tema di *referendum*.

³⁰ Si veda ancora, con unanimità di vedute, A. Giorgis, *La democrazia diretta*, cit., 7.

³¹ Sia permesso rinviare a A.L. Tarasco, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, Napoli, Editoriale scientifica, 2003, *passim*.

³² *Ibidem*, p. 292.

convinzione di agire in base ad una necessità giuridica (*opinio juris seu necessitatis*) – anche dall’approvazione esplicita od implicita dei poteri pubblici rispetto alle condotte realizzate dalla collettività. In tal modo, la produzione normativa attraverso il meccanismo consuetudinario o desuetudinario costituisce non il risultato dell’isolata e incontrollata azione popolare ma «dell’armoniosa combinazione dei poteri dello Stato (il popolo e le sue istituzioni), che manifestano la vivacità del loro dialogo nelle diverse modalità con cui ciascuno reagisce all’intervento e all’azione dell’altro» attraverso proposte normative e successive (ed eventuali) approvazioni³³.

Tale divagazione consente di affermare che, come per la consuetudine, anche per l’altra forma di produzione diretta del diritto, il *referendum*, non può non valere l’analoga dialettica tra fonte del diritto popolare ed azione dei poteri dello Stato, non potendosi ammettere, in altri termini, né che la produzione normativa statale escluda quella popolare né che la produzione di una norma (anche meramente abrogativa: *referendum* o desuetudine) direttamente da parte del corpo elettorale escluda il successivo intervento dei poteri pubblici che possono approvare (con valore dichiarativo) o contraddire (con valore costitutivo) quel determinato atto normativo posto in essere dal corpo elettorale.

Anche sotto tale profilo, dunque, mi pare che il ragionamento dei giudici costituzionali – pur partendo da condivisibili premesse – giunga ad una contrapposizione tanto insanabile quanto insostenibile tra fonti statali ed istituti di democrazia diretta, conclusione, questa, che conduce a risultati meno democratici di quelli che, magari in buona fede, intenderebbe affermare.

6. Sentenze dichiarative d’illegittimità e principio democratico

Da quanto esposto fino ad ora, si evince chiaramente che da un lato la pronuncia della Corte costituzionale riconosce all’orientamento espresso dalla volontà popolare in sede di *referendum* abrogativo la dignità di parametro costituzionale alla stregua del quale valutare la legittimità della produzione legislativa, dall’altro, però, essa nega nella sostanza siffatta volontà popolare laddove se ne fa interprete senza offrire agli elettori la possibilità di esprimersi nuovamente e diversamente sull’argomento.

³³ *Ibidem*, p. 294.

Tuttavia, non potendosi ammettere in linea di principio che gli esiti dei *referendum* del 12 e 13 giugno 2011 abbiano impedito per sempre di legiferare nuovamente e diversamente sulla materia dei servizi pubblici locali, deve ammettersi che se il *referendum* è funzionale all'espressione della volontà popolare, non può giungersi all'aberrante conclusione che contraddica la sua stessa *ratio*, e che rinneghi, quindi, il potere dello stesso corpo elettorale di esprimere il proprio mutato convincimento dopo il *referendum*, essendo tale conclusione l'esatto contrario del principio democratico di cui è cristallino esempio l'istituto di democrazia diretta. Dovendo escludersi evidentemente tale conclusione, non ci si può non interrogare su quale soggetto dell'ordinamento possa giudicare la ricorrenza delle circostanze eventualmente sopravvenute rispetto all'esito referendario e che giustifichino – secondo la Corte – un nuovo intervento legislativo di segno contrario rispetto al precedente *decisum* del corpo elettorale.

A nostro avviso, contrariamente a quanto emerge nella sentenza n. 199/2012, tale ruolo non può essere svolto dalla stessa Corte costituzionale, che avrebbe dovuto forse dovuto limitarsi a dichiarare la riproposizione della normativa abrogata in altra norma successiva, salvo, poi, innescare un meccanismo che avrebbe dovuto rimettere nuovamente agli elettori, sempre attraverso il *referendum*, la parola ultima sull'argomento.

È ben strano, infatti, che possano mutare le compagini politico-governative senza consultare gli elettori³⁴ (e per di più con la «benedizione» di giuristi ed intellettuali)³⁵, e non possano mutare, invece, le leggi che un precedente Governo aveva proposto; ed è ancor più strano che il dubbio intorno al fatto che gli elettori possano aver mutato opinione anche grazie al rinnovato programma politico del nuovo Governo non possa essere risolto ridando loro la parola attraverso l'indizione di un altro *referendum* che abbia ad oggetto la nuova legge dichiarata incostituzionale dalla Corte (*rectius*, dichiarata sostanzialmente conforme a quella precedentemente già oggetto di *referendum* abrogativo).

E se la dichiarazione di incostituzionalità è motivata dalla Corte con il richiamo al principio del rispetto della volontà popolare, non può non sorprendere che solo i giudizi delle corti, pur formulati

³⁴ Come si è verificato di recente, nel novembre 2011, con la fine del Governo Berlusconi e la nomina del «Governo tecnico» Monti.

³⁵ Se ne veda, *ex plurimis*, la giustificazione, in F. Morganti, *Élite di qualità, democrazie stabili*, in «Corriere della sera», 16 febbraio 2013, p. 40, che conclude sostenendo che «non c'è solo il voto come metodo di selezione di una classe dirigente» (*sic!*).

«in nome del popolo italiano», potrebbero subire un numero illimitato di *revirement*, a differenza della volontà del corpo elettorale che, cristallizzata in un unico pronunciamento sollecitato da una *élite* di promotori referendari, si troverebbe ad essere vincolata per un tempo indefinitamente esteso.

7. Corte costituzionale e principi democratici: l'esperienza italiana e straniera

Per quanto siamo venuti dicendo, appare evidente come la soluzione fornita nella sentenza n. 199/2012 ponga non solo un problema di rispetto della volontà popolare (da interpretarsi, però, in maniera ampia e non limitata unicamente al corpo elettorale che si è espresso attraverso il *referendum*, onde evitare di considerare quel pronunciamento immutabile e contrapposto a quello dell'Organo rappresentativo della sovranità) ma altresì di salvaguardia del potere-dovere di direzione ed indirizzo degli organi politici³⁶.

All'interno della stessa Costituzione, il giudizio di costituzionalità può leggersi come un controllo di ultima istanza che si pone come limite esterno dell'attività di determinazione e attuazione politica (art. 95 Cost.), attività, quest'ultima, che rappresenta un diretto precipitato del principio democratico che porta gli eletti ad attuare la politica per la quale sono stati scelti dal corpo elettorale: se questo è il fine, mentre il controllo di costituzionalità segna il limite che i politici non possono travalicare, non può l'attività di evidenziazione dei confini invadere il campo riservato ai soggetti politici, come sembra essere stato fatto con la sentenza n. 199/2012, che di fatto ha neutralizzato l'azione politica di Governo e Parlamento nel tentativo di liberalizzare i servizi pubblici locali.

Già nelle ipotesi fisiologiche di dichiarazione di illegittimità di un atto normativo primario, pur non «partecipa[ndo] in modo attivo alla determinazione e all'attuazione dell'indirizzo politico dello Stato», attraverso le sue pronunce la Corte costituzionale «condiziona l'una e l'altra», dichiarando l'incostituzionalità di leggi che sono «estrinsecazione o irradiazione» di quelle funzioni³⁷.

³⁶ Sulla nozione di atto politico, si veda, da ultimo, la giurisprudenza formatasi in materia di «quote-rosa» nella composizione delle giunte regionali, a partire da Cons. Stato, sez. IV, ord. 1° ottobre 2008, n. 5067 e 29 luglio 2008, n. 3992, in «Foro it.», 2009, I, 16.

³⁷ F. Pierandrei, voce *Corte costituzionale*, in «Enc. Dir.», vol. X, 1962, pp. 874 ss., qui 895.

La natura politica delle funzioni esercitate dalla Corte appaiono ormai disconosciute da pochi³⁸.

Mentre alcuni studiosi riconoscono con franchezza la natura mista «dell'attività che essa è chiamata ad esercitare (giurisdizionale e politica insieme) (...)»³⁹, altri giungono a definire la Corte come «un organo imparziale» chiamato a far «vivere e rispettare, innanzitutto dalle compagini del potere pubblico»⁴⁰, la Costituzione italiana, anche se tale asserita natura imparziale mal si concilia con il pluralismo di valori di cui è portatrice la nostra Carta e la naturale necessità di interpretare quei principi, direttive e valori secondo i valori ideologico-culturali degli stessi giudici, come i mutamenti della giurisprudenza costituzionale testimoniano abbondantemente; di qui la tendenziale sovrapposizione tra controllo di legittimità costituzionale meramente formale e sostanziale, che pur la dottrina più risalente tendeva a proporre⁴¹.

Il carattere necessariamente politico della Corte viene, pertanto, riconosciuto, ammettendo che il «monopolio» attribuito alla Corte costituzionale nell'interpretazione ed applicazione della Costituzione attribuisce a questa «un significativo peso politico, quale custode della Costituzione, organo di equilibrio dell'ordinamento e interlocutore necessario del dibattito politico, istituzionale e sociale»⁴².

Deve, pertanto, considerarsi superata la tesi, pur autorevolmente esposta, che riconosceva nella Corte unicamente una natura giurisdizionale rifiutando, per contro, ogni sua caratterizzazione politica; e ciò perché il suo giudizio sarebbe «tendenzialmente almeno, giuridico-costituzionale e non politico»⁴³. Con maggiore franchezza di linguaggio, alcuni studiosi parlano della Corte costituzionale come «organo sovrano» che partecipa «della funzione politica su-

³⁸ «La maggiore difficoltà per la Corte risulta pertanto quella di far sì che l'oscillazione del pendolo tra il polo politico e quello giurisdizionale venga mantenuta entro un determinato margine, senza mai eccedere in un senso o nell'altro (...), sebbene accada che alcune volte ed in certe circostanze la Corte non si attenga sempre rigorosamente a tale principio...»: così R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale*, cit., p. 452.

³⁹ P. Caretti e U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, X ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 391.

