



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2018
SETTANT'ANNI DI "USO" DELLA COSTITUZIONE

La Costituzione interpretata dall'autorità giudiziaria*

di ELISABETTA LAMARQUE

**LA COSTITUZIONE INTERPRETATA
DALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA**

di *Elisabetta Lamarque*

*Professoressa associata confermata in Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Milano-Bicocca*

ABSTRACT

ITA

Il contributo si propone di ricostruire l'uso che l'autorità giudiziaria ha fatto della Costituzione nel corso della prima fase della storia repubblicana, nonché la scarsa attenzione dedicata a esso da parte degli organi di stampa.

EN

The essay aims to trace the use of the Constitution that the judicial authority has made in the early stages of the Italian Republic, as well as the little attention devoted to it by the press.

LA COSTITUZIONE INTERPRETATA DALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA*

di *Elisabetta Lamarque*

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Costituzione, giudici e comunicazione pubblica*; 3. *La Costituzione rivendicata dall'autorità giudiziaria*; 4. *La Costituzione interpretata dall'autorità giudiziaria*; 5. *Segue. Costituzione e giudici nella fase costituente*; 6. *Segue. Costituzione e giudici prima dell'avvento della Corte costituzionale*; 7. *Una suggestione letteraria*.

1. Premessa

Il tema del rapporto dei giudici italiani con la Costituzione del 1948 è già di per sé particolarmente vasto, perché tutti i cambiamenti epocali che hanno interessato la fisionomia e il ruolo del potere giudiziario italiano nella seconda metà del secolo scorso prendono avvio dalla Costituzione, e comunque alla Costituzione devono in larga misura – anche se certo non integralmente – il loro sviluppo. Il presente contributo, inoltre, non vuole trascurare l'invito rivolto dalla direzione della *Rivista* a dedicare una particolare attenzione al profilo della percezione del tema da parte dell'opinione pubblica (par. 2).

Si è rivelato quindi necessario compiere una drastica selezione degli argomenti e dare un taglio del tutto personale – e dunque inevitabilmente arbitrario – alla loro trattazione.

Può essere utile, a tale scopo, introdurre subito una bipartizione, e considerare che storicamente i giudici si sono serviti della Carta fondamentale in due modi diversi.

Da una parte, essi hanno rivendicato la Costituzione, dall'altra parte l'hanno utilizzata come materiale normativo nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Le rivendicazioni della Costituzione paiono circoscritte alla sola magistratura ordinaria e limitate a stagioni ben precise (par. 3). L'interpretazione e applicazione della Costituzione come norma giuri-

* Relazione al Seminario di *Costituzionalismo.it* su *Settant'anni di "uso" della Costituzione*, svoltosi presso il Campus Luigi Einaudi, Torino, il 22 giugno 2018.

dica è invece attività quotidiana e costante di tutte le magistrature, ordinarie e speciali (par. 4), e si è avuta in tutte le epoche, sia pure in forme e con intensità differenti, e anche nelle epoche più remote, come si tenterà in seguito di dimostrare dopo avere sfatato alcuni luoghi comuni (parr. 5 e 6).

2. Costituzione, giudici e comunicazione pubblica

La bipartizione sopra tracciata è particolarmente proficua per affrontare il profilo della comunicazione pubblica.

Da una ricerca condotta nell'archivio storico de *Il Corriere della Sera* – una ricerca naturalmente incompleta perché svolta a campione e limitata a un'unica fonte – emerge infatti che ai due usi della Costituzione repubblicana da parte dell'autorità giudiziaria è riservato un trattamento giornalistico ben diverso.

Le rivendicazioni della Costituzione hanno avuto un'eco, a volta anche significativa e insistita, nel giornale. Sono state ritenute di interesse generale e trattate come eventi della politica, come in effetti erano.

Al contrario, l'applicazione costante e quotidiana della Costituzione di solito non fa notizia. È rarissimo che i giornalisti portino alla conoscenza dell'opinione pubblica singole pronunce giurisdizionali o anche importanti orientamenti giurisprudenziali fondati su un uso pregnante della Costituzione, oppure – ancora – valorizzino i richiami alla Costituzione espressi da esponenti della magistratura in occasione di interviste o eventi ufficiali, quali ad esempio le inaugurazioni degli anni giudiziari¹.

Le notizie relative all'applicazione, o meglio all'attuazione², della Costituzione nelle aule giudiziarie, in altri termini, rimangono confinate nelle riviste specializzate e restano irraggiungibili dal grande pubblico.

¹ Con tutte le loro ambiguità: sul punto si veda A. MENICONI, *Inaugurazioni giudiziarie: tre discorsi ufficiali (ma non troppo)*, in *Le Carte e la Storia*, 2014, in particolare pp. 17-108.

² V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Giuffrè, Milano 1977.

Non è questa la sede per valutare adeguatamente le cause e le conseguenze di questo stato di cose. Sono tuttavia possibili alcune riflessioni.

Va detto innanzitutto che il silenzio stampa sulle applicazioni giudiziarie della Costituzione non si giustifica con lo scarso interesse pubblico della notizia.

Nessuno potrebbe sostenere, ad esempio, che l'ormai storica sentenza del Tribunale di Genova del 25 maggio 1974 che ha introdotto il danno biologico in applicazione dell'art. 32 Cost. non sia stata un provvedimento di grande importanza sociale e culturale che ha determinato rilevanti conseguenze concrete sulla vita di moltissimi italiani. Tuttavia di essa non si trova alcuna traccia nel più importante quotidiano italiano di informazione.

Né il silenzio in quel caso sembra essere dipeso dal fatto che si trattasse di una sentenza di primo grado. *Il Corriere della Sera* non dedica neanche un trafiletto neppure alle sentenze gemelle della Cassazione di fine maggio 2003, con le quali è stata introdotta la nuova interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. e si sono resi risarcibili i danni alla persona derivanti dalla lesione di un diritto garantito dalla Costituzione, ma non tutelato dalla legge ordinaria.

I concreti utilizzi della Costituzione da parte dei giudici, dunque, non risultano adeguatamente comunicati all'opinione pubblica.

Ciò colpisce in generale per qualsiasi sentenza, perché se «la giustizia è amministrata in nome del popolo», e sempre «in nome del popolo italiano» tutte le sentenze sono pronunciate, anche i commentatori che assegnano un valore meramente simbolico al disposto dell'art. 101, c. 1, Cost. dovrebbero convenire che tale articolo perlomeno richieda che il popolo italiano sia messo in grado di avere notizia dei contenuti delle sentenze più significative³. Ma quando si tratta di sentenze che danno applicazione e attuazione ai diritti costituzionali la mancata diffusione della notizia colpisce ancora di più, perché l'interesse dei consociati a conoscerle è senz'altro maggiore e si po-

³ Per una rassegna sintetica ma esaustiva dei possibili significati attribuiti dalla dottrina all'art. 101, c. 1, Cost. si vedano N. ZANON E L. PANZERI, *Art. 101*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, III, Utet, Torino 2006, pp. 1959-1960.

trebbe dire “qualificato” dal fatto che titolare dei diritti costituzionali sia ogni persona umana⁴.

