

Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'indivisibilità dei beni costituzionali

Discorso di Gustavo Zagrebelsky, pronunciato in Campidoglio per la celebrazione dei 50 anni di attività della Corte costituzionale – Roma, 22 aprile 2006

Signor Presidente della Repubblica, una raccolta di scritti di giuristi di tutto il mondo sull'interpretazione costituzionale, apparsa di recente, porta l'inconsueta dedica "ai giudici costituzionali" (*A los jueces constitucionales*). Il curatore dell'opera, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, accenna alla «nobile e trascendentale funzione che essi adempiono, come guardiani fedeli delle Costituzioni democratiche del nostro tempo» (E. Ferrer Mac-Gregor, *Nota introductoria* a AA.VV. *Interpretación constitucional*, Editorial Porrúa - Univ. Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. XX). Non sono queste, parole di circostanza. Al contrario: ci mettono di fronte a un pensiero generale sul quale vale la pena di riflettere. I giudici costituzionali di tutti i Paesi possono essere associati in un omaggio collettivo solo in quanto essi effettivamente formino un *milieu* omogeneo, indipendente dalle nazionalità. I tanti e tanto autorevoli rappresentanti delle giurisdizioni costituzionali i quali, con la loro presenza hanno voluto onorare la Corte costituzionale italiana nel suo cinquantesimo anno di vita, confermano eloquentemente l'esistenza di questa comunione.

Essendomi stato accordato il privilegio di disporre per qualche minuto della loro attenzione, è su questo aspetto dell'essere giudici costituzionali che intendo soffermarmi; più che per ricapitolare un passato, per riflettere sul futuro.

* * *

(*Guardare al di là*) Questa ideale cerchia giudiziale costituzionale è una constatazione. Sarebbe impossibile enumerare le relazioni che si sono venute a consolidare e spesso a istituzionalizzare, in associazioni, conferenze e scambi di esperienze, tra Tribunali costituzionali, Corti supreme, Alte Autorità di garanzia costituzionale e, più recentemente, Corti di giustizia sopranazionali che operano in materie propriamente costituzionali. Centri accademici di ricerca comparata in tutto il mondo, a loro volta, contribuiscono efficacemente a un dialogo che, fra tutti quelli che si svolgono sui grandi temi del diritto pubblico, è certamente tra i più fruttuosi. E' questo un dato di fatto pieno di significato, soprattutto per la facilità della reciproca comprensione, la spontaneità delle

discussioni e la molto frequente concordanza d'intenti, onde può parlarsi, ad un certo livello di astrazione, di una propensione ultra-nazionale, se non universale, delle funzioni nazionali di giustizia costituzionale.

Eppure, in origine, vi sono rilevanti distanze tra i sistemi di garanzia giurisdizionale della Costituzione: *judicial review* o giustizia costituzionale; tradizioni di *common* o *civil law*; controllo astratto o concreto, preventivo o successivo; tutela dei diritti costituzionali o controllo di conformità costituzionale delle leggi. Lo *Stato di diritto* non è sempre la stessa cosa in quanto *Etat de droit*, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. Lo *Stato costituzionale*, di conseguenza, non coincide dappertutto. La stessa Costituzione non è norma suprema nella stessa misura, onde mutano i rapporti tra Corti e poteri legislativi. Sono differenze rilevanti. Ma proprio per ciò risaltano le convergenze pratiche che si riscontrano nel “giudicare in diritto costituzionale”.