⁴⁰ A. Celotto e F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 648.

⁴¹ Per questa distinzione (oggi, decisamente, inadeguata alla realtà della giurisprudenza costituzionale) C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Torino, Utet, 1979, p. 1051.

⁴² A. Celotto e F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti*, cit., p. 651.

⁴³ C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1059.

prema così come non può non essere per gli organi costituzionali e sovrani dello Stato»⁴⁴.

Così ragionando, però, mentre si ammette schiettamente la funzione politica di fatto svolta dalla Corte, si confonde – credo – la natura costituzionale dell'organo ed il suo carattere *superiorem non recognoscens* con la titolarità della sovranità popolare che certamente non spetta alla Corte ma unicamente al Parlamento; si omltera, cioè, che la sovranità originaria risiede solo nel popolo e, di conseguenza, nei suoi rappresentanti politici e non certamente nei quindici giudici costituzionali chiamati unicamente a svolgere una – pur altissima – funzione arbitrale che deve rimanere esterna al circuito politico.

La descritta interferenza tra l'attività di controllo costituzionale condotta con criterio e metodo giurisdizionale (definibile, in sintesi, *giustizia costituzionale*)⁴⁵ e le funzioni di determinazione ed attuazione dell'indirizzo politico, condiviso tra Parlamento e Governo, raggiunge livelli scarsamente compatibili con la natura democratica del nostro ordinamento ove la Corte elabori principi con cui limita l'estrinsecazione della funzione legislativa di Governo e Parlamento; eppure la dottrina, in larga maggioranza, ha mostrato di accettare tale ingerenza sulla base del «convincimento, rafforzato dal ricordo delle esperienze passate, circa la necessità inderogabile di provvedere alla difesa della legge suprema, istitutiva dell'ordinamento democratico»⁴⁶.

A seguire tale (pur autorevole) tesi, la ragione legittimante dell'interferenza della Corte nell'attività politica di Governo e Parlamento starebbe nella necessità di difendere il carattere democratico dell'ordinamento (cristallizzato nella Carta); così ragionando, però, si sottovaluta il fatto che un organo non legittimato in senso democratico finisce con l'interferire nell'esercizio delle funzioni propriamente politiche che, a tacer d'altro, possono essere esercitate solo da organi eletti dal corpo elettorale.

Il problema del raggiungimento di un equilibrato punto di mediazione tra la necessità di garantire la Costituzione da leggi che la violino e la concorrente necessità del Governo e del Parlamento di salvaguardare il proprio indirizzo politico, direttamente espressione del principio democratico, appare presente in ogni democrazia occidentale. Può dirsi, però, che solo in Italia la garanzia di equi-

⁴⁴ E. Balocchi, voce *Corte costituzionale*, cit., p. 983.

⁴⁵ In questo senso, F. Pierandrei, voce *Corte costituzionale*, cit., p. 895.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 890.

librio ha finito con l'avvantaggiare decisamente la Corte delle leggi la quale, grazie alla propria giurisprudenza creativa, sembra essersi autoattribuita compiti ben lontani da quelli che i Costituenti intendevano affidarle (v. *infra*).

La soluzione italiana fornita al problema della garanzia di una Costituzione rigida, della tutela della ricchezza dei valori costituzionali qui codificati e dei rapporti tra Stato ed autonomie locali, differisce notevolmente dalla scelta fatta da alcuni sistemi giuridici stranieri⁴⁷.

Negli *Stati Uniti* – dove il *judicial review* è stato introdotto in via di prassi giurisprudenziale per opera del *Chief Justice*, John Marshall, con le famose decisioni del 1803 e del 1819⁴⁸ – il prestigio della *Supreme Court* statunitense sta non solo nelle «sentenze che ha emanate» ma anche «in quelle che non ha emanate» e, quindi, nella «autolimitazione di un potere che, se fosse divenuto eccessivo, avrebbe distrutto l'equilibrio fra i tre poteri legislativo, esecutivo e giudiziario stabilito dalla costituzione»⁴⁹; l'autolimitazione si è storicamente espressa nel rifiuto autoimpostosi dalla stessa Corte di fornire pareri (*advisory opinions*) e di decidere questioni politiche (*political questions*), cioè, sotto quest'ultimo profilo, qualunque «questione che non si risolve sul piano giuridico»⁵⁰.

In tale ordinamento, poi, almeno in linea di principio e salvi gli effetti dello *stare decisis* imposto ai giudici dalla tradizione anglosassone, a differenza di quanto accade in Italia, la dichiarazione di incostituzionalità non ha formali effetti sulla vigenza della norma, avendo la pronuncia efficace limitata al caso concreto deciso,

⁴⁷ In argomento, oltre al classico volume di G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, VIII ed., Padova, CEDAM, 2011, si veda anche S. Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna, Bononia University Press, 2011, in cui si prendono in considerazione sistemi giuridici lontani dalla nostra tradizione, come quelli del Perù, Costa Rica, Colombia, Turchia e Sud Africa. Di recente, un interessante studio è quello di Ph. Conte, J. Lozano Miralles, G. Silvestri, S. Staiano e G. Tesauro (a cura di), *Genesi ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale Italia, Francia e Spagna*, in «Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed economia dell'Università di Napoli Federico II», n. 5, Napoli, Jovene, 2012.

⁴⁸ Nella sentenza del 1803, la Corte Suprema, per bocca del giudice Marshall, ebbe così a descrivere il fondamento del sindacato di costituzionalità delle leggi americane: «La costituzione o è una legge suprema che non può essere cambiata con i mezzi ordinari o è un atto posto allo stesso livello degli atti legislativi ordinari e che la legislazione potrà modificare quando vorrà. Se la prima parte dell'alternativa è vera, un atto legislativo contrario alla costituzione non è una legge. Se la seconda parte è vera, allora le costituzioni scritte sono dei tentativi assurdi di un popolo per limitare un potere di sua natura illimitabile».

⁴⁹ J.C. Adams, *op. ult. cit.*, p. 37.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 38.

anche se quelle norme risultano inapplicabili in quanto *dead laws* (leggi morte)⁵¹.

Di recente, il problema della intima contraddizione di una Corte non eletta dal corpo elettorale che, eppure, può giungere ad annullare una decisione legislativa sovrana, si è (ri)presentato in occasione del giudizio della *Supreme Court* sulla legge di riforma della sanità. In attesa del giudizio, nell'aprile 2012, il Presidente degli USA, Barack Obama, evidentemente temendo una valutazione negativa sulla riforma sanitaria da lui fortemente voluta, ha affermato che «*the biggest problem on the bench was judicial activism or a lack of judicial restraint, that an unelected group of people would somehow overturn a duly constituted and passed law*», aggiungendo poi che «*well this is a good example and I'm pretty confident that this court will recognize that and not take that step*»⁵².

In pratica, il Presidente statunitense è giunto, prima della attesa sentenza, a mettere in dubbio la legittimazione democratica dei giudici della Suprema Corte americana definiti «*an unelected group of people*», potenzialmente in grado di sovvertire una legge regolarmente approvata («*a duly constituted and passed law*»).

Al di là delle preoccupazioni politico-elettorali del riconfermato presidente USA, il problema della legittimazione delle Corti chiamate a giudicare leggi approvate dal Parlamento è un problema antico che ha da sempre sollecitato i costituzionalisti americani i quali hanno condivisibilmente affermato che «non è dunque strettamente logico che l'ultimo interprete di quest'espressione della volontà popolare sia l'organo statale più lontano dal controllo popolare. Parrebbe forse più logico che il sommo interprete della costituzione fosse un organo più sensibile alla influenza popolare come il Congresso o il Presidente»⁵³. Se quelle democratiche sono le esigenze da salvaguardare nel *judicial review* (cioè il giudizio di legittimità costituzionale), perché allora si è scelto di affidarlo negli USA alla *Supreme Court*? «Forse una delle ragioni perché questa tesi ha prevalso – secondo il costituzionalista americano Adams – è

⁵¹ «Le norme ritenute incostituzionali dalla Corte Suprema non vengono annullate ma continuano formalmente ad esistere nell'ordinamento statunitense pur non potendo più essere applicate né dai giudici né dalle autorità amministrative. Si tratta (...) di leggi morte (*dead laws*); meno pittorescamente, tali leggi possono definirsi come leggi esistenti ma non più vigenti»: così S.M. Cicconetti, *Lezioni di diritto costituzionale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 8.

⁵² Dichiarazione riportata da A. Rosenthal, *The President Fumbles the Court Issue*, in «New York Times», April 3, 2012, e prima ancora, in sintesi, da M. Landler, *Obama remains confident that Court Will Uphold Health Care Law*, in «New York Times», April 2, 2012.

⁵³ J.C. Adams, *op. ult. cit.*, p. 31.

che lo Stato americano non era considerato una democrazia popolare, bensì un sistema atto ad impedire che i potenti diventassero prepotenti. Il *judicial review* da questo punto di vista era un freno applicato dall'organo statale meno attivo e quindi meno pericoloso di altri organi di cui il popolo più diffidava»⁵⁴.

La domanda parrebbe non trovare una plausibile risposta in Italia, invece, dove la sovranità – risiedendo espressamente nel popolo – conforma il sistema in senso pienamente democratico. Non è forse un caso che taluni, sebbene in minoranza, proponano l'abolizione del giudizio di costituzionalità della Corte suprema in modo da ristabilire un *political constitutionalism*⁵⁵.