Ma quali sono le cause di questa situazione? Potrebbe darsi che gli stessi giornalisti non vengano a conoscenza del deposito dei provvedimenti giurisdizionali in modo tempestivo e sistematico, oppure che non siano in grado di coglierne appieno la portata e gli effetti, oppure ancora che erroneamente li ritengano non fruibili, non comprensibili, dal loro pubblico a causa del linguaggio tecnico in cui sono redatti.

Se così è, ha proprio ragione Donatella Stasio quando, in suo recente contributo, richiama gli stessi giuristi al loro dovere di comunicare, chiedendo loro di coltivare «una diversa cultura della comunicazione istituzionale», e ciò «sia per riconciliarsi con il Paese reale sia per riconciliare quest’ultimo con i propri valori»⁵, e prima di tutto con i valori costituzionali.

Che la carenza di una cultura della comunicazione istituzionale dei provvedimenti civili e penali sia un dato storico incontrovertibile, tra l’altro, è provato dal fatto che il Consiglio Superiore della Magistratura si è occupato per la prima volta del problema solo dopo sessanta anni dalla sua istituzione, approvando, in data 11 luglio 2018, su proposta della VII Commissione e a seguito del lavoro di un gruppo di esperti esterni, un documento di *soft law* dal titolo «*Linee guida per l’organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale*»⁶.

⁴ Soprattutto se segue il suggerimento di G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, parte II, p. 74, la quale ritiene che il disposto dell’art. 101, c. 1, Cost. acquisti significato «se ricondotto alla garanzia di quei diritti inalienabili che sono enunciati nella prima parte del testo fondamentale e che si vogliono sottratti alle transeunti evoluzioni del principio di maggioranza». Diversamente, ritiene l’autrice, «l’affermazione suonerebbe perfettamente ridondante rispetto al vincolo alla soggezione del giudice alla legge, già puntualmente dettato dall’art. 101, c. 2., Cost.».

⁵ D. STASIO, *Il “ruolo sociale” del giurista impone una comunicazione più inclusiva*, *Controcanto*, in *Questione giustizia* del 23 marzo 2018.

⁶ La delibera si legge all’indirizzo www.csm.it. Questo il testo del resoconto della seduta del CSM dell’11 luglio 2018 per la parte che qui interessa: «La delibera muove dalla necessità di garantire nella maniera più ampia possibile la trasparenza e la comprensibilità dell’attività degli uffici giudiziari, al fine di incrementare la fiducia dell’opinione pubblica e nel contempo la stessa indipendenza della magistratura. A ciò va aggiunta la necessità, sottolineata anche dalle fonti normative sovranazionali, di garantire ai media corretto accesso alle notizie. Per tali ragioni, il Consiglio ha elaborato delle linee guida per orientare i dirigenti degli uffici nella regolamentazione della comunicazione esterna, che si articola su due direttrici: l’informazione, che riguarda i rapporti con i media, e la comunicazione, che

Quali gli effetti, i danni, di questa perdurante mancata comunicazione?

Intanto, temo, una scarsa consapevolezza da parte dell'opinione pubblica della vitalità della Costituzione e della sua capacità di ricomporre i conflitti all'interno della società. E poi, forse, una diffusa idea che della Costituzione come norma giuridica si occupi soltanto la Corte costituzionale, e soltanto nei casi estremi, e statisticamente rari, nei quali è necessario procedere alla eliminazione della legge dall'ordinamento.

Le uniche notizie di usi giudiziari della Costituzione che ci raggiungono da comuni cittadini, se ci pensiamo bene, sono quelle relative alla proposizione di questioni di costituzionalità. Come se i giudici potessero servirsi della Costituzione soltanto come un'arma per deferire la legge alla Corte costituzionale, e come se la Costituzione servisse soltanto per fare dichiarare incostituzionale la legge.

E che sia così, per i giornalisti, lo dimostra la circostanza che nel periodo 1948-1956, quando ancora mancava la Corte costituzionale, si trovano ne *Il Corriere della Sera* diversi articoli che espongono, tra l'altro con una ammirevole attendibilità, il contenuto di alcune sentenze di merito e di legittimità che accettano, o al contrario rifiutano, di

riguarda i rapporti con utenti e cittadini. ... Quanto ... al rapporto con i mezzi di comunicazione, si rende ... necessario un intervento consiliare più articolato, volto ad armonizzare le procedure dei diversi uffici giudiziari nella prospettiva dell'oggettività e della trasparenza. Vengono quindi date delle indicazioni di ordine generale, inerenti ai rapporti con i mezzi di informazione; alle modalità e all'oggetto della comunicazione; alla necessità del rispetto della *privacy* e della dignità dei soggetti coinvolti nell'attività giudiziaria e dei diritti processuali (quali giusto processo, diritto di difesa, presunzione di non colpevolezza). Vengono quindi individuate le procedure, i contenuti e le tecniche di comunicazione. Quanto agli uffici requirenti, la delibera – ferme restando le prerogative del procuratore, anche in ordine all'individuazione delle modalità di comunicazione più efficaci – suggerisce la possibilità di nominare un responsabile per la comunicazione e di inserire nel progetto organizzativo previsioni inerenti alla delegabilità delle comunicazioni per determinati affari o settori, alla non delegabilità delle comunicazioni volte a correggere informazioni errate, ai canali informativi fra magistrati dell'ufficio e procuratore rispetto ai procedimenti di particolare rilevanza. ... Infine, si ribadisce la necessità di una costante formazione professionale che investa i temi della comunicazione e della connessa deontologia. Quanto agli uffici giudicanti, viene prevista la delegabilità delle funzioni a un responsabile per la comunicazione. Dal punto di vista della procedura, l'*iter* viene attivato dal magistrato addetto allo spoglio o dal giudice titolare, che provvede a curare un *abstract* che illustri in maniera chiara e sintetica la decisione. Oggetto di comunicazione possono essere i procedimenti maggiormente rilevanti nonché gli atti organizzativi dell'ufficio».

disapplicare la legge per motivi di costituzionalità⁷. Dopo l'istituzione della Corte costituzionale, invece, le notizie sugli usi della Costituzione da parte dei giudici scompaiono dal giornale, salvo nei casi nei quali vi sia una rimessione del dubbio di costituzionalità alla Corte costituzionale.