Negli ultimi tempi, tuttavia, questo interscambio di esperienze è stato focalizzato come problema di diritto costituzionale generale, nella forma di controversia circa l'utilizzazione e la citazione da parte delle Corti di materiali normativi e giurisprudenziali “esterni”. I due poli nella discussione possono rappresentarsi così: da un lato, sta l'art. 39 (del *Bill of Rights*) della Costituzione della Repubblica del Sud-Africa del 1996, secondo il quale, nell'interpretare il catalogo dei diritti, le Corti “devono prendere in considerazione il diritto internazionale e possono prendere in considerazione il diritto straniero”; all'opposto, sta la radicale contestazione di questa pratica, nel segno della difesa dei caratteri originari della Costituzione, contro gli “incroci bastardi” con esperienze non indigene e contro l'appannamento del diritto costituzionale in un generico costituzionalismo senza confini e carattere. Ha suscitato scalpore il riferimento da parte di un giudice della Corte suprema degli Stati Uniti in un'opinione separata (giudice Breyer, in *Knight v. Florida* [1999]), oltre che al *Privy Council* e alla Corte europea dei diritti dell'uomo, a una decisione della Corte Suprema dello Zimbabwe che, dopo avere a sua volta consultato decisioni straniere, aveva stabilito che l'esecuzione di una sentenza capitale a lunga distanza di tempo dalla condanna è da considerare una forma di tortura, o un trattamento inumano e degradante (a questa posizione “universalistica”, il giudice Thomas, per la Corte, ha contrapposto la tesi “isolazionista” scrivendo che proprio la citazione di giurisprudenza straniera è la riprova dell'infondatezza in diritto costituzionale nazionale).

Il significato della contestazione, nata come reazione al “nascente cosmopolitismo giudiziario” risultante da alcune basilari pronunce della Corte Suprema del 2003, è bene rappresentato dal titolo

di una proposta di legge al Congresso degli Stati Uniti dell'anno dopo - *Constitution Restoration Act* - nella quale si inibisce ai giudici di interpretare la Costituzione prendendo in considerazione documenti giuridici diversi da quelli nazionali, comprese le decisioni di Corti costituzionali o supreme di altri Stati o di Tribunali internazionali dei diritti umani. Il rigetto della comparazione costituzionale – comparazione che in altri contesti, quello europeo ad esempio, è considerata il “quinto metodo” di interpretazione costituzionale, accanto ai quattro di Savigny - viene così considerato misura di difesa dell' identità costituzionale nazionale (D.M. Amann, “*Raise the Flag and Let it Talk*”: *On the Use of External Norms in Constitutional Decision Making*, in I-CON, 2004, pp. 597 ss.).

La posta in gioco in questo contrasto è grande. Al di là della questione, pur importante, dei mezzi dell'interpretazione costituzionale, si avverte che essa coinvolge direttamente la legittimità della partecipazione delle giurisdizioni costituzionali nazionali alla costruzione di prospettive giuridiche di orientamento comune, tendenzialmente universali.

Il terreno sul quale più naturalmente si sviluppa la discussione è quello dei diritti fondamentali; anzi, sugli aspetti fondamentali dei diritti fondamentali: la pena di morte, l'età e lo stato psichico dei condannati, le modalità anche temporali delle esecuzioni; i diritti degli omosessuali; le “azioni positive” a favore della partecipazione politica delle donne o contro storiche discriminazioni razziali, ad es. nell'accesso al lavoro e all'istruzione; la limitazione dei diritti per motivi di sicurezza nazionale; la regolamentazione dell'aborto e, in generale, i problemi posti dalle applicazioni tecniche delle scienze biologiche a numerosi aspetti dell'esistenza umana; la libertà di coscienza rispetto alle religioni dominanti e alle politiche pubbliche nei confronti di scuole e confessioni religiose; i diritti degli individui entro le relazioni familiari e simili. E' a partire da problemi come questi che la discussione ha preso avvio ed è a questo livello che la comparazione delle esperienze giurisprudenziali viene auspicata od osteggiata.

Fin da ora si può constatare l'emergere di un duplice livello di questioni costituzionali, a seconda di come viene concepita la portata dei diritti coinvolti, universale o particolare. La discussione circa l'integrazione delle giurisprudenze riguarda il primo, il secondo restando circoscritto all'ambito degli ordinamenti costituzionali nazionali. Il confine tra l'uno e l'altro campo, però, non è fisso e il confronto comparatistico potrà estendersi facilmente anche ad altri settori (economia, partecipazione politica e amministrativa, difesa dell'ambiente) in cui si facciano valere diritti fondamentali che le giurisprudenze costituzionali, anche alla stregua di convenzioni, dichiarazioni e documenti di matrice internazionale, definiscano in rapporto alla persona umana come tale.