In Francia, poi, si è sempre stati ostili contro «l'idea che gli atti degli organi supremi, e soprattutto delle Assemblee parlamentari, rappresentative della sovranità nazionale, fossero sottoposti a controllo (...). Poiché la sovranità nazionale si esprimeva tanto attraverso la costituzione quanto attraverso la legislazione, gli organi titolari della seconda non potevano essere sindacati in rapporto all'esercizio della loro funzione»⁵⁶. Di qui la ragione della scelta di campo compiuta nella *Constitution* del 4 ottobre 1958 di ammettere, sì, un sindacato giurisdizionale sulle scelte normative da parte del *Conseil constitutionnel* ma soltanto alla duplice condizione che tale controllo sia esercitato da un organo di alta qualificazione politica (e perciò nominato dal Presidente della Repubblica e dai Presidenti di Camera e Senato, anche tra non giuristi: art. 56 *Constitution*) e che questo agisca prima che la norma da esaminare sia entrata in vigore e, dunque, impedendo la promulgazione della norma dichiarata incostituzionale e non la sua ultravigenza, secondo un meccanismo analogo ad altre costituzioni europee come la legge fondamentale ungherese del 25 aprile 2011 (art. 24). Di tal guisa, è il Parlamento «il vero interlocutore della Corte costituzionale, in quanto le leggi sono giudicate per quello che dicono e non per quello che fanno», con conseguente preclusione del «giudizio sulle distorsioni applicative prodotte dalle leggi»⁵⁷.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ H.M. Tushnet, *Abolishing Judicial Review*, in «Constitutional Commentary», 2011, vol. 27, n. 3 Winter, pp. 581 ss. In generale, sul problema del ruolo della Suprema Corte statunitense nell'equilibrio dei poteri costituzionali, B. Fridman and E.F. Delaney, *Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy*, in «Columbia Law Review», 2011, vol. 111, n. 6, pp. 1137 ss.

⁵⁶ F. Pierandrei, voce *Corte costituzionale*, cit., pp. 887-888.

⁵⁷ A. Celotto e F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 649.

Soltanto con la riforma costituzionale del 1988 che ha modificato l'art. 61 della *Constitution* del 1958, e la successiva legge organica n. 1523/2009, limitatamente al rispetto dei diritti fondamentali è stato introdotto un giudizio di costituzionalità successivo accanto a quello preventivo, sebbene attivabile non già da ogni organo giurisdizionale (come in Italia) ma unicamente dalle supreme corti francesi, e cioè la *Cour de Cassation* e il *Conseil d'Etat*⁵⁸.

Il che conferma, come acutamente notato, che «dal principio relativo alla rigidità e alla superiorità della costituzione non deriva necessariamente di conseguenza la instaurazione di un sindacato giurisdizionale sugli atti emanati dagli organi supremi»⁵⁹, contrariamente a quanto la ormai decennale giurisprudenza costituzionale italiana ha abituato il mondo giuridico a ritenere.

Si tenga presente, infine, che in Austria il controllo (accentrato) di costituzionalità delle leggi è solo formale, consistendo in una verifica del rispetto delle competenze tra Federazione austriaca e *Länder*, con esclusione di ogni valutazione del merito di quelle stesse leggi.

7.1. Segue: la giurisprudenza creativa della Corte e il problema della sua ammissibilità costituzionale

Diversamente dall'esperienza degli ordinamenti statunitensi, francesi ed austriaci, or ora accennati, i poteri della nostra Corte sono notevolmente più ampi non solo per effetto del dettato costituzionale ma anche di una giurisprudenza costituzionale particolarmente larga nel riconoscersi estensivamente nuovi compiti, ben lontani dall'intenzione dei Padri costituenti che vollero una Corte giudice della costituzionalità delle leggi e non già co-esercenti di una funzione politico-legislativa.

La codecisione delle scelte politico-normative non rappresenta un pericolo avvertito solo ora e men che mai da pochi o minori Autori, essendo stato colto già dai Padri costituenti e successivamente dalla dottrina costituzionalistica, soprattutto a mano a mano che la giurisprudenza della Corte procedeva ad autolegitti-

⁵⁸ Secondo P. Caretti e U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, X ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 390, tali mutamenti nel sistema costituzionale francese determineranno «con ogni probabilità (...) un'ulteriore evoluzione del Consiglio costituzionale verso la sua trasformazione in un organo giurisdizionale in senso stretto (con la probabile esigenza di mutare i criteri di nomina dei suoi membri, oggi tutti di natura politica)».

⁵⁹ F. Pierandrei, voce *Corte costituzionale*, cit., p. 888.

mare – tra gli interrogativi degli studiosi – nuove forme di intervento sul testo costituzionale⁶⁰, anche se poi sono mancate decise prese di posizione in senso contrario: come è stato efficacemente notato, «si è tanto parlato di pericoli derivanti dall'avvento di un colegislatore privo di legittimazione democratica, si è dubitato addirittura di essere in presenza di un eccesso di potere capace di falsare la natura stessa del controllo di costituzionalità, ma poi alla fine la Corte è venuta arricchendo la tipologia delle sue decisioni senza vere e proprie reazioni contrarie»⁶¹.

Pur senza voler fare una disanima dettagliata delle nuove tipologie di sentenze costituzionali create dalla giurisprudenza della Corte oltre il classico paradigma della dichiarazione di accoglimento o rigetto, non può non far riflettere la giurisprudenza creativa della Corte che ha elaborato tipologie di sentenze sconosciute alla Costituzione e alla legge (costituzionale) istitutiva della Corte. Si pensi, ad esempio: 1) alle *decisioni manipolative* attraverso cui si producono modifiche del testo normativo attraverso decisioni autoapplicative da parte dei destinatari e dei giudici in particolare, colmando lacune normative ovvero modificando o sostituendo specifiche previsioni normative⁶² (il Crisafulli, nel tentativo di giustificarle, ha parlato di «rime obbligate» per escludere lo sconfinamento dell'attività della Corte in una riserva tipica del legislatore⁶³); 2) alle *decisioni additive di principio*, attraverso cui la dichiarazione di incostituzionalità, infondatezza o inammissibilità non contiene la modifica della norma impugnata «ma semplicemente l'enunciazione di un principio, la cui attuazione viene rimessa al legislatore o, spesso, anche al giudice *a quo*»⁶⁴ che tuttavia appare essere limitato nell'esercizio delle proprie funzioni da quell'enunciato dalla Corte, al di là di una formale dichiarazione di illegittimità costituzionale; 3) alle *decisioni interpretative di rigetto*, le cui argomentazioni appaiono talvolta molto ardite e di difficile condivisione logico-giuridica⁶⁵.

⁶⁰ Per una sintesi delle problematiche legate al possibile fondamento delle decisioni della Corte diverse da quelle tipiche di accoglimento/rigetto/inammissibilità, si veda A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2004, pp. 214 ss.

⁶¹ Così S. Bartole, *La giustizia costituzionale dalla Costituzione scritta al diritto vivente*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, cit., pp. 353 ss., qui 356, che richiama L. Paladin, *Le fonti del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1996, part. pp. 456 ss.

⁶² R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale*, cit., p. 412.

⁶³ V. Crisafulli, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in «Giur. cost.», 1965, pp. 93-94.

⁶⁴ R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale*, cit., p. 413.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 418.

Soprattutto l'uso delle pronunce interpretative di rigetto fa riflettere sul problema più generale «della efficacia di quelle decisioni – esattamente sentenze-leggi – con cui la Corte, attraverso un dispositivo diverso da quello di illegittimità costituzionale, procede più che ad una interpretazione, ad una vera e propria riscrittura del testo della legge»⁶⁶, inducendo la dottrina a parlare di «nomofilachia creativa» attraverso cui la Corte perviene alla sostituzione di una nuova scelta politica rispetto a quella operata dal legislatore⁶⁷, chiedendo che ad uniformarsi sia non solo il giudice rimettente ma altresì qualsiasi altro giudice dell'ordinamento; ciò che è stato respinto in più di un'occasione dalla Suprema Corte di cassazione⁶⁸ proprio al fine di garantire la riserva, in favore del legislatore, del potere di interpretazione autentica di un testo normativo che non può provenire certamente, a pena di violazione dell'art. 136, comma 1, Cost., da una decisione della Consulta con cui non si dichiara l'incostituzionalità di una norma ma ci si limita ad escluderla fornendo una propria diversa valutazione⁶⁹.

Non può non stigmatizzarsi, poi, l'adozione di parametri di costituzionalità amplissimi, come il criterio di ragionevolezza delle leggi, che viene talvolta usato per svolgere (o negare) un sindacato di merito sulle scelte politiche e che si presta ad essere sostanzialmente non controllabile nella sua doverosa combinazione con il principio della separazione dei poteri⁷⁰, così da giustificare

⁶⁶ *Ibidem*, p. 419.

⁶⁷ Per questa notazione critica, si veda M. Esposito, «In penetrabilis pontificum repositum erat»: *brevi considerazioni sulla parabola discendente del diritto scritto*, in «Giur. cost.», 2004, pp. 2995 ss.

⁶⁸ Si veda in questo senso, condivisibilmente, Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2004, in «Foro it.», 2004, II, c. 337, con note di Romboli e Di Chiara, secondo cui le decisioni interpretative di rigetto della Corte costituzionale non hanno efficacia *erga omnes*, a differenza di quelle dichiarative d'illegittimità costituzionale di norme, e pertanto determinano solo un vincolo negativo per il giudice del procedimento in cui è stata sollevata la relativa questione; in tutti gli altri casi il giudice conserva il potere-dovere di interpretare in piena autonomia le disposizioni di legge a norma dell'art. 101, 2° comma, Cost., purché ne dia una lettura costituzionalmente orientata, ancorché differente da quella indicata nella decisione interpretativa di rigetto. La decisione è altresì annotata da M. Esposito, «In penetrabilis pontificum repositum erat», cit., pp. 3010 ss.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 3014, giudica la netta presa di posizione della Cassazione penale come assai opportuna «atteso che gli esiti di un incontestato accoglimento della posizione della Corte costituzionale potrebbero comportare una significativa alterazione degli assetti della organizzazione costituzionale».

⁷⁰ È quanto sembra essere accaduto, ad esempio, con la sentenza di C. cost. 11 ottobre 2012, n. 223 (in «Foro it.», 2012, c. 2896, con nota di R. Romboli) con cui la Corte ha dichiarato la incostituzionalità della normativa che imponeva sia il blocco dell'adeguamento delle retribuzioni stipendiali dei magistrati che un sostanziale prelievo tributario ai dipendenti pubblici oltre una determinata soglia reddituale. Indipendentemente dalla condivisi-

cassazioni normative pur nella formale invocazione di principi costituzionali.