3. La Costituzione rivendicata dall'autorità giudiziaria

Ma ora torniamo alla proposta bipartizione per esaminare brevemente quelle che possono ritenersi le tre maggiori stagioni di rivendicazione della Costituzione da parte dei giudici ordinari (mentre nulla di simile, come si è detto, sembra che si sia avuto da parte dei giudici amministrativi, tributari, contabili).

La prima stagione è quella della «lunga lotta» che «i magistrati sostennero contro il governo»⁸ in vista dell'attuazione delle garanzie costituzionali della loro indipendenza e in particolare dell'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura.

È interessante sottolineare che in quel periodo l'Associazione Nazionale Magistrati – ANM richiese spesso alla maggioranza politica di attuare il dettato costituzionale, ma si limitò alle rivendicazioni di sapore corporativo relative al proprio *status*, e non si riferì mai alla necessità di intervenire sulla legislazione fascista limitativa delle libertà costituzionali⁹.

La seconda stagione di rivendicazione della Costituzione prende l'avvio all'inizio degli anni Sessanta con le iniziative di quella parte dei magistrati ordinari che sfociano nel 1964 nella fondazione di Ma-

⁷ Ad esempio, *Il Corriere della Sera* dà notizia di una pronuncia della Cassazione che ritiene che l'art. 21 non abbia la forza precettiva di abrogare l'art. 113 TULPS (*Importante massima della Cassazione. Per affiggere manifesti è indispensabile l'autorizzazione*, domenica 16 aprile 1950) e assegna grande rilievo a un'altra sentenza della Cassazione che, al contrario della precedente, fa applicazione dell'art. 19 Cost (*Il principio della libertà religiosa confermato dalla Cassazione*, martedì 1° dicembre 1953 e ancora *Dopo la sentenza della Cassazione. In Italia trentamila "pentecostali" beneficiano della libertà di culto*, mercoledì 2 dicembre 1953).

⁸ Così riassume R. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana. Problemi e ricerche di sociologia del diritto*, Editori Laterza, Bari, 1972, p. 47, richiamando E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Editori Laterza, Bari, 1967, pp. 266 ss.

⁹ G. PALOMBARINI e G. VIGLIETTA, *La Costituzione e i diritti. Una storia italiana. La vicenda di MD dal primo governo di centro-sinistra all'ultimo governo Berlusconi*, ESI, Napoli, 2011, pp. 28-29.

giustizia Democratica – MD, ma che già prima determinano la fuoriuscita dalla ANM dei magistrati conservatori di Cassazione e la creazione, da parte loro, nel 1961, della Unione dei Magistrati Italiani – UMI.

Questa stagione culmina con il congresso dell'ANM, ormai composta dalle sole forze più progressiste della magistratura, tenutosi a Gardone nel 1965 e significativamente dedicato a “Indirizzo politico e magistratura”. La novità è espressa da Giuseppe Maranini nella relazione generale introduttiva, a sua volta ancora più significativamente intitolata “Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione”. In quella relazione si afferma apertamente che il compito di attuare la Costituzione, o meglio l'indirizzo politico costituzionale, grava anche su ogni singolo giudice.

Notissimo, e dal significato inequivocabile, è il testo della mozione finale del congresso. In quel testo i giudici si dichiarano per la prima volta protagonisti dell'opera di attuazione della Costituzione¹⁰, e anzi affermano di essere chiamati a realizzarla con tutti gli strumenti di cui dispongono.

La mozione, come si ricorderà, afferma che «spetta» al giudice, «in posizione di imparzialità ed indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale»¹¹.

¹⁰ G. PALOMBARINI e G. VIGLIETTA, *op. cit.*, p. 61; A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 311 ss.

¹¹ ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone 25-28 settembre 1965. Atti e commenti*, Arti grafiche Jasillo, Roma, 1966, pp. 309-310. Un vivo ricordo del clima di assoluta novità di quel convegno, nel quale si configurava per la prima volta «una nuova concezione del rapporto del giudice con la società, fino a delineare un modello di magistrato che esce dalla torre d'avorio in cui nel passato era stato rinchiuso, si apre all'esterno e si confronta con le criticità del Paese e con le grandi questioni sociali, proponendosi come interlocutore primario nel dibattito politico, sociale e culturale e nell'elaborazione di un progetto complessivo di riforma», si legge in G. LUCCIOLI, *Diario di una giudice. I miei cinquant'anni in magistratura*, Forum Edizioni, Udine, 2016, pp. 27 ss.

Su questi eventi gli articoli sul solo *Corriere della Sera* sono ben sette, tre dei quali a firma dello stesso Maranini (e due di questi articoli addirittura in prima pagina). Ancora anni dopo un esponente della magistratura più tradizionalista, critico nei confronti dei colleghi di MD, testimonia che «la grande stampa italiana, compattamente presente [al congresso di Gardone], non si lasciò sfuggire la novità assoluta di un'assise di giudici intenti a discutere pubblicamente su "l'indirizzo politico e la funzione giudiziaria"»; e nota ancora che «i lettori dei grandi quotidiani trasecolarono» nel sentire il resoconto di quelle discussioni¹².

La terza stagione, ancora più estrema, di rivendicazione della Costituzione è quella che trova il suo simbolo nel convegno di Catania del 1972 sull'uso alternativo del diritto: un convegno organizzato da accademici, e non da magistrati, ma che dagli orientamenti della magistratura di merito di quegli anni prende spunto e che dialoga proprio con i giudici innovatori, allo scopo di fornire alla loro attività un saldo quadro teorico e di avanzare ulteriori proposte operative.

Di questo convegno, in realtà, il *Corriere della Sera* non dà notizia. Tuttavia, la prefazione di Pietro Barcellona agli atti del convegno, pubblicati l'anno successivo, ricorda come proprio in occasione del convegno il «dibattito sulla giustizia e sul diritto» sia «uscito finalmente dalle accademie» per andare a occupare «financo le pagine dei quotidiani» e dei «rotocalchi di larga diffusione», e addirittura richiama i contenuti di due articoli comparsi su *L'Espresso* e su *Il Mondo*¹³.

È noto che cosa si intendeva allora con uso alternativo del diritto: la necessità che ogni giudice partecipasse al rinnovamento della società promesso e anzi imposto dal principio di eguaglianza sostanziale dell'art. 3, c. 2, Cost., e che lo facesse applicando il diritto legislativo, che fino ad allora era stato interpretato in modo conforme agli interessi della classe borghese, "in modo alternativo", e cioè appunto alla lu-

(sul punto si veda anche D. STASIO, "Lunga vita alle correnti!" *La lezione di Gabriella Lucchioni*, *Controcanto in Questione giustizia* del 19 luglio 2018).

¹² R. RICCIOTTI, *La giustizia in castigo*, Volpe, Milano, 1969, ora riprodotto in *Il potere dei conflitti. Testimonianze sulla storia della magistratura italiana*, a cura di O. ABBAMONTE, Giappichelli, Torino, p. 52.