(*Pro e contra*) I critici della tendenza a una “giustizia costituzionale cosmopolitica” – una *meretricious practice*, secondo l’espressione di Richard A. Posner, (*The Supreme Court, 2004 Term – A Political Court*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p. 99) – la sovraccaricano di ideologia, quando evocano un *flirt* con l’idea di un diritto naturale universale o con l’dea di una “incombente legge morale” e parlano di “avanguardismo morale”. Secondo la dottrina del diritto naturale – si ragiona così – esistono principi di diritto che devono informare i diritti positivi; essendo universali, li si deve riscontrare nel proprio come negli altrui ordinamenti. Il consenso, così, sarebbe un attestato di legittimità e fondatezza delle singole decisioni. L’avanguardismo morale, poi, si nutrirebbe dell’idea di progresso giuridico che, a partire dalle divisioni, tenderebbe all’unificazione delle società nel nome dei diritti umani.

In realtà, non c’è alcun bisogno di arrivare a tanto. Anzi, questa esagerazione ideologica sembra fatta apposta per suscitare opposizioni. Basta un atteggiamento di modestia nei confronti delle altrui esperienze, rispetto ai nostri medesimi problemi. Basta non credere di essere soli nel proprio cammino e non presumere, come invece fanno gli sciovinisti della costituzione, di essere i migliori. Il presupposto non è necessariamente il diritto naturale né l’illusione del progresso. Può essere la prudenza dell’empirista che vuole imparare, oltre che dai propri, anche dagli altrui successi ed errori. Basta riconoscere che le norme della Costituzione, per esempio in tema di dignità e uguaglianza di ogni essere umano e di diritti fondamentali, aspirano all’universalità, e che la loro interpretazione, già a prima vista, non è l’interpretazione di un contratto, o di un provvedimento amministrativo, e nemmeno di una legge, scaturita da volontà politiche contingenti. L’interpretazione costituzionale è un atto di adesione o di rottura rispetto a tradizioni storico-culturali comprensive, di cui le singole Costituzioni sono parti.

Il rilievo per le giurisprudenze nazionali della giurisprudenza straniera o sopranazionale non presuppone dunque affatto l’esistenza di una preponderante dimensione di diritto sovra-costituzionale. Stiamo parlando non di un cavallo di Troia per affermare la dittatura universalistica dei diritti, ma di uno strumento per intendere le nostre proprie costituzioni nazionali, attraverso il quadro di sfondo che dà loro un preciso significato in un determinato momento storico (*dissent* dei giudici Breyer e Stevens in *Jay Printz v. United States* [1977]). I cittadini di un ordinamento non sono chiamati a subire “inclinazioni, entusiasmi o mode straniere” (come detto invece nell’*opinion* del giudice Scalia in *Lawrence v. Texas* [2003]). Il fine è principalmente di diritto interno. E’ come

ricorrere, per risolvere un problema difficile, a “un amico ricco di esperienza”, che fa pensare meglio, risveglia energie potenziali latenti, allarga le prospettive e arricchisce le argomentazioni, portando alla luce punti di vista forse altrimenti ignorati: “il diritto comparato mi serve come uno specchio: mi consente di osservarmi e comprendermi meglio” (parole inedite di Aharon Barak, *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia*, Fulbright Convention del 29 gennaio 2006).

La circolazione delle giurisprudenze non compromette dunque l'identità della propria. La comunicazione di esperienze è sempre filtrata perché presuppone *standard* minimi di omogeneità e giudizi di congruità su testi e contesti giurisprudenziali. Questi giudizi sono delle Corti nazionali. Non si determina alcuna diminuzione della loro funzione sovrana.