Sempre con riguardo ai pericoli di un co-esercizio della funzione legislativa, deve pure ricordarsi l'opera di sostanziale riscrittura da parte della Corte del Titolo V della Costituzione, all'indomani della riforma del 2001: indipendentemente dal giudizio di merito sia sulla legge costituzionale n. 3/2011 che sul testo che risulta sostanzialmente modificato per effetto del suo emendamento giurisprudenziale, non può non convenirsi sul fatto che la Corte ha proceduto su tale terreno non ad una rigorosa verifica di conformità delle leggi (statali o regionali) a quella parte della Carta ma ad una sostanziale flessione del testo costituzionale rispetto ad esigenze di governabilità e ragionevoli dialettiche Stato-Regioni; il che – se può valutarsi come utile sul piano pratico – non appare conforme né alla lettera e allo spirito del controllo di costituzionalità delle leggi voluto dai Costituenti né al più volte richiamato principio di separazione dei poteri; l'operazione realizzata dalla giurisprudenza costituzionale presuppone un'implicita sconfessione del principio di sovranità popolare incarnato nella dialettica parlamentare.

Non si può non avvertire il pericolo che – così procedendo – la Corte costituzionale contribuisca alla progressiva svalutazione del testo normativo e alla sua sostituzione con quello da essa stessa riscritto «e, in definitiva, la sostituzione di una nuova scelta (politica) a quella fissata, in origine, dall'autorità normativa autrice dell'atto sottoposto a sindacato di legittimità costituzionale»⁷¹. L'ossequio prestato dagli studiosi all'autorità della Corte induce inconsapevolmente ad avallare un processo di «mitigazione della forza imperativa e della legge e della Costituzione, consentendo la circolazione, di altri imperativi, introdotti nel testo normativo attraverso operazioni ermeneutiche, che possono essere via via più lontane dal testo medesimo. Il che si riflette (...) sulla organizzazione dei poteri costituzionali»⁷².

Tale prassi pone anche delicati problemi intorno alla reale sostenibilità di riforme economiche tese ad adeguare l'ordinamento giuridico italiano agli obiettivi di stabilità e crescita economica stabili

bilità nel merito della scelta legislativa, non è fuor d'opera osservare come a mano a mano che si espande l'uso e l'intensità del parametro di ragionevolezza delle leggi, queste sono esposte al rischio di essere sindacate non per un profilo di astratta legittimità costituzionale quanto di concreta opinabilità della scelta effettuata dal legislatore.

⁷¹ M. Esposito, «In penetrabilis pontificum repositum erat», cit., p. 3016.

⁷² *Ibidem*, p. 3016.

in sede europea⁷³, obiettivi che, di tal guisa, difficilmente potranno essere raggiunti se non con il consenso della Corte costituzionale... ove questa si atteggia a «terzo ramo del Parlamento», dismettendo le vesti di rigoroso e neutrale controllore della conformità delle norme rispetto alla Carta.

Problemi analoghi si registrano con riguardo alle accennate sentenze additive e sostitutive che, sebbene con tecniche diverse, giungono ad integrare con nuove disposizioni il testo normativo, così chiaramente sostituendosi alla funzione tipicamente legislativa ed invadendo un campo costituzionalmente riservato agli organi politici; risultano, poi, scarsamente affidabili gli «autolimiti» che spesso la Corte si impone per evitare simili sconfinamenti, come ad esempio accade per le sentenze additive di principio in cui la Corte si «limita» a dettare il principio cui il legislatore deve attenersi e non la disposizione puntuale che s'impone automaticamente, quale immediato effetto della pronuncia costituzionale. È appena il caso di evidenziare, infatti, che – in disparte la questione non meno rilevante del controllo dello stesso autolimita – la sola formulazione di un principio condiziona e conforma il sovrano indirizzo politico del legislatore il quale ben potrebbe astrattamente decidere di operare in una direzione diversa, ancorché conforme a Costituzione o comunque da valutarsi in separato giudizio.

A ciò si aggiunge la tendenza della giurisprudenza costituzionale a rispettare sempre meno la «sovranità parlamentare» nella materia penalistica pur pervasa dal principio della riserva di legge che, in passato, aveva saggiamente suggerito alla Corte di deferire al legislatore la determinazione di sanzioni, pene, ecc. in luogo del suo affidamento al giudice, nel caso concreto.

La liberazione «dell'atteggiamento «deferente» rispetto al Parlamento proprio degli anni nei quali abbondavano nelle sentenze

⁷³ A tali obiettivi, ad esempio, erano funzionali, tra l'altro, le norme – dichiarate incostituzionali con la citata sentenza n. 223/2012 – di cui all'art. 9, commi 2, 12 e 22, decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, che miravano a bloccare, per esigenza di equilibri della finanza pubblica, gli adeguamenti automatici degli stipendi dei magistrati ed imponevano, poi, un contributo di solidarietà a carico dei dipendenti pubblici (pari al 5% per la parte eccedente i 90.000 euro e del 10% per la parte eccedente e 150.000 euro). Tale valutazione, in punta di costituzionalità, non esclude, chiaramente, un giudizio – finanche negativo – sul merito della scelta politica che tuttavia avrebbe dovuto essere formulato sul medesimo terreno politico e non già ricorrendo ad un dubbio giudizio di irragionevolezza delle normative impugnate. Analogo rapporto di strumentalità rispetto agli obiettivi di equilibrio di bilanci avevano le disposizioni, innanzi richiamate, sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali (art. 4, decreto-legge n. 138/2011).

i riferimenti alla «discrezionalità del legislatore» (...)»⁷⁴ non può necessariamente giudicarsi come un valore in un sistema in cui la Corte tende a erodere progressivamente spazi costituzionalmente attribuiti al legislatore o comunque riconoscibili unicamente ad autorità politiche le quali agiscono in nome e per conto del corpo elettorale da cui sono state investite⁷⁵.

Come può notarsi, nella logica ampliativa della giurisprudenza costituzionale, la sentenza n. 199/2012 non rappresenta un *quid novi* dal momento che costituisce la coerente conseguenza di una impostazione di principio che considera pienamente ammissibile un'opera di progressiva limitazione della sovranità legislativa attuata con modalità diverse (decisioni interpretative di rigetto, additive, ablativo, sostitutive, ecc.), ma sempre oltre la tecnica dell'accoglimento o rigetto del ricorso tendente alla dichiarazione di illegittimità di un atto normativo primario.

Se tale linea evolutiva appare sconosciuta ad alcuni ordinamenti giuridici cui prima si è accennato, dobbiamo ora chiederci se essa appartenga, invece, alla *mens legislatoris* dei Padri costituenti ed, oggi, alla nostra Carta costituzionale che considera la Repubblica fondata non già... sulla sovranità della Corte costituzionale ma su quella del popolo che si esprime attraverso i propri rappresentanti politici: se da un lato non può negarsi che gli atti normativi emanati dagli organi politici devono poter essere sottoposti a scrutinio di costituzionalità, dall'altro non può sostenersi che tale scrutinio possa giungere al punto tale da negare autonomia dell'indirizzo politico di Governo e Parlamento, limitati nei loro atti dai pronunciamenti della Corte anche quando, come insegna la vicenda della fallita liberalizzazione dei servizi pubblici locali, trattasi di riforme fondamentali di carattere economico che minano lo sviluppo del Paese e condizionano pesantemente le modalità di adeguamento dell'Italia ai migliori *standard* internazionali (ed europei in particolare).

⁷⁴ S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit., p. 619.

⁷⁵ Il Bartole riconduce l'attività creativa della giurisprudenza costituzionale all'attuazione e vivificazione della Costituzione, operazione, questa, che verrebbe condotta non solo dal Parlamento ma anche da «altri organi neutrali e indipendenti dai poteri politici» (S. Bartole, *La giustizia costituzionale dalla Costituzione scritta al diritto vivente*, cit., pp. 353 ss., qui 362), a meno che l'inerzia di Governo e Parlamento nel proporre le proprie legittime letture della Costituzione non faccia cadere sui giudici la «prima implementazione dei disposti costituzionali».

7.2. Sovranità popolare e giurisprudenza costituzionale creativa

Ulteriore momento della nostra indagine consiste nella verifica della compatibilità delle diverse tipologie di sentenze costituzionali (interpretative di rigetto, additive di principio e manipolative di cui è emblematica anche la decisione n. 199/2012 con il suo singolare esito limitativo della sovranità legislativa) rispetto all'unico parametro con cui dovrebbe essere sempre raffrontato ogni discorso giuridico, e cioè la sovranità popolare su cui è fondata la nostra Repubblica⁷⁶.

Spesso si dimentica che con l'ordinamento repubblicano e la Carta del 1948 «muta il fondamento di legittimazione dello Stato» che deve individuarsi unicamente nella sovranità popolare che «sta a significare che, nel nuovo sistema costituzionale, nessun organo di Governo potrà vantare una legittimazione autonoma all'esercizio delle massime funzioni statali, ma dovrà, invece, poter contare su una legittimazione proveniente dall'unico soggetto (il popolo) che, in quanto titolare della sovranità, è in grado di attribuirne l'esercizio ad altri»⁷⁷.

Se è vero che il popolo esercita la sovranità «nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione», è pur vero che il limite non è certo costituito dalla... Corte costituzionale, o quanto meno dalla sola Corte costituzionale, dal momento che questa a sua volta – come saggiamente recita l'art. 1, legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1 – «esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti

⁷⁶ Su tali tematiche, si vedano A.L. Tarasco, *Interdizione dagli uffici politici tra (ricerca dell') interesse pubblico e (rispetto della) sovranità popolare*, in «Confronti Costituzionali. Blog di cultura costituzionale», 22 ottobre 2013 (www.confronticostituzionali.eu); B. Caravita, *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012; E. Bindi, *La garanzia della Costituzione. Chi custodisce il custode?*, Torino, Giappichelli, 2010; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, Il Mulino, 2004; T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismi*, Milano, Giuffrè, 1999.