¹³ P. BARCELLONA, *Introduzione*, in *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, a cura dello stesso autore, Editori Laterza, Bari, 1973, pp. VI-VII.

ce di quel principio costituzionale, fino ad allora trascurato, allo scopo di realizzare gli interessi delle classi sociali subalterne.

Questo nuovo modo di intendere l'attività interpretativa dei giudici interessò molti settori, dal diritto del lavoro e sindacale al diritto penale, e produsse orientamenti innovativi in tema di diritto alla salute, urbanistica e ambiente.

L'uso alternativo del diritto prende le mosse dall'idea che l'attività giudiziaria presenta sempre «un'insopprimibile dimensione politica a causa delle inevitabili scelte valutative che intervengono in ogni decisione giurisdizionale»¹⁴. Ed è proprio questo che ai magistrati democratici di quell'epoca la parte conservatrice della magistratura non riusciva a perdonare: il fatto che essi avessero rotto «l'omertà di casta» facendo politica scopertamente, e avessero così lacerato quel velo dell'apoliticità che aveva consistito fino ad allora alla magistratura «di fare surrettiziamente e pacificamente politica»¹⁵.

Ciò che qui interessa ora sottolineare è che questo disvelamento, questa ammissione della natura dell'attività giudiziaria, che non è mai tecnica e neutrale ma implica sempre scelte di valore, avviene proprio in nome della Costituzione. La scelta di valore che secondo la giurisprudenza alternativa ogni giudice era allora chiamato a compiere nella sua attività quotidiana si poneva infatti in questi termini: o con o senza la Costituzione e i suoi valori.

Si può richiamare, in questo senso, per tutti, il passaggio della relazione al convegno di Catania di Luigi Ferrajoli, che allora era un magistrato, dove egli afferma che: «non si può essere contemporaneamente fedeli ai codici di Mussolini e alla Costituzione, ai principi di sopraffazione classista che informano il vecchio ordinamento fascista e ai programmi emancipatori enunciati e imposti dalla Costituzione repubblicana»¹⁶.

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., p. 106.

¹⁵ L. FERRAJOLI, *ivi*, p. 110. Particolarmente critico verso questa stagione per le ambiguità che l'hanno caratterizzata e per le conseguenze che ne sono derivate è T.E. EPIDENDIO, *Il '68 e il diritto. L'onda lunga di una rivoluzione*, in *magistraturaindipendente.it*, 28 febbraio 2018, mentre altri, e soprattutto N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Iustitia*, 2018, pp. 107 ss., tornano oggi a ragionare su quella esperienza per valorizzarne «il retaggio positivo» (e *ivi* altri riferimenti).

¹⁶ L. FERRAJOLI, *ivi*, p. 108.

È evidente, in definitiva, che in tutte e tre le stagioni esaminate, sia pure in modi diversi, la lotta per Costituzione ha coinciso, o forse meglio si è sovrapposta e si è confusa, per i giudici che la conducevano, con la lotta per la loro indipendenza – interna ed esterna – e per un loro nuovo ruolo, distante da quello di meccanici applicatori della legge nel quale in passato i giudici erano stati relegati.

Ed è solo quest'ultimo e prevalente aspetto, e non quello dell'attuazione della Costituzione, che è stato colto dai mezzi di informazione e portato a conoscenza dell'opinione pubblica.

4. La Costituzione interpretata dall'autorità giudiziaria

Quanto alla Costituzione effettivamente interpretata e applicata dai giudici in questi settanta anni, nel presente contributo non si intende ripercorrere, neppure con una breve ricostruzione storica, il tema, che negli ultimi venti anni è stato al centro della riflessione dei costituzionalisti italiani, dell'interpretazione conforme a Costituzione della legge da parte dell'autorità giudiziaria, e dei suoi spesso lamentati eccessi¹⁷.

¹⁷ Sul tema la letteratura è sterminata, ed è pressoché impossibile darne conto in modo completo. Si vedano comunque almeno G. ZAGREBELSKY e V. MARCENO', *La giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, *passim* e in particolare pp. 123-126; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Jovene, Napoli, 2009; ID., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, cit.; ID., *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, in *Il dialogo tra le Corti*, a cura di E. NAVARRETTA e A. PERTICI, Edizioni Plus, Pisa, 2004; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006; EAD., *La Costituzione «sottintesa»*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 3 ss.; EAD., *La (parziale) riconversione delle «questioni di interpretazione» in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta On Line*, n. 2/2016, pp. 293 ss.; M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella Rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. PACE, Giuffrè, Milano, 2006; S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012; T. GROPPI, *Verso una giustizia costituzionale «mite»? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Pol. dir.*, 2002; R. PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e assai problematico*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, IV, a cura di G.

Si può ricordare soltanto che la stessa possibilità di praticare questo tipo di interpretazione sistematica inizia a essere contemplata dai giudici a seguito dell'invito in questo senso formulato dalla Corte costituzionale lo stesso anno della sua nascita, e cioè con la prima sentenza interpretativa di rigetto n. 3 del 1956. Si assiste dunque, inizialmente, a una sorta di pedagogia costituzionale della Corte nei confronti dei giudici, volta a stimolare e coltivare la loro sensibilità costituzionale¹⁸.

Via via, poi, da Gardone in avanti, questo schema di ragionamento viene a far parte del patrimonio di ogni giudice, ordinario e speciale, di merito o di legittimità, fino ad arrivare a essere percepito e in seguito anche teorizzato – sempre prima dalla Corte costituzionale e in un secondo momento, a ruota, dai giudici comuni – come attività doverosa; e lo sforzo ermeneutico dei giudici nel senso dell'interpretazione conforme a Costituzione “a tutti i costi” giunge infine, sempre su costante esortazione della Corte costituzionale ma anche autonomamente, fino agli eccessi di creatività giudiziale non rispettosi del dato testuale della legge denunciati da più parti negli ultimi anni, a cui poi di recente la stessa Corte costituzionale ha tentato di porre un argine.

In questa sede, tuttavia, lo si è detto, non ci si vuole occupare di questo grande tema, ma si preferisce invece tornare alle origini dell'uso giudiziario della Costituzione per provare a sfatare due luoghi comuni (parr. 5 e 6), e poi concludere con una suggestione letteraria capace di svelare da cosa dipenda quel potente fascino che la Costitu-

BRUNELLI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI, *Jovene*, Napoli, 2009, pp. 1527 ss.; E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, pp. 699 ss.; EAD., *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, pp. 1843 ss.; EAD., *Interpreting Statutes in Conformity with the Constitution: the Role of the Constitutional Court and Ordinary Judges*, in *Italian Journal of Public Law (IJPL)*, October 2010, Issue 2, No. 1; G. LANEVE, *La Giustizia costituzionale nel sistema dei poteri. I. Interpretazione e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*, Cacucci, Bari, 2014; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 99 ss.