Ripensiamo però all'immagine dello specchio. Essa ci parla di rifrazioni in uno spazio in cui ciascuno può guardare se stesso attraverso l'altro. Ci dice che la comunicabilità delle giurisprudenze coincide con la partecipazione a un rapporto paritario ed esclude pregiudiziali complessi costituzionali di superiorità (oggi, degli Stati Uniti d'America rispetto a Zimbabwe; domani – chi può sapere – dello Zimbabwe rispetto agli Stati Uniti d'America).

L'incomunicabilità, al contrario, equivale alla rottura della cerchia ideale di interpreti costituzionali da cui abbiamo preso lo spunto. Le Corti di giustizia costituzionale hanno, per così dire, radici che affondano in condizioni politico-costituzionali nazionali ma hanno la testa rivolta a principi di portata universale. Chiudersi in se stessi significa una cosa soltanto: predisporre a politiche costituzionali e dei diritti umani funzionali ai soli esclusivi interessi nazionali.

* * *

(*Giurisprudenza creativa?*) L'impermeabilità delle giurisprudenze è difesa anche con argomenti che coinvolgono la legittimità della giustizia costituzionale, la separazione dei poteri e la natura dell'interpretazione della Costituzione.

La comunicazione tra giurisprudenze presuppone l'esistenza, nell'interpretazione, di una margine di elasticità, cioè di discrezionalità. In mancanza, l'intero discorso che precede sarebbe campato per aria. Ammesso pure che vi siano buone ragioni a favore del dialogo tra le giurisprudenze, se le decisioni delle Corti fossero rigidamente vincolate al quadro interno e senza margini di apprezzamento, quelle buone ragioni cadrebbero su un terreno sterile.

La discussione, negli anni scorsi, è stata tenuta viva dal cosiddetto *originalismo*, la dottrina dell'interpretazione costituzionale vincolata al significato del testo, al momento della sua fattura (*testualismo*) o secondo l'intento dei fondatori (*intenzionalismo*). La bestia nera è la *costituzione vivente*, sensibile alle esigenze costituzionali del tempo che muta.

Gli argomenti contro la “costituzione vivente” sono incentrati sui pericoli della giurisprudenza creativa, resa possibile dall'interpretazione evolutiva. Staccarsi dalle origini – si dice - significa aumentare la discrezionalità; discrezionalità equivale a politicità; la politicità è incompatibile col carattere giudiziario della giustizia costituzionale e offende la separazione dei poteri a danno del legislativo; l'offesa alla separazione dei poteri, a sua volta, mina la legittimità della giustizia costituzionale. Non solo per mantenere la separazione dei poteri; non solo per preservare il carattere giudiziario della giustizia costituzionale ma anche per salvaguardarne la ragione di legittimità, occorre respingere la dottrina della Costituzione vivente, ancorché si sia imposta con la forza del fatto nella pratica delle Corti.

La questione, non nuova, anzi antica, è di quelle determinanti sotto molti aspetti. Per qualche tempo, può restare quiescente e si può ritenere che la giustizia costituzionale abbia messo radici e abbia trovato un suo posto definitivo nell'architettura costituzionale odierna dello Stato democratico. Non è così. La sua natura accentuatamente sovrastrutturale, espressione di esigenze che si distaccano dall'immediato sentire popolare e dall'interpretazione che ne danno gli organi politici, espone sempre le Corti a contestazione circa la legittimità delle loro pronunce, della loro composizione e, in caso di acuto contrasto, perfino della loro esistenza.

Ma si possono combattere i pretesi eccessi discrezionali cristallizzando nel tempo l'interpretazione della Costituzione? No, non si può. La discrezionalità è un dato insormontabile. La riprova è nei progetti di riforma che, come quello discusso in questi anni in Italia, mirano a ridefinire il ruolo della Corte basandosi su questa logica: siamo contro la discrezionalità ma, siccome non la si può eliminare, che almeno la si orienti secondo le aspettative politiche, modificando a questo fine i suoi equilibri interni. In tal modo, però, si rafforza il difetto, colpendo la giustizia costituzionale nel suo punto essenziale, l'autonomia dalla politica. Così possiamo vedere che l'alternativa realistica non è tra costituzione fissa o cristallizzata e costituzione vivente, ma tra Corti autonome e Corti allineate.