⁷⁷ P. Caretti e U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, X ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 67. Sul concetto di popolo, si veda E. Tosato, voce *Stato (teoria generale e diritto costituzionale)*, in «Enc. Dir.», vol. XLIII, 1990, pp. 758 ss., qui 761, secondo cui «il popolo quale elemento dello stato non è qualsiasi collettività di persone, individuabile per il semplice fatto della residenza nel territorio statale (...). Il popolo è costituito soltanto dall'insieme dei singoli e dei gruppi minori legati allo stato da un vincolo giuridico di appartenenza generale e permanente», e quindi legati dalla cittadinanza. «Il popolo è dunque un concetto giuridico. Esso non va confuso né con la "popolazione", concetto puramente statistico, comprendente cittadini e stranieri residenti nel territorio statale, né con la "nazione", concetto sociologico, che comprende tutti gli aventi la medesima nazionalità, indipendentemente dalla cittadinanza». Sulla sovranità popolare nella Costituzione italiana, C. Mortati, *Articolo 1*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali (artt. 1-12)*, a cura di Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro It., 1975.

ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale» oltre che dalle varie leggi che ne disciplinano le funzioni (come la legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1).

Appare più ragionevole dedurre, dunque, che tutti i poteri sono limitati dal popolo (e dai suoi rappresentanti) e non il contrario, atteso il fondamento *demo-cratice* della Repubblica tutta⁷⁸: «La Carta, nel riconoscere direttamente al popolo la sovranità, ha concorso ad escludere che questa [la sovranità] appartenga allo Stato-Governo, mentre l'ha riconosciuta allo Stato-comunità (artt. 7 e 11) quanto ai rapporti esterni (...). Pertanto, il sistema instaurato dalla nostra Carta (...) ci presenta la persona giuridica statale come ente investito di *poteri* non già originari, ma *derivati* o, meglio, *trasferiti*. Il procedimento storico di formazione della Carta (Costituente) conferma siffatta natura»⁷⁹; con il riconoscimento della sovranità popolare, quindi, si è inteso «riconoscere la sovranità originaria del popolo e il suo potere costituente originario», attribuendo «al popolo stesso la titolarità del potere sovrano nello Stato costituito»⁸⁰.

Ne deriva che «unico limite alla sovranità popolare, implicito al suo stesso concetto, è il metodo democratico: cioè la necessità che il popolo esprima, in ogni caso, la sua reale, effettiva volontà in forma tecnicamente idonea a palesarla»⁸¹.

Alla sovranità popolare devono ricondursi anche le diverse garanzie costituzionali previste dall'ordinamento, come lo stesso sindacato di costituzionalità sulle leggi, che non possono non essere interpretate nel senso di garantire al meglio le espressioni di quella volontà di cui la Costituzione è espressione⁸². La sovranità popolare come potere primo ed originario che irradia l'intero ordinamento si riscontra anche nella norma di cui all'art. 139 Cost. che vieta la modifica costituzionale tesa a mutare la forma repubblicana, divieto nel quale è possibile intravedere come «implicita una riserva della

⁷⁸ «Il dato primordiale dello Stato è indubbiamente il popolo, l'insieme degli uomini che formano il gruppo sociale, la collettività che si ordina e che è ordinata»: F. Modugno, *Ordinamento, Diritto, Stato*, in Id. (a cura di), *Lineamenti di Diritto pubblico*, cit., p. 40.

⁷⁹ C. Lavagna, *op. cit.*, p. 90.

⁸⁰ G. Chiarelli, voce *Popolo*, in «Noviss. Dig. It.», vol. XIII, Torino, Utet, 1966, pp. 283 ss., 286.

⁸¹ C. Lavagna, *op. loc. ult. cit.*

⁸² In questo senso, G. Chiarelli, voce *Popolo*, cit., p. 286. Problema, questo, che si avverte particolarmente nel procedimento elettorale, in cui le regole procedurali, ove interpretate in senso prevalente sulla garanzia del diritto al voto, rischiano di rinnegare proprio il momento più alto di espressione della sovranità popolare, e cioè la scelta dei propri rappresentanti (A.L. Tarasco, *Sovranità popolare e sensibilità democratica*, in «Giustizia amministrativa – Rivista di diritto pubblico», n. 3/2010 (in www.giustamm.it nonché in www.amministrazioneincammino.luiss.it).

materia al popolo costituente originario, nel senso che non sarebbe ammissibile il ricorso al procedimento di revisione per modificare o abrogare la norma di rafforzamento e per rendere così possibile la trasformazione o la soppressione dell'istituto rafforzato»⁸³.

Se si accettano tali postulati di base (e non vi è ragione di non accettarli a meno di non violare la Costituzione), bisogna anche essere conseguenti in tutti i precipitati logico-giuridici che ne derivano. Se in base al principio della sovranità popolare l'ordinamento italiano non può che essere a base democratica, deve pure ammettersi che tale principio sia «valido non solo per la organizzazione della persona giuridica statale, ma per la organizzazione di ogni ente investito di pubblici poteri: investito, cioè, di poteri autoritativi derivanti da atti sovrani di attribuzione»⁸⁴; ed «ordinamento a base democratica» significa garanzia della «partecipazione del popolo, in forme giuridicamente idonee, alla pubblica attività; in particolare, all'esercizio dei pubblici poteri e alle scelte determinative di indirizzo politico»⁸⁵.

Ebbene: come si coniugano tali altissimi principi con il ruolo, la composizione ed il funzionamento della nostra Corte costituzionale?

Se si condivide la ricostruzione sopra svolta, sembra potersi sostenere che tali principi non si coniughino affatto allorquando la Corte non si limita a dichiarare o a negare la conformità a Costituzione di una norma primaria ma si spinge fino al punto di esercitare una funzione normativa vera e propria, manipolando il testo normativo sottoposto al suo esame, sottraendone parti (sentenze ablative), aggiungendone altre (sentenze additive), dettando principi cui il giudice (decisioni interpretative di rigetto) ed legislatore (decisioni additive di principio) dovrebbero inderogabilmente adeguarsi e, quindi, finanche dichiarando l'illegittimità di una norma non per il suo contenuto ma perché – a giudizio della Corte – al Parlamento sarebbe inibito il solo fatto di legiferare in quel settore nel quale si registra una precedente volontà abrogativa di un diverso articolato normativo sui cui presupposti fattuali la Corte si autoproclama interprete (caso della sentenza n. 199/2012).

In tutti questi casi, appare evidente come l'azione della Corte trasmodi i limiti conferitele dalla Costituzione che, invece, intendeva affidare ad essa una verifica secca di costituzionalità delle

⁸³ G. Chiarelli, voce *Popolo*, cit., p. 286.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 287.

⁸⁵ *Ibidem*.

norme e non aggiungere una terza Camera che co-esercitasse le funzioni legislative insieme alle prime due; il che si sarebbe tradotto – attesa, tra l'altro, la natura non democratica della composizione dell'Organo – in una violazione di plurime disposizioni e principi costituzionali tra cui, principalmente, la sovranità popolare.

Se il cardine del nostro ordinamento è davvero la democrazia fondata sulla sovranità popolare, a questa deve essere riconducibile ogni potere e funzione; in mancanza, il nostro sistema cessa di essere autenticamente democratico per trasformarsi in una aristocrazia di corti, in una «società degli interpreti»⁸⁶ che, pur senza avere un diretto rapporto con il corpo elettorale, agisce in nome del «popolo sovrano» annullando le deliberazioni degli organi che di questo sono espressione, ben oltre l'intenzione del Costituente.

Il veduto ampliamento delle modalità attraverso cui la Corte interviene sugli atti normativi (astrattamente idoneo ad innescare un processo consuetudinario di formazione atipica delle norme primarie⁸⁷) tende ad instaurare una vera e propria dialettica politica condizionante l'autonomia delle scelte politiche di Governo e Parlamento⁸⁸, modalità sconosciute alla Carta costituzionale e per niente prese in considerazione dai Padri costituenti. È ormai acquisita la consapevolezza del rischio di un «grave problema di *deficit* democratico» alimentato dalla predetta prassi giurisprudenziale che tende a mortificare la responsabilità politica e a privare «a diritto vigente, di meccanismi idonei a istituzionalizzare la «risposta» dei governati rispetto a decisioni assunte da istanze diverse da quelle legate ai governati medesimi da un rapporto giuridico-costituzionale di rappresentanza»⁸⁹.

⁸⁶ Espressione di A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in «Quad. cost.», 2001, pp. 3 ss., qui 60.

⁸⁷ M. Esposito, «In penetrabilis pontificum erat repositum», cit., p. 3018.

⁸⁸ In questo senso anche C. Mezzanotte, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, in «Queste istituzioni», 1991, pp. 50 ss.

⁸⁹ M. Esposito, «In penetrabilis pontificum repositum erat», cit., p. 3019, il quale – molto condivisibilmente – parla anche di rischio di «trasferimento, sia pure *pro quota*, del potere politico di porre in essere atti con forza di legge a soggetti giuridicamente investiti di compiti *lato sensu* esecutivi e pienamente indipendenti da quelli attributari della funzione di indirizzo politico»; l'effetto paradossale di tale processo inaugurato dalla giurisprudenza creativa della Corte costituzionale e non contrastato con sufficiente fermezza dagli studiosi (per non dire dell'inetta risposta delle istituzioni politiche) consiste nella degradazione del «ruolo del legislatore a quello di formulazione di una proposta, sulla quale si innestano le diverse elaborazione interpretative, destinate a subire una selezione ad opera della Consulta» (*op. ult. cit.*, p. 3020).

7.3. *Il controllo di costituzionalità delle leggi negli Atti dell'Assemblea costituente*

Pur senza avere la pretesa di svolgere una dettagliata ricostruzione del dibattito svoltosi in Assemblea costituente, la lettura critica di alcuni resoconti può comunque essere utile per tentare di comprendere la *ratio* dell'istituzione della Corte costituzionale, oggi certamente entrata pienamente nella nostra cultura giuridica ma, all'epoca in cui si scriveva la Costituzione, priva di una propria tradizione giuridica; poche e relativamente recenti erano anche le esperienze straniere, tra cui la Corte suprema statunitense il cui ruolo di giudice costituzionale, peraltro, era stato consacrato non già nella Costituzione americana quanto dalla giurisprudenza di *common law*⁹⁰.