¹⁸ E. LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano-Bicocca 19-20 novembre 2009*, a cura di B. BISCOTTI, P. BORSELLINO, V. POCAR e D. PULITANÒ, Giuffrè, Milano 2012, pp. 37 ss.

zione, come del resto le carte sovranazionali e internazionali dei diritti, esercitano sui giudici (par. 7).

5. Segue. Costituzione e giudici nella fase costituente

Una prima opinione spesso acriticamente ripetuta è quella secondo la quale i Costituenti vollero affidare la garanzia giurisdizionale della nuova Costituzione rigida a un apposito tribunale costituzionale, di nuova istituzione, e non all'autorità giudiziaria già esistente, perché pensavano che un sindacato gestito dai giudici sarebbe stato poco efficace¹⁹. Chi la riferisce ritiene che i Costituenti rifiutarono di dare ai giudici il compito di controllare la costituzionalità della legge perché ritenevano che i magistrati dell'epoca non avrebbero avuto la sensibilità costituzionale sufficiente per svolgerlo in modo adeguato, dato che si erano formati culturalmente e giuridicamente in epoca statutaria, ed erano dunque abituati a soggiacere alla legge piuttosto che a giudicarla, e per di più avevano potuto ottenere e mantenere le proprie funzioni giudiziarie in quanto graditi al regime fascista.

Questo giudizio, a parere di chi scrive, deve invece essere ribaltato. Sono molti gli elementi che fanno supporre che i Costituenti non vollero dare in mano ai giudici quell'arma potente che è la Costituzione non perché temessero che l'avrebbero sottoutilizzata, ma *al contrario* proprio perché immaginavano che ne avrebbero fatto un uso abbondante – o forse un uso eccessivo e incontrollabile – nella risoluzione delle loro controversie. Provo a dimostrarlo.

Innanzitutto, se si guarda alle richieste, elaborate dalla Cassazione e fatte proprie dalla ANM, rivolte nel 1946 all'Assemblea Costituente, si vede subito che esse erano chiaramente nel senso di pretendere che il controllo di costituzionalità fosse affidato all'autorità giudiziaria²⁰.

¹⁹ Qui di seguito nel testo si riprendono e si sviluppano le tesi già argomentate in E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia Repubblicana*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, a cui si fa rinvio per ogni riferimento bibliografico. La tesi contestata in quel libro continua comunque a essere sostenuta in dottrina. Si veda ad esempio, successivamente, V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

²⁰ E. BRUTI LIBERATI, *L'associazione dei magistrati italiani*, in *Cento anni di Associazione magistrati*, a cura di E. BRUTI LIBERATI e L. PALAMARA, Ipsoa, Milano, 1994, pp. 7-8.

L'ANM solo in un secondo momento ripiegò su più miti consigli, ma sempre chiedendo che il nuovo organo di giustizia costituzionale, qualora istituito, fosse comunque presieduto dal primo presidente della Cassazione e composto almeno per metà da alti magistrati²¹. Uno degli studi più interessanti di sociologia del diritto, ingiustamente trascurato dai giuristi, il volume sull'ideologia della magistratura italiana di Ezio Moriondo del 1967, sostiene che la magistratura, quando domandò all'Assemblea Costituente di introdurre il principio di unità della giurisdizione, ne faceva propria una nozione molto più ampia e onnicomprensiva di quella oggi comunemente utilizzata, perché chiedeva, per la sua realizzazione, non solo l'abolizione delle giurisdizioni amministrative – cosa che ora sembra esaurire l'idea di unità della giurisdizione – ma anche l'attribuzione alla magistratura ordinaria della stessa giurisdizione costituzionale²².

In secondo luogo, i Costituenti dovevano essere ben consapevoli che la magistratura fosse pronta a esercitare il controllo di costituzionalità materiale delle leggi in modo coraggioso, o addirittura audace, superando le timidezze dimostrate nel vigore dello Statuto albertino.

Nel pieno dei lavori della Costituente, infatti, e per la precisione il 28 luglio 1947, e cioè alcuni mesi *prima* che l'Assemblea arrivasse a occuparsi del tema della garanzia giurisdizionale della Costituzione, era stata depositata una sentenza delle sezioni unite civili della Cassazione che aveva suscitato grande clamore e larghissima eco (non su *Il Corriere della Sera*, però, ma sulle più importanti riviste giuridiche) e non poteva non essere giunta alle orecchie almeno di quei membri dell'Assemblea Costituente dotati di una qualche competenza giuridica. In quella sentenza il massimo organo giurisdizionale si era ritenuto competente a giudicare la conformità di un decreto del governo De Gasperi dotato di forza di legge alla cosiddetta seconda costituzione provvisoria, che vietava alla potestà legislativa del governo la «materia costituzionale», sostenendo (del tutto opinabilmente, peraltro) che: *a*) per «materia costituzionale» si dovesse intendere «l'obbligo di rispettare i fondamentali principi costituzionali», fra i quali quello della «divisione e coordinazione dei poteri»; e *b*) che il decreto avente forza

²¹ A. MENICONI, *Verso l'indipendenza della magistratura (1944-1948)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, pp. 421-422 ed E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Editori Laterza, Bari, 1967, pp. 79 ss.

²² E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, cit., p. 81.

di legge avesse appunto violato quei principi, perché si era intromesso con disposizioni normative retroattive nella «normale esplicazione della funzione giurisdizionale». Più di questo... le sezioni unite della Cassazione che si arrogano il compito del controllo materiale di costituzionalità sulla legislazione in un momento in cui una costituzione rigida e sovraordinata alle leggi ancora non esiste, e arrivano a disapplicare un atto avente forza di legge solo perché lo ritengono lesivo delle attribuzioni del potere giudiziario! Andando di questo passo, avranno forse pensato alcuni dei Costituenti, a quale punto sarebbe giunta la magistratura se le fosse stata affidata la custodia della nuova Costituzione?

Il terzo indizio è il regolare e cadenzato richiamo in tutte le sedi, nella fase costituente, all'immagine del *governo dei giudici*, con un riferimento testuale al titolo del volume degli anni venti di un comparatista francese, Edouard Lambert, nel quale con toni allarmistici si illustrava il concreto funzionamento del sistema di sindacato diffuso di costituzionalità facendo riferimento in particolare alla sistematica e vittoriosa opposizione del giudiziario americano alla legislazione in ambito sociale ed economico. Questo costante richiamo induce a ritenere che per i Costituenti la posta effettivamente in gioco fosse la concreta capacità della magistratura di tenere in scacco l'attività normativa del parlamento e del governo e, in definitiva, di esercitare un potere di controllo sulla classe politica e di partecipare a pieno titolo alla funzione di indirizzo politico²³.