(*Costituzione vivente*) La costituzione vivente è l'esperienza quotidiana delle Corti. Nella pratica, posizioni originaliste vengono in effetti sostenute (ad esempio, col richiamo ai "lavori preparatori"), ma ciò è solo una retorica argomentativa tra le altre, per sostenere questa o quella interpretazione della Costituzione, conformemente all'aspettativa non del mondo che fu, ma del mondo di oggi, secondo la visione dell'interprete. Qui non interessa la colorazione politico-giudiziaria. Di regola, la costituzione vivente piace più a chi lavora per l'estensione dei diritti e meno a chi opera in direzione opposta, e il contrario vale per la costituzione originaria. Ma sono affermazioni relative. I tempi possono cambiare e la re-interpretazione può essere invocata per limitare diritti, e viceversa il significato originario può essere utile a chi resiste al tentativo di limitazione (si pensi all'atteggiamento delle Corti verso le legislazioni anti-terrorismo). Insomma, la direzione non è affatto assicurata (A. Dershowitz, *Rights from Wrongs*, Torino, Codice ed., 2005, pp. XIX e 221 ss.). Non è questa, dunque, questione di politica giudiziaria e, meno ancora, di destra o di sinistra. E' un tema di teoria dell'interpretazione e della Costituzione.

In Europa, l'idea del "significato originario" suona come un'ingenuità, da quando Giustiniano, senza successo, intese proteggere il suo Codice da giudici e giuristi. Ed è paradossale che l'interpretazione pietrificata sia stata rimessa in onore proprio in un Paese di *common law*, dove ai diritti si attribuisce un fondamento naturale autonomo, come gli Stati Uniti (M. Rosenfeld, *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts*, in I.CON, 2004, pp. 656 ss.). Come può la scienza costituzionale, scienza normativa della società, ridursi a una storiografia delle intenzioni o a una filologia storica dei testi costituzionali?

Innanzitutto, c'è e c'è sempre una e una sola intenzione (se già fossero due, l'impalcatura cadrebbe)? E, se esistesse, come la si potrebbe ricostruire? Le parole che usiamo, o che i nostri predecessori hanno usato, possiedono un significato e uno solo? L'idea di risalire all'indietro nel tempo per stabilire significati certi, dei propositi degli uomini e delle loro parole, non farebbe altro che spostare indietro nel tempo i nostri dubbi e i nostri *attuali* contrasti, attribuendoli non a noi ma ai nostri predecessori. Non favorirebbe affatto la stabilità e la certezza del diritto.

D'altro canto, un carattere non accidentale delle Costituzioni è la sua natura di principio. I principi sono norme per loro natura aperte agli sviluppi del futuro. Se la Costituzione italiana (art. 27, c. 3) vieta le pene contrarie al "senso di umanità"; se la Costituzione statunitense (VIII emendamento) vieta le pene "inusuali e crudeli", e non sono state proibite, analiticamente, la fustigazione, la

tortura, la gogna, ecc., è perché era nell'intenzione dei costituenti che quelle formule vivessero nel futuro. I principi contengono "concetti" (umanità, dignità, uguaglianza, libertà, ecc.) che (secondo la distinzione di R. Dworkin) vivono attraverso le loro "concezioni", mutevoli nel tempo. Onde, si può fondatamente dire che la "costituzione vivente", cioè l'apertura all'evoluzione della cultura giuridica, è, per l'appunto, ciò che rientra nell'intenzione dei padri costituenti, quando si esprimono per mezzo di norme di principio. "In generale, ci sono formule costituzionali che traggono il loro significato direttamente dai valori che emergono dalla civiltà di una società. La concezione della dignità umana che va evolvendo non è certamente né del tutto isolata né in tutto e per tutto direttamente collegata con i valori prevalenti in altri paesi" (così l'*opinion* dissenziente del giudice O'Connor in *Roper v. Simmons*).