Tra i molteplici profili che si potrebbero astrattamente considerare, appare inevitabile esaminare il problema del rapporto tra Corte costituzionale e livello politico-rappresentativo affrontato in alcune discussioni nelle quali – per arginare il pericolo di una deriva politica della Corte – si giunse a dubitare dell'opportunità di adottare il sistema di controllo diffuso, oggi conosciuto⁹¹.

L'idea di un istituto che controlla il «prodotto» dell'attività politica (la legislazione) senza avere una legittimazione democratica era decisamente avversato dall'allora Segretario del Partito comunista, Palmiro Togliatti, che definì «bizzarra» quella della Corte costituzionale «organo che non si sa cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici. Ma chi sono costoro? Da che parte trarrebbero essi il loro potere se il popolo non è chiamato a sceglierli?»⁹².

Analoga critica di principio veniva formulata in seno all'Assemblea costituente anche dall'on. Renzo Laconi per il quale non era ragionevole ammettere «che un organo giurisdizionale, interve-

⁹⁰ Per un'accurata ricostruzione del dibattito nell'Assemblea costituente, si veda E. Balocchi, voce *Corte costituzionale*, in «Noviss. Dig. It.», vol. IV, 1959, pp. 972 ss., part. pp. 979 ss.

⁹¹ Per la ricostruzione del dibattito dottrinale intorno alla natura giurisdizionale o politica della Corte costituzionale, si veda l'approfondito saggio di R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale*, cit., pp. 401 ss., che definisce «storico» il problema della natura giuridica della Corte costituzionale.

⁹² On. Togliatti, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei deputati – Segretariato generale, Roma, 1970, vol. I, Seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947, p. 330.

nendo per assicurare la costituzionalità di questi atti, possa limitarsi unicamente ad un controllo di legittimità» senza «fatalmente sconfinare anche nel merito»; pertanto, per il componente dell'Assemblea costituente, si chiedeva l'on. Laconi nell'Assemblea costituente, era inevitabile che la Corte finisse per svolgere anche un ruolo «di carattere politico»⁹³. A tale scopo non appariva funzionale una Corte formata per due terzi da soggetti completamente slegati dal corpo elettorale in quanto designati dalle giurisdizioni superiori ovvero, nella prima proposta presentata all'Assemblea costituente, dal Consiglio superiore della magistratura⁹⁴.

Sempre al fine di contenere lo sconfinamento della Corte nell'ambito politico a causa delle delicate funzioni di controllo dell'attività legislativa degli organi politici, l'on. Luigi Einaudi si dichiarava favorevole ad un controllo di costituzionalità diffuso (e non accentrato quale quello odierno), sul modello statunitense che, come noto, affida il *judicial review* ad ogni magistrato e, *in apicibus*, alla Corte Suprema, con efficacia limitata al singolo caso e non *erga omnes*. La ragione di tale preferenza – condivisa anche dall'on. Gustavo Fabbri – sta nel fatto che «se il giudizio della incostituzionalità delle leggi è lasciato al Tribunale ordinario, si ha la massima probabilità che il giudizio stesso sia ispirato esclusivamente a criteri giuridici; mentre invece, se tale giudizio è affidato ad una Corte speciale, esso avrà in parte un valore giuridico, ma un parte più notevole un valore politico. La Corte – ammoniva Einaudi – per quanto si circonda di garanzie, è pur sempre una Corte nominata dal Parlamento e, quindi, ha un carattere indiscutibilmente politico»⁹⁵. Il giudizio di costituzionalità condotto da una Corte speciale presentava limiti dovuti essenzialmente alla natura politica del processo e dei giudici che lo istruivano, e permetteva, perciò stesso, «al potere legislativo di modificare la Costituzione passando sopra alla procedura fissata nella Costituzione medesima»⁹⁶.

⁹³ Intervento dell'On. Laconi, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., vol. V, Seduta antimeridiana di sabato 29 novembre 1947, p. 4254.

⁹⁴ Ciò che faceva dire all'On. Laconi (in *La Costituzione della Repubblica*, cit., vol. V, 4254: v. nota precedente): «A questa Corte noi abbiamo dato la funzione di interprete della nostra volontà di costituenti. Come possiamo pensare che legittimamente interpretino la nostra volontà e giudichino in base alle norme da noi sancite, uomini che sono eletti dal Consiglio superiore della Magistratura il quale non ha nessuna derivazione popolare?».

⁹⁵ On. Einaudi, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., vol. VI, Seduta pomeridiana di sabato 1° febbraio 1947, Adunanza plenaria, Resoconto sommario, pp. 290-291.

⁹⁶ On. Einaudi, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., vol. VI, Seduta pomeridiana di sabato 1° febbraio 1947, Adunanza plenaria, Resoconto sommario, p. 291.

Anche secondo l'on. Laconi, era inconcepibile attribuire un potere costituzionale «ad un organo che abbia un'investitura inferiore a quella della Costituente»; di qui la sua proposta di «proiettare nel futuro un organo che abbia una investitura altrettanto degna di quella che ha l'Assemblea Costituente nei confronti della sovranità popolare», in modo che sia costituito «con le stesse cautele con cui le Assemblee legislative ordinarie avranno il potere di modificare domani la Costituzione»⁹⁷; per tali ragioni, diversamente dall'on. Fabbri che distingueva tra giudizio di costituzionalità con efficacia *erga omnes*, svolto dalla Corte, e giudizio di costituzionalità svolto dal medesimo magistrato presso cui era incardinata la controversia, l'on. Laconi era contrario ad un giudizio di costituzionalità diffuso non avendo «la magistratura in Italia (...) una investitura popolare» e quindi non essendo «assimilabile al potere costituente»⁹⁸.

L'emendamento proposto dall'on. Einaudi, avversato, tra gli altri, dall'on. Mastrojanni e dall'on. Targetti, fu infine respinto, come lo stesso Einaudi ben immaginava inizialmente⁹⁹.

Le preoccupazioni dei Costituenti per l'attività *naturaliter* politica della Corte suggerivano agli stessi soluzioni in grado di garantire gli organi politici dalle invasioni di campo di un Organo estraneo al circuito democratico.

La proposta di una composizione della Corte costituzionale determinata interamente dal principio democratico non fu accolta, come noto, nell'Assemblea costituente, prevalendo, invece, la tesi di una *composizione della Corte in senso solo parzialmente politico* (solo per un terzo dei giudici); questa – è bene ricordarlo – veniva giustificata, in seno all'Assemblea, con l'implicita riserva al momento politico più alto, quale quello parlamentare, «dell'ultima parola»; la composizione prevalentemente tecnica della Corte, mentre spaventava coloro che ne preferivano una composizione rispettosa del principio democratico, veniva, sì, rifiutata da altri ma solo sul presupposto per cui «nessun implicito pericolo di concessione di strapotere politico alla Corte costituzionale, nel senso di una menomazione del potere della Camera, in quanto, dal punto di vista politico, al Parlamento rimane sempre l'ultima parola». Secondo questa impostazione, poi accolta dai Padri costituenti, il compito

⁹⁷ On. Laconi, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., vol. VI, Seduta pomeridiana di sabato 1° febbraio 1947, Adunanza plenaria, Resoconto sommario, p. 292.

⁹⁸ On. Laconi, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., vol. VI, Seduta pomeridiana di sabato 1° febbraio 1947, Adunanza plenaria, Resoconto sommario, p. 293.

⁹⁹ On. Laconi, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., vol. VI, Seduta pomeridiana di sabato 1° febbraio 1947, Adunanza plenaria, Resoconto sommario, pp. 290 e 294.

della istituenda Corte costituzionale avrebbe dovuto essere non «già di sostituirsi al Parlamento nel senso di negare al Parlamento la facoltà di deliberare delle leggi, anche in modifica della Costituzione¹⁰⁰. La prevalente caratterizzazione tecnica della Corte, quindi, era strumentale ad una verifica di legittimità che mai avrebbe potuto, però, erodere le prerogative parlamentari; e solo in questo senso si finì con il rifiutare la pur ben motivata proposta di porre un legame politico-rappresentativo dei giudici costituzionali. Alle Camere, per dirla in sintesi con le parole dell'on. Fabbri, avrebbe sempre dovuto spettare «l'ultima parola», anche dopo la eventuale dichiarazione di incostituzionalità di una legge; in ogni caso doveva trattarsi di un controllo strettamente giuridico, con esclusione di ogni valutazione di carattere politico¹⁰¹.

Dalla breve ricostruzione delle discussioni avute in sede di Assemblea costituente emerge chiaramente come la natura politica del giudizio di costituzionalità e il carattere (solo in parte) democratico dell'organo chiamato a giudicare norme primarie erano tenuti ben presenti dai Costituenti. Per superare tali inconvenienti, le alternative proposte al modello di Corte costituzionale introdotto nella Costituzione erano, essenzialmente, basate su: 1) un controllo di costituzionalità diffuso (Einaudi, Fabbri), per restituire carattere tecnico al giudizio e per limitare gli effetti della pronuncia alle sole parti del giudizio onde evitare di investire per intero la legge, in assenza di una investitura popolare dei membri della Corte legittimata ad invalidare l'atto approvato da un organo sovrano; 2) stabilire un sistema di rappresentanza politica dei giudici costituzionali (Laconi, Togliatti, Nenni), così da conferire alla Corte la necessaria caratterizzazione democratica, la sola che sarebbe stata idonea a «demolire» quanto approvato dagli organi rappresentativi della sovranità popolare.

Come noto, nessuna di tali proposte fu accolta, per quanto autorevolmente sostenute in sede politica e tecnica, e la configurazione che ne è derivata nella formulazione definitiva della Costituzione cerca di mediare tra le diverse esigenze ora rappresentate: il modello cui si ispira il controllo di costituzionalità delle leggi non è né di tipo accentrato puro (considerato che la legittimazione ad adire la Corte spetta a ciascun organo giurisdizionale¹⁰²) né la com-

¹⁰⁰ Intervento dell'On. Fabbri, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., vol. V, Seduta pomeridiana di sabato 29 novembre 1947, p. 4260.