Ma esisteva infatti una quarta ragione, forse ancora più profonda, di quelle fino a ora ricordate, che rese scontata una schiacciante vittoria dei sostenitori del sindacato accentrato e del tutto senza speranza, come disse Einaudi in Assemblea Costituente, ogni tentativo di convincere i Costituenti a seguire la strada del controllo diffuso.

²³ Ha dunque ragione A. STONE SWEET, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy*, in *West European Politics*, 25 (2002), p. 78; ID., *Constitutional Courts*, in *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, a cura di M. ROSENFELD e A. SAJÒ, Oxford University Press, London 2012, il quale afferma che in Italia, come del resto in tutti i paesi europei in cui opera un tribunale costituzionale istituito nel secondo dopoguerra, si scelse il sistema accentrato di controllo di costituzionalità soltanto perché non si trovò un altro modo per risolvere il problema istituzionale che stava più a cuore ai Padri fondatori, che era quello di garantire la superiorità della nuova Costituzione sulla legislazione ordinaria senza rafforzare il potere giudiziario.

Questa ragione era il timore di aprire un varco nella diga che aveva fino a quel momento contenuto e tenuto nascosto l'innegabile potenziale creativo insito nella funzione giurisdizionale. Agiva, in altri termini, la paralizzante paura di sollevare il coperchio di quel vaso di Pandora che è la creatività del giudice, da cui non si sapeva quanti e quali mali sarebbero potuti uscire e diffondersi per il mondo.

Il motivo emerse precocemente nella prima sede di discussione, quella della commissione Forti incaricata di predisporre il materiale di riflessione da sottoporre all'Assemblea Costituente, e si consolidò talmente in fretta da non richiedere ulteriori approfondimenti nelle sedi successive, nelle quali venne dato per scontato.

In proposito bisogna ricordare che la relazione preliminare sulla giustizia costituzionale destinata alla discussione interna della commissione Forti, redatta da Gueli d'accordo con Azzariti e Selvaggi, si era schierata a favore del sindacato di costituzionalità da parte dei giudici ordinari e aveva sostenuto questa opzione con una serie di argomenti molto solidi, alcuni dei quali di straordinaria modernità, e aveva preso già in considerazione, per prevenirle, le possibili obiezioni che a quell'opzione si sarebbero potute fare, e in effetti in seguito furono opposte.

Gli argomenti addotti dalla relazione Gueli per sostenere l'attribuzione anche di questa particolare attività giurisdizionale all'autorità giudiziaria già esistente, invece che a una apposita corte, sono i seguenti. Innanzitutto, solo ponendo l'autorità giudiziaria in contatto diretto con la Costituzione le si sarebbe riconosciuta una posizione di autonomia, degna di un vero e proprio "potere" costituzionale, e non già di un semplice "ordine" giudiziario. In secondo luogo – e questo è il punto – la possibilità di una «reale influenza politica nei confronti del potere legislativo» da parte della magistratura, che avrebbe dato luogo al tanto temuto governo dei giudici, non sarebbe derivata dall'esercizio del controllo di costituzionalità, ma *si sarebbe avuta in ogni caso*, e quindi anche in mancanza dell'attribuzione ai giudici di tale potere, dato che «l'interpretazione delle leggi non è mai attività meramente logica».

I solidi argomenti della relazione Gueli le si rivoltarono immediatamente contro con la medesima forza, come un *boomerang*, determinando il rigetto totale e inappellabile della proposta in essa contenuta.

Ciò che rimase impresso nella mente degli altri commissari fu infatti l'ammissione della *ineliminabile discrezionalità* insita

nell'attività del giudicare, e il fondatissimo sospetto che in occasione del sindacato di legittimità costituzionale tale creatività si sarebbe manifestata in modo ancora più evidente per il fatto che le norme costituzionali si prestano, per loro natura, «ad una interpretazione ampia e varia che lascia sempre un certo margine di discrezionalità». La sensazione che si diffuse tra gli altri commissari fu, insomma, sia che i giudici avrebbero potuto, volendolo, mettere nel nulla qualunque legge, solo interpretando la norma costituzionale nel senso che a loro di volta in volta fosse più gradito; sia, e soprattutto, che l'attribuzione ai giudici del sindacato sulla costituzionalità delle leggi avrebbe spalancato le porte a una concezione della funzione giurisdizionale del tutto diversa da quella tradizionale, *legittimando la creatività dell'interpretazione anche al di fuori dell'esercizio del controllo di costituzionalità*.

Fu così che sulla proposta Gueli-Azzariti-Selvaggi venne messa una pietra tombale. La stessa commissione Forti abbracciò la soluzione, completamente opposta²⁴, dell'istituzione di una Corte costituzionale da adire – come noto – tramite un'azione popolare; e decise addirittura di affidare la relazione finale sulla giustizia costituzionale da presentare all'Assemblea Costituente non già ai commissari che avevano già studiato l'argomento per la relazione interna, bensì a una quarta persona (Giordano).

In conseguenza, quando si arrivò alla discussione prima in commissione dei 75 e poi in aula, per la maggior parte degli oratori fu facile liquidare il problema dell'attribuzione alla magistratura del sindacato di costituzionalità facendo notare «l'inopportunità e l'impossibilità» di affidare al giudice comune «un apprezzamento che non solo è tecnico e giuridico, ma che, in molti casi, è squisitamente politico» (Targetti e Mannironi), «specialmente di fronte ad una Costituzione come quella allo studio, in cui molti articoli sono, non vere e proprie norme giuridiche, ma direttive politiche proiettate verso l'avvenire».

La resistenza culturale a superare una visione del giudice come bocca della legge, nel senso di organo privo della possibilità di compiere scelte sue proprie nell'esercizio della funzione di interpretazione e applicazione della legge, era dunque in quel momento invincibile. A

²⁴ Tra gli studiosi nota che «vi fu un singolare ribaltamento di posizioni nel corso dei lavori» della Commissione Forti soltanto, salvo errore, M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Giuffrè, Milano 1997, p. 99.

tal punto che ci si rifiutò di affidare al giudice comune un compito nuovo, diverso da quelli tradizionali, solo perché si sapeva che in relazione a quel nuovo compito la finzione della giurisdizione come attività meramente logica con ogni certezza non avrebbe più retto.

La storia dell'uso giudiziale della Costituzione di questi settanta anni dimostra che tutti i timori si dimostrarono fondati, perché la Costituzione ha agito davvero come un moltiplicatore della creatività e del potere dei giudici. Quando nel 1956 entrò in funzione la Corte costituzionale, infatti, il meccanismo dell'incidentalità, elaborato a Costituzione già entrata in vigore dalla stessa Assemblea Costituente nell'ultimo giorno della sua esistenza, mise comunque la Costituzione nelle mani dei giudici, sia pure in coordinamento con la Corte costituzionale; mentre prima del 1956, come si dirà nel prossimo paragrafo, i giudici si erano già serviti largamente della Costituzione per ottenere risultati che in sua mancanza sarebbero stati irraggiungibili.