La propensione al futuro è l'essenza della costituzione e la natura particolare delle sue norme ne sono testimonianza. Chi, in nome delle origini, cioè della fedeltà a una "costituzione inerte", ritiene che ogni nuova esigenza costituzionale debba manifestarsi non attraverso rinnovate risposte ai nuovi interrogativi, ma solo attraverso emendamenti, affinché così si garantiscano separazione dei poteri e certezza del diritto, disconosce sia la funzione della giurisprudenza sia l'importanza della durata nella vita costituzionale. Disconosce cioè la funzione della costituzione.

Una costituzione che sopravvive con incessanti modificazioni viene degradata a legge ordinaria e la materia costituzionale si confonde con la lotta politica quotidiana. "The earth belongs to the living", affermava Thomas Jefferson e la Rivoluzione francese ha proclamato che "une génération n'a pas le droit d'assujettir à ses lois les générations futures, et toute hérédité dans les fonctions constitutionnelles est absurde et tyrannique". Si volevano costituzioni dalla vita breve - 34 anni, secondo Jefferson; 20 per i rivoluzionari in Francia - onde permettere a ogni generazione di "ricostituzionalizzarsi" a strappi, a colpi di tamburo, se non di cannone. Le cose non sono andate così. La costituzione non si cambia come una legge qualsiasi, né decade a scadenza fissa. Tra la generazione costituente e quelle successive si istituisce un rapporto come quello tra padri (i "padri fondatori") e figli successori. A ogni generazione di eredi spetta di "migliorare e perpetuare", non di buttare al vento, il legato, il lascito ricevuto (v. *Federalist*, nn. 14 e 49; E. Sieyès, *Opinion sur le Jurie constitutionnaire*, Paris, 1795). La legge della vita buona delle costituzioni è lo sviluppo nella continuità. Lo strumento normale è la giurisprudenza; l'emendamento è uno strumento eccezionale.

Lo scopo di giurisprudenza ed emendamento è concorrente. Le linee di mutuo rispetto sono elastiche, in conseguenza della discrezionalità che, in diversa misura, muovono l'una e l'altro.

Perciò possono entrare in collisione e dove le procedure di emendamento, con le quali il legislatore potrebbe contenere l'espansione della discrezionalità giudiziaria, sono particolarmente gravose, il rischio che corrono le Corti è di diventare una fonte di diritto incontrollata e di essere così rigettate dalla comunità in cui operano (M. Rosenfeld, *Constitutional Adjudication*, cit., pp. 652 ss.).

* * *

(*Giustizia costituzionale e democrazia*) Siamo ancora una volta, tanto per cambiare, in tema di giustizia e politica; poiché poi i poteri politici, oggi, si richiamano alla democrazia, possiamo dire di essere in tema di giustizia costituzionale e democrazia: un tema di intensità variabile, a seconda dei diversi contesti storici e giuridici, che i giudici costituzionali avvertono quotidianamente, nel loro lavoro, come cruciale nell'equilibrio poteri. Essi ben sanno che l'accusa di agire come legislatori, cioè politicamente, invece che come giudici, è la più grave che possa essere rivolta contro di loro. Molto si è detto ma sempre si ritorna al punto di partenza.