¹⁰¹ E. Balocchi, voce *Corte costituzionale*, cit., pp. 979 ss.

¹⁰² Sul tema, per una ricostruzione e gli opportuni approfondimenti, A. Patroni Griffi, *Accesso incidentale e legittimazione degli organi a quo. Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene, 2012.

posizione della Corte può dirsi, completamente, tecnica o politica (prevedendo, come noto, solo per un terzo dei giudici una elezione parlamentare¹⁰³).

7.4. *Proposte de jure condendo: verso l'efficacia non vincolante delle sentenze di incostituzionalità?*

Il complesso di tali dati impone una riflessione *funditus* sul valore da riconoscere alle decisioni costituzionali, riflettendo su come perfezionare il sistema di controllo della produzione normativa in senso rispettoso dell'autonomia di indirizzo politico di Governo e Parlamento.

Il principio democratico non può non attuarsi anche attraverso il rigoroso rispetto del principio di autonomia politica di Governo e Parlamento, ciò che è frustrato nelle ipotesi – sopra sommariamente accennate – in cui la Corte non si limita ad un mero accertamento della conformità o meno di un testo normativo alla Costituzione, ma si spinge a limitare il futuro esercizio della funzione legislativa ovvero ad alterare il testo normativo reinterpretandolo, ad esempio, con valore che si pretende essere vincolante per tutti i giudici.

Attesa la moltiplicazione ed il potenziamento delle modalità di intervento della Corte sui testi legislativi, che spesso cozza, come visto, contro il potere di indirizzo e governo degli organi democraticamente eletti, potrebbe ipotizzarsi, *de jure condendo*, che ogni decisione della Corte diversa dalla semplice dichiarazione di incostituzionalità sia priva di efficacia normativa cogente *erga omnes*, ed abbia, invece, valore di pura proposta interpretativa o normativa rivolta al legislatore; per quanto concerne, invece, le pronunce dichiarative di incostituzionalità, sempre in una prospettiva di riforma costituzionale finalizzata a rafforzare il ruolo politico di Governo e Parlamento, conciliando quest'ultimo con un necessario controllo di costituzionalità che si svolga, però, *ab externo*, potrebbe immaginarsi che ogni dispositivo della Corte costituzionale dichiarativo della illegittimità costituzionale di un

¹⁰³ Sul ruolo politico della Corte costituzionale e della sua giurisprudenza, si vedano, tra gli altri, E. Cheli, *Il ruolo politico della Corte costituzionale*, ora in Id., *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 107 ss.; Id., *Il giudice delle leggi*, Bologna, Zanichelli, 1996; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012; G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005.

atto normativo primario sia successivamente approvato a maggioranza qualificata del Parlamento, così da conciliare il controllo di costituzionalità con il rispetto delle prerogative politiche del Parlamento e del Governo.

In tal modo, pur rafforzando il ruolo di altri organi costituzionali esercenti la sovranità popolare, si eviterebbe nel contempo che la Corte costituzionale diventi «“quinta colonna di forze politiche esterne”, subalterna alla maggioranza politica», il che ne farebbe «un giudice costituzionale inutile, in quanto semplice copertura delle decisioni della maggioranza, in contrasto con il proprio ruolo e la propria natura antimaggioritaria, al servizio della democrazia»¹⁰⁴ (nel senso di maggioranza), piuttosto che della Repubblica tutta.

Tale ultima proposta sembra in parte coincidere con l'emendamento presentato dall'on. Mortati nell'Assemblea costituente, nel dicembre 1947, e che intendeva affidare al Parlamento il compito di provvedere alla abrogazione della legge dichiarata incostituzionale dalla Corte la cui sentenza, dunque, non avrebbe avuto un effetto direttamente costitutivo-abrogativo, obbligando solo il Parlamento a procedere di conseguenza e a provvedere al «regolamento dei rapporti che sia reso da essa necessario»¹⁰⁵ (un po' come è stato, *ante legem* n. 69/2009, il potere del Governo di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato, non avente efficacia vincolante del successivo decreto decisorio, rimesso all'autonoma decisione finale del Presidente della Repubblica).

Analogamente, anche per l'on. Piero Calamandrei, al fine di evitare che la democrazia italiana si trasformi «in governo dei giudici, come quello degli Stati Uniti», sarebbe stato opportuno «mantenere riservato agli organi legislativi il potere di abrogare eventualmente

¹⁰⁴ R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale*, cit., 454.

¹⁰⁵ Si veda al riguardo *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., vol. V, Seduta di martedì 2 dicembre 1947, p. 4293. La proposta di Mortati – favorevole, tra l'altro, ad un effetto meramente sospensivo dell'efficacia della legge dichiarata incostituzionale, in attesa della definitiva cessazione dell'efficacia della norma per effetto dell'abrogazione disposta dal Parlamento – fu avversata, tra gli altri, dal Presidente della Commissione per la Costituzione, Ruini («E non può il Parlamento, invece che abrogare, confermare la legge nelle forme costituzionali?... è perfettamente logico e coerente al sistema della dichiarazione di incostituzionalità che la legge dichiarata illegittima cessa d'aver efficacia; ed è preferibile e più riguardoso per il Parlamento non chiedergli, quasi come atto obbligato, che esso abroghi la norma; è molto meglio che, di fronte alla cessazione d'efficacia della norma stessa, il Parlamento provveda nelle vie che gli sono aperte, e che ho indicato») e dall'on. Perassi («Ritengo invece che convenga restare sul terreno della proposta della Commissione, secondo la quale, quando la Corte costituzionale accerta che una norma è incostituzionale, questa cessa di avere efficacia»).

le leggi dichiarate incostituzionali»¹⁰⁶, così da lasciare a questi ultimi, e quindi «al popolo sovrano», «l'ultima parola»¹⁰⁷; e ciò anche in considerazione del fatto che la Costituzione italiana si presenta(va) ricchissima di più che di norme giuridiche di «direttive politiche proiettate per l'avvenire»¹⁰⁸.

Il riconoscimento di un'efficacia non vincolante (nel senso di diretto effetto abrogativo) delle sentenze della Corte costituzionale (contrariamente a quanto oggi prescrive l'art. 136 Cost.), anche se può apparire bizzarramente priva di ogni fondamento, oltre ad essere più somigliante ad esperienze straniere più rispettose dell'autonomia parlamentare, si fonderebbe, a ben riflettere, anche su un principio pienamente coerente con altri istituti, ben radicati nell'ordinamento e nella nostra coscienza giuridica: si pensi, ad esempio, alla materia dell'efficacia degli atti di controllo della Corte dei conti, sia nella forma del controllo preventivo di legittimità che di controllo successivo sulla gestione¹⁰⁹.

Non avendo i controlli della Corte dei conti alcuna efficacia preclusiva verso gli atti del Governo, tranne che in talune ipotesi limitatissime di rifiuto assoluto di registrazione (art. 25, r.d. n. 1214/1934), è noto come anche la negazione del visto di legittimità non sia un *quid* insuperabile da parte del Governo potendo questo dar corso ugualmente all'atto chiedendo alla Corte stessa la sua registrazione con riserva, con successiva trasmissione degli atti vistati con riserva al Parlamento affinché sulla questione si svolgano valutazioni di responsabilità politica. In questo senso si parla del rapporto Corte dei conti-Parlamento come ausiliario e collaborativo verso le Camere onde consentirne l'esercizio della funzione di controllo politico sull'operato del Governo su cui, comunque, mai la Corte dei conti può incidere direttamente. La funzione della Corte dei conti, infatti, non è di «decidere ma di chiarire al Governo i motivi della illegittimità del provvedimento e di invitarlo autorevolmente alla riflessione e ad un più approfondito esame del problema»¹¹⁰,

¹⁰⁶ On. Calamandrei, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, cit., vol. VIII, Resoconto sommario della seduta del 14 gennaio 1947, p. 2026.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 2027.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 2026.

¹⁰⁹ Per ulteriori approfondimenti e per i richiami bibliografici, sia consentito rinviare a A.L. Tarasco, *Corte dei conti ed effetti dei controlli amministrativi*, Padova, CEDAM, 2012; Id., *La insindacabilità degli atti di controllo della Corte dei conti*, in «Giorn. Dir. amm.», n. 1/2013, pp. 43 ss.

¹¹⁰ C. Cereti, *Il controllo di legittimità sugli atti del governo*, in AA.VV., *Studi in occasione del primo centenario della Corte dei conti nell'unità d'Italia*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 81 ss., p. 87.

analogamente a quanto accade, ad esempio, nel rinvio alle Camere di una legge da parte del Presidente della Repubblica (art. 74 Cost.) ovvero nella negazione del visto da parte del commissario di governo di una legge regionale, secondo la formulazione dell'abrogato art. 127 Cost., che prevedeva come esito ultimo dell'eventuale conflitto tra Governo e Regione il promovimento del giudizio di legittimità costituzionale da parte del primo o quella di merito per contrasto di interessi davanti alle Camere ma non già l'automatico effetto impeditivo dell'efficacia dell'atto. Ragionare diversamente significherebbe ammettere la prevalenza della funzione di controllo su quella del Governo e quindi ammettere che il Governo possa essere vincolato od impedito da altro organo, non più godendo, quindi, «di quella *supremitas* della quale deve godere quando agisce in sede politica sotto la propria responsabilità di organo costituzionale»¹¹¹; principi, questi, che non ricevono coerente applicazione anche per le decisioni della Corte costituzionale le quali certamente fanno venir meno la *supremitas* del Parlamento.

Che l'estensione di tale principio possa, invece, essere una soluzione più rispettosa del principio democratico lo si può dedurre dall'attuale paradosso giuridico per cui una manifestazione normativa della volontà del popolo cui appartiene la sovranità viene soppressa da un provvedimento che proviene da un organismo che non mantiene contatti significativi con il corpo elettorale se non per il fatto che un terzo (la minoranza, dunque) dei giudici che compongono la Corte viene eletto dal Parlamento mentre per i due terzi restanti sono di nomina non parlamentare (presidenziale o giudiziaria).