6. Segue. Costituzione e giudici prima dell'avvento della Corte costituzionale

Un secondo luogo comune che spesso si ripete è che prima dell'istituzione della Corte costituzionale, tra il 1948 e il 1956, i giudici fecero un uso limitato e inadeguato della nuova Carta costituzionale.

È vero che la giurisprudenza della Cassazione distinse fin dall'inizio le norme costituzionali in tre categorie – programmatiche; precettive a efficacia differita; precettive a efficacia immediata – ritenendo che solo quelle della terza categoria fossero capaci di prevalere nei casi concreti sulle leggi difformi. Ed è vero anche che molte delle disposizioni costituzionali che la giurisprudenza ascrisse alla categoria delle norme programmatiche avrebbero potuto e dovuto più correttamente trovare una diversa collocazione.

Tuttavia, come nota Sergio Bartole, nella giurisprudenza mai si affacciò il dubbio – che il testo molto ambiguo della VII disposizione transitoria e finale legittimamente avrebbe potuto far sorgere – che il potere dell'autorità giudiziaria, in attesa della creazione della Costituzione, fosse limitato al controllo di costituzionalità solo formale praticato, sia pure in pochissime occasioni, in epoca statutaria. Al contrario, senza alcuna esitazione i giudici diedero per scontato di essere in-

vestiti di un potere di controllo di costituzionalità pieno, esteso ai vizi materiali delle leggi²⁵.

Inoltre, non si può addebitare ai giudici una particolare lentezza o ritrosia nel fare uso delle nuove norme costituzionali. Era infatti prevedibile che la penetrazione delle nuove norme costituzionali sarebbe stata graduale, e che tutta la novità costituzionale in tema di diritti e di eguaglianza non potesse essere colta subito in ogni sua potenzialità da nessuno dei soggetti dell'ordinamento²⁶. La scoperta di alcuni precetti costituzionali fu del resto tardiva anche da parte della Corte costituzionale, una volta che venne istituita. C'è chi addirittura ha sostenuto, forse un po' forzando i dati di realtà, che nei primi cinque anni della sua attività la Corte avrebbe costantemente salvato le leggi del periodo fascista che il governo repubblicano dell'epoca teneva a conservare in vita anche se palesemente contrarie alle libertà costituzionali²⁷. Ed è comunque certo che, ad esempio, le norme costituzionali sull'eguaglianza dei coniugi e dei figli iniziarono a produrre qualche frutto nella giurisprudenza costituzionale solo a partire dalla fine degli anni Sessanta, in coincidenza con il sensibile mutamento della morale sessuale e dell'istituzione familiare nella società.

Si deve poi anche tenere presente che il tradimento della Costituzione e la mancata trasformazione dell'ordinamento nei primi anni dalla sua entrata in vigore dipendono quasi totalmente dalla mancanza di riforme legislative, che sarebbero invece state necessarie sia per eliminare le numerose leggi fasciste, sia per dare attuazione agli istituti previsti in Costituzione, e non possono essere certo addebitati alla supposta ritrosia dei giudici a utilizzare i loro poteri per fare posto alla Costituzione e disapplicare le leggi a essa contrarie.

Anzi, come nota molto acutamente Achille Battaglia, la tragica, e anzi "fatale" distinzione tra norme costituzionali precettive e norme costituzionali programmatiche fu introdotta dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza del 7 febbraio 1948 non per salvare una norma fascista e contraria alle libertà costituzionali, ma tutto all'opposto allo

²⁵ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna 2004, pp. 34-35.

²⁶ Per un giudizio non molto differente V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE e L. MINERVINI, Giulio Einaudi editore, Torino 1998, pp. 723 ss.

²⁷ N. TRANFAGLIA, *Per una storia politica della Corte costituzionale*, in *Dallo stato liberale al regime fascista*, Feltrinelli, Milano 1973.

scopo di *conservare le sanzioni contro il fascismo* che erano state introdotte nel 1944, in ossequio a una forte esigenza politica in tale senso manifestata dalle forze allora al governo. Le sezioni unite in quell'occasione erano infatti chiamate a decidere un ricorso di alcuni condannati per collaborazionismo, i quali sostenevano che l'art. 25 Cost. avesse abrogato le norme sanzionatorie retroattive del 1944, e dunque solo per ragioni politiche furono indotte a introdurre l'«infausto principio» dell'esistenza di norme costituzionali solo programmatiche incapaci di abrogare le leggi precedenti nel tempo²⁸.

Ancora, una valutazione complessiva dell'operato della magistratura non può non tenere conto della circostanza che in quegli stessi anni proprio nel nome della Costituzione, e per di più nel nome di una norma «dall'apparenza estremamente direttiva» quale l'art. 36 Cost., si realizzò quello che è stato giustamente definito «uno dei più vistosi esempi di creatività normativa della nostra magistratura»²⁹, e cioè l'assunzione da parte dei giudici del lavoro del potere di rideterminare l'entità della retribuzione che non fosse sufficiente ad assicurare al lavoratore un'esistenza libera e dignitosa.

Ma pensiamo anche alla applicazione diretta data dai giudici a molte norme costituzionali, a partire dalla stessa VII disposizione transitoria e finale, che come si è detto nella sua ambiguità avrebbe potuto anche essere intesa come autorizzazione ai giudici a compiere il solo controllo formale di costituzionalità della legge, fino ad arrivare all'applicazione diretta degli artt. 111 (impugnazione per Cassazione dei provvedimenti sulla libertà personale), 113 (controllo giurisdizionale su tutti gli atti della PA), 10 (divieto di estradizione dello straniero per reati politici), 40 (diritto di sciopero), 103 (nel senso di sottrarre alla giurisdizione militare i reati comuni commessi da militari), oltre che naturalmente al già richiamato art. 36 Cost.³⁰.

²⁸ A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, in *Dieci anni dopo. 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, a cura di A. BATTAGLIA, P. CALAMANDREI, E. CORBINO, G. DE ROSA, E. LUSSU, M. SANSONE e L. VALIANI, Editori Laterza, Bari, 1955, pp. 384 ss., 388 e 396 ss.

²⁹ T. TREU, *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 72.

³⁰ Questo è l'elenco steso da Azzariti in un articolo significativamente intitolato "La mancata attuazione della Costituzione" (Azzariti intendeva da parte della maggioranza politica) "e l'opera della magistratura" (che invece nella sua ricostruzione avrebbe avuto molti meriti: G. AZZARITI, *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Foro. it.*, 1956, IV, pp. 1 ss.).