Diversamente, ove s'intenda garantire il principio democratico non sotto il profilo dinamico dell'esercizio della funzione di controllo degli atti normativi ma su quello statico della composizione dell'organo chiamato a siffatto compito, si potrebbe agire sul piano della legittimazione democratica dei giudici costituzionali così da giustificare almeno sul piano formale il perché un organo terzo giunge ad annullare un atto espressione della *supremitas* di cui deve godere un organo politico eletto dal corpo elettorale¹¹².

¹¹¹ C. Cereti, *Il controllo di legittimità*, cit., p. 85.

¹¹² Nel sostenere ciò non si omette che a livello dottrinale si ritiene «ormai raggiunta la consapevolezza che l'attività della Corte costituzionale e la sua qualificazione subirebbero una inammissibile riduzione se interamente ricondotte all'attività tipica degli organi politici oppure a quella giurisdizionale come esercitata dai giudici comuni» (R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in A. Vignudelli, *Istituzioni e dinamiche del diritto*, cit., 409). A tale risultato, però, si perviene attraverso la

Diversamente, approvata dal Parlamento una norma di legge, deve ammettersi che questa può continuare a vigere nella misura in cui un organo estraneo al circuito democratico su cui si fonda il nostro sistema non la elimini dall'ordinamento attraverso decisioni che, strutturalmente, spesso esprimono la personale visione del mondo dei giudici chiamati a decidere piuttosto che sostanziersi in una operazione di pura ermeneutica giuridica (come le evoluzioni delle tipologie di decisioni della corte stanno a dimostrare)¹¹³.

Certamente, contro la proposta di rendere le sentenze della Corte costituzionale unicamente sollecitatorie di un ulteriore esercizio della funzione legislativa o di un diretto intervento del corpo elettorale potrebbero formularsi diverse obiezioni.

Tra tutte, deve certamente esaminarsi quella per cui la dialettica tra i diversi poteri dello Stato deve svolgersi secondo le regole del *pactum societatis*, cui tutte le parti, senza eccezioni, debbono sottostare affinché sia valida la volontà poi prevalsa in forza del *pactum submissionis*. Di tal guisa, l'autorità chiamata a farle rispettare, chiudendo i contrasti (nella specie, la nostra Corte costituzionale), deve necessariamente essere affidabile per tutti, e quindi investita secondo modalità che la tengano rigorosamente estranea agli interessi ed alle posizioni in contesa, nel senso di non privilegiarne nessuno. In questo senso, l'assenza di un meccanismo di legittimazione democratica dei giudici costituzionali così come l'effetto direttamente abrogativo delle sentenze costituzionali, senza ulteriore mediazione politico-parlamentare delle decisioni-avvisi di questa, garantirebbero massimamente l'indipendenza della funzione «arbitrale» della stessa Corte permettendole di valutare con lucida ed imparziale tecnica, tra l'altro, il prodotto della funzione legislativa.

Tale descrizione del sistema appare, per la verità, meramente teorica, poiché trascura di riflettere sulla concreta dinamica istituzionale fatta di orientamenti politici e lobbistici che si aggregano condizionando la nomina dei diversi componenti della Corte; sorvola sulle (talvolta incomprensibili) oscillazioni della giurisprudenza costituzionale esprimenti sistemi valoriali (e, dunque, anche politici) dei singoli giudici chiamati a dirimere le controversie¹¹⁴ (e che

sottile distinzione tra *funzione e forza politica*, e giudicando conseguenzialmente la Corte come «un organo estraneo alla funzione di indirizzo politico, ma dotato di forza politica» (T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, Giuffrè, 1957, ora in *Opere*, Milano, Giuffrè, 2000, I, pp. 206 ss.), distinzioni, queste, che se possono apparire «seducenti» sul piano teorico, all'atto pratico si mostrano non del tutto convincenti.

¹¹³ R. Titomanlio, *Note sul ruolo della Corte costituzionale*, cit., p. 4.

¹¹⁴ R. Titomanlio, *Note sul ruolo della Corte costituzionale*, cit., *passim*.

cozzano contro l'idea di un «corpo degli Efori», sacri e «asessuati» sul piano ideologico); sopravvaluta la funzione di controllo che non dovrebbe mai espandersi al punto tale da sostituirsi rispetto all'esercizio della funzione di indirizzo politico; sottovaluta il fatto che l'espansione della giurisprudenza costituzionale creativa determina rallentamenti e difficoltà nell'attuazione delle riforme economiche imposte dall'adesione dell'Italia al Patto di stabilità e crescita; in ultima analisi, oblitera l'unico vero principio di cui dover tener conto in ogni riflessione giuridica: la necessità che tutti i poteri, incluso quello attribuito all'organo chiamato a decidere controversie che riguardano atti e comportamenti di supremi organi costituzionali, trovino una propria fonte legittimante nella sovranità popolare. Tale derivazione dovrebbe esprimersi nelle regole che governano la composizione e/o il funzionamento dell'Organo di controllo, a seconda della scelta politica che storicamente si decida di attuare e dall'ampiezza del significato che s'intenda conferire alla dialettica democratica nella funzione di controllo delle leggi¹¹⁵.

¹¹⁵ Deve comunque tenersi presente che pare risulti apprezzata da taluni, all'estero, l'eterogenea composizione della nostra Corte, provenendo i suoi membri sia dalle «fila tecniche» della magistratura che da quelle dell'esperienza politica e della nomina fiduciaria (per questa notazione, S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit., p. 621). È appena il caso di precisare, però, che la differenziazione di esperienze pregresse rispetto alla nomina di giudice costituzionale è meramente formale dal momento che la nomina dei componenti della Corte rientra ormai pienamente – si dica pure senza pruderie – in piani di ripartizioni politiche o quanto meno lobbistiche *latu sensu*, anche quando provenga da parte delle correnti – di origine sindacale o politico-sindacale – in cui le diverse magistrature si dividono; pure la nomina presidenziale dei giudici costituzionali, pur se nelle intenzioni dei Costituenti doveva rappresentare espressione di una valutazione imparziale da parte di un Istituto di garanzia suprema (R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale*, cit., p. 448, *sub* nota n. 94), come il Presidente della Repubblica, finisce, di fatto, per offrire il terreno per ulteriori spartizioni di potere, talvolta utilizzata per «riequilibrare» le tendenze politiche dei membri di nomina parlamentare. Di tal guisa, la veste di «sacra investitura» che vorrebbe attribuirsi alle nomine di giudici non provenienti dal Parlamento non si addice pienamente neanche alle nomine giudiziarie o presidenziali se si tiene conto che raramente esse sono conseguite senza una previa militanza politica o quantomeno sindacale ovvero una qualificata relazione con determinati organismi di potere. Ciò, ovviamente, nulla toglie all'elevato spessore della preparazione giuridica dei singoli componenti, elemento, questo, comune e imprescindibile a tutti i membri, di qualsivoglia estrazione ideologica; e nulla toglie, poi, alla serietà con cui i singoli membri cerchino comunque di interpretare il proprio ruolo. Che quanto osservato colga una parte del vero si ricava anche dal fatto che proprio la diffusa appartenenza politica o sindacale dei giudici costituzionali costituisce una delle ragioni che suggerisce di rendere palese il rapporto politico che sta alla base della loro nomina in modo da rendere palese, criticabile o, semplicemente, interpretabile l'esito di determinati giudizi costituzionali, anche a mezzo della *dissenting* o *concurring opinion*. Partiva da tali considerazioni, evidentemente, la proposta di riforma costituzionale approvata dal Parlamento ma respinta dal corpo elettorale nel giugno del 2006 che riduceva a quattro su cinque i membri di nomina presidenziale e delle magistrature superiori mentre elevava da cinque a sette i giudici di nomina parlamentare. Inutile dire che l'innovazione

È ovvio che di norma ogni singola decisione risulti gradita a qualcuno e sgradita a qualcun altro, e quindi non è ammissibile che da ciò si tragga motivo per contestare lo stesso sistema, tanto più privando l'arbitro della funzione di chiusura del sistema, con soluzioni che rimettano le questioni nuovamente allo scontro che proprio lui doveva dirimere.

La necessità di garantire anche le minoranze che non abbiano preso parte alle decisioni politiche tradottesi in atti legislativi della cui costituzionalità si dubita non significa, tuttavia, mascherare di oggettività un giudizio assai sensibile al sistema di valori di coloro che debbono giudicare le leggi¹¹⁶ e che tuttavia non sono chiamati a giustificare le scelte ideologiche pur di fatto compiute nel controllo di un atto che, invece, esprime massimamente – come cardine democratico – la funzione di rappresentanza politica del corpo elettorale.

era stata giudicata negativamente da larga parte della dottrina: si veda ad esempio R. Bin, G. Brunelli e A. Pugiotto (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della corte costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, e part. lo scritto di R. Bin e C. Bergonzini, *La Corte costituzionale in Parlamento*, pp. 236 ss., che giudicano la tendenziale riconduzione dell'attività della Corte entro la sfera democratico-rappresentativa come un «cortocircuito che fulmina però il senso stesso della «rigidità» della Costituzione italiana». Che vi sia comunque bisogno di un recupero del concetto di sovranità popolare appare un dato scarsamente contestabile, se si pensa che il Parlamento è formato non da eletti ma da membri designati, i quali a loro volta designano rappresentanti di istituzioni che non hanno alcun rapporto con il corpo elettorale: non solo una parte dei giudici costituzionali ma anche il Presidente della Repubblica il quale designa a sua volta altri designati... di terzo grado come gli ulteriori cinque giudici costituzionali e il Presidente del Consiglio dei Ministri. Per notazioni critiche sull'attuale sistema elettorale e sul problema del rispetto della democrazia, nella stampa non specialistica, si veda M. C. Allam, *Quella congiura dei poteri forti che ha ucciso la democrazia*, in «Il Giornale», 31 dicembre 2012, p. 2.

¹¹⁶ Il Lavagna, ad esempio (*Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1059) giunge a parlare del controllo di costituzionalità come di un «controllo oggettivo», addirittura finalizzato «ad epurare il nostro ordinamento da molte norme fasciste o comunque superate».