Ai fini del nostro ragionamento, in definitiva, potremmo vedere il bicchiere mezzo pieno, invece che mezzo vuoto, e affermare che nell'attesa dell'istituzione della Corte costituzionale i giudici iniziarono davvero a utilizzare la Costituzione come materiale normativo al posto delle leggi per la decisione dei casi concreti, anche se non osarono farlo in tutte le occasioni nelle quali, con il senno di poi, sarebbe stato necessario.

Ciò che spinge a dire che un *judicial review* all'italiana non venne mai alla luce, invece, è un altro e più significativo elemento.

Se si rileggono infatti in sequenza le sentenze tra il 1948 e il 1956 che risolvono in un senso o nell'altro un problema di compatibilità di una legge con la Costituzione, ci si accorge che, in contrasto con le affermazioni di principio e in controtendenza rispetto alla rivoluzionaria presa di posizione delle sezioni unite del periodo transitorio, il percorso logico seguito nelle loro motivazioni quasi mai si impernia sull'invalidità/nullità della legge, come invece aveva argomentato il giudice Marshall nella sentenza *Marbury vs Madison* che aveva fondato il sistema di giustizia costituzionale statunitense. Ciò accade perché quando si trovano di fronte a una disposizione legislativa entrata in vigore prima del 1° gennaio 1948 – e cioè statisticamente nella stragrande maggioranza dei casi nei quali poteva in quel periodo presentarsi un dubbio di legittimità costituzionale – i giudici valutano la sua eventuale difformità da una previsione costituzionale non come un problema di legittimità costituzionale, ma come un normale problema di successione delle leggi nel tempo, e procedono così all'accertamento dell'avvenuta *abrogazione* della legge anteriore da parte della norma costituzionale posteriore.

L'indagine relativa all'*invalidità* della normativa primaria in relazione alla superiore norma costituzionale – la sola indagine che dà vita, a rigore, a un giudizio di legittimità costituzionale – è invece attivata solo quando la legge di cui si dubita il contrasto con la Costituzione è successiva alla Costituzione stessa, e cioè in pratica in pochissime occasioni. Anche se, bisogna ammetterlo, in quelle rare occasioni i giudici si dimostrarono perfettamente all'altezza del loro compito, perché non distinsero tra norme costituzionali programmatiche e prelettive, al contrario di quanto fecero sempre quando seguirono lo schema dell'*abrogazione*.

7. Una suggestione letteraria

In conclusione del presente contributo non si può sfuggire alla domanda cruciale, che è la seguente: per quale ragione le norme costituzionali esercitano un simile fascino, in ogni epoca, nei confronti dei giudici?

In questa sede non è naturalmente possibile offrire neppure un serio tentativo di risposta.

L'impressione, tuttavia, è che le norme costituzionali attraggono i giudici soprattutto perché offrono loro l'occasione per liberarsi dalla cieca soggezione alla legge, e li autorizzano a ottenere legalmente risultati che altrimenti sarebbero vietati o comunque più difficili da raggiungere.

Che genere di risultati? Si tratta, il più delle volte, e soprattutto nel caso delle *lower courts*, di risultati di giustizia sostanziale nel caso concreto; oppure, alternativamente o cumulativamente, e soprattutto nel caso delle corti supreme, di risultati di legittimazione dell'organo giudiziario all'interno del sistema dei poteri. E vale la pena di sottolineare che quest'ultimo uso della Costituzione si riscontra ovunque e in ogni tempo, dalla *Marbury vs Madison* in poi.

Nella impossibilità di approfondire l'argomento può essere utile spostarsi su un terreno diverso, e richiamare qualche passaggio di un romanzo di Emmanuel Carrère, un autore che è capace di trasformare qualsiasi cosa – un atroce fatto di cronaca, gli atti degli apostoli – in grande letteratura, e che è riuscito anche nell'esperimento estremo di rendere interessante e addirittura avvincente per i lettori comuni il testo di una sentenza della Corte di Giustizia³¹.

Si tratta di una suggestione letteraria molto utile perché mette in luce un ulteriore elemento: che la medesima duplice funzione a cui assolve la Costituzione nei confronti dei giudici – di liberare la loro creatività a fini di giustizia sostanziale e di sostenere la loro legittimazione e la loro autorevolezza nei confronti degli altri attori istituzionali – è svolta anche, sia pure a determinate condizioni, dal diritto dell'Unione europea, laddove offre garanzie maggiori di tutela dei soggetti deboli, e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ed

³¹ E. CARRÈRE, *Vite che non sono la mia*, ed. it. Einaudi, Torino, 2011, pp. 174-176. Il libro mi è stato regalato da Laura Cappuccio, che ancora ringrazio per questo regalo e per tante altre cose.

è proprio per il fatto di svolgere le stesse funzioni svolte dalla nostra Costituzione nei riguardi dei giudici – e non per altri motivi – che il diritto dell’Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo possono davvero dirsi i suoi più temibili *competitor*.

Dunque, racconta Carrère, ci sono tre giudici di provincia – Étienne, Florès e Juliette – che da diversi mesi sono costretti a dare torto ai consumatori truffati da grandi società finanziarie perché la giurisprudenza della Cassazione francese impedisce loro di rilevare d’ufficio i vizi di alcune clausole contrattuali.

Étienne, Florès e Juliette erano scandalizzati, ma con le mani legate; i debitori che avevano riempito di false speranze costernati. Quanto alle società finanziarie, esultavano.

Ma poi ...

Un giorno d’ottobre del 2000, Étienne è nel suo ufficio che sfoglia delle riviste giuridiche. Si imbatte in una sentenza commentata della Corte di Giustizia delle comunità europee e comincia a leggerla distattamente, poi con attenzione sempre maggiore...

Quella sentenza, di cui Carrère riproduce qualche passaggio, afferma che l’obiettivo della direttiva europea che tutela i consumatori contro le clausole abusive impone di riconoscere ai giudici nazionali la facoltà di valutarle d’ufficio.

Étienne e Juliette conducevano una lotta il cui esito avrebbe avuto un’incidenza sulla vita di decine di migliaia di individui. Incassavano da mesi una sconfitta dietro l’altra, erano sul punto di gettare la spugna, ed ecco che Étienne individuava il colpo segreto che avrebbe cambiato il corso della battaglia. È sempre spassoso, quando un capetto ti maltratta dicendo: è così, non si discute, non ho da render conto a nessuno, scoprire che sopra di lui c’è un grande capo, e che per giunta questo grande capo ti dà ragione.

...
Étienne di diritto comunitario non sapeva nulla, ma lo trovava già straordinario.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Marco

GIAMPIERETTI, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura

RONCHETTI, Ilenia

RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)