Si è pensato che la chiave di un chiarimento possa trovarsi nella distinzione ragione-passione. Le Corti sarebbero – meglio: dovrebbero essere - “aristocrazie del sapere”, chiamate ad arginare la tendenza della democrazia a degenerare in demagogia ed a fissare “un punto fermo per il razionale sviluppo della società attuale, una ‘isola della ragione’ nel caos delle opinioni (F. Modugno, *L'invalidità della legge*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, p. XI; anche H. M. Hart, Jr., *The Supreme Court, 1958 Term — Foreword: The Time Chart of the Justices*, in *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959-1960, pp. 84 ss.). Si è detto anche che le Corti sarebbero “avanguardie morali”, qualche cosa di simile a “Mosé secolari”, la cui vocazione è trarre il popolo dal deserto e condurlo alla terra promessa della vita costituzionale (A. M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term — Foreword: The Passive Virtues*, in *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961-1962, pp. 41 ss.). Ascoltando proposizioni come queste, i giudici costituzionali si ritraggono perplessi, fiutando forse un certo sarcasmo. Essi sanno bene quanta passione, non inferiore a quella di una delibera parlamentare, entra nelle loro discussioni e non sono così sprovvisti da disprezzare quanto di razionalità e moralità c'è nelle procedure parlamentari. Ma, soprattutto, si rendono conto che questa legittimazione per eccellenza, una legittimazione teologica (T. Arnold, *Professor Hart's Theology*, in *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959-1960, pp. 1298 ss.), travolgerebbe ogni distinzione. Le Corti, si è detto con ironia, potrebbero aspirare ad essere dei super-legislatori semplicemente perché “sono super” (R. A. Posner, *The Supreme Court, 2004 Term — A Political Court*, cit., p. 60). A parte tutto, questo modo

di pensare non è quello della distinzione dei poteri, ma quello dell'indistinzione e della prepotenza dell'uno sull'altro.

Una prospettiva in certo senso opposta è quella della giustizia costituzionale come funzione “modesta”, non “aggressiva”, che riconosce una sorta di primato al legislatore democratico, quale interprete autentico delle concezioni etiche e politiche della comunità e insiste sul necessario *self-restraint* delle Corti e sulla necessaria etica delle conseguenze. Quando sono in gioco apprezzamenti discrezionali, oltre i principi e le convinzioni, devono considerarsi con pragmatismo anche la qualità degli effetti sociali, economici e politici delle decisioni. Vi sono materie in cui la sensibilità sociale è sovraeccitata e le conseguenze potrebbero contraddire le intenzioni. Ad esempio, una Corte che, in nome della pace religiosa, imponesse indiscriminatamente in ogni luogo pubblico la rimozione di qualsiasi simbolo religioso potrebbe innescare reazioni e conflitti locali: onde, un'intenzione pacificatrice si trasformerebbe in fomite di intolleranza. In ogni caso, l'invocazione alla modestia si traduce in un'indicazione di questo genere alle Corti: per essere accettate in democrazia, soprattutto nei casi altamente controversi, cercate di fare avvertire la vostra presenza il meno possibile. Ciò delinea una posizione gregaria e non contribuisce minimamente all'esigenza di dare alla giustizia costituzionale un suo proprio e autonomo fondamento rispetto alla politica. Forse, si deve cambiare orizzonte di riferimento.

* * *

(Una *funzione repubblicana*) La Costituzione italiana definisce l'Italia una *repubblica democratica*. Molti Paesi tra quelli qui rappresentati hanno Costituzioni che contengono la medesima espressione. La giustizia costituzionale è una funzione della repubblica, non della democrazia. Le Corti sono ospiti sgraditi in casa d'altri, la democrazia; sono padrone di casa in casa propria, la repubblica.

Secondo la concezione sette-ottocentesca, repubblica indica una forma di governo opposta alla monarchia. Secondo la concezione originaria, invece, essa ha un significato più profondo e comprensivo. Riferiamoci alla definizione classica. Nel *Somnum Scipionis* (M.T. Cicerone, *De Repubblica*, I, XXV) leggiamo: «La Repubblica – disse l'Africano – è ciò che appartiene al popolo. Ma non è popolo qualsiasi moltitudine di uomini riuniti in un modo qualunque, bensì una società organizzata fondata sulla base del legittimo consenso e sull'utilità comune (*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis comunione sociatus*)». *Res populi, iuris consensus, utilitatis communio*: tre espressioni su cui si sono versati fiumi di inchiostro. Un punto chiaro è che la *res populi* è la *res*

totius populi. E, se è cosa di tutto il popolo, non può essere di nessuna parte, nemmeno della maggioranza. Inoltre, la *utilitatis communio* implica una certa spersonalizzazione delle cose politiche. Lo spirito repubblicano, nel senso originario, si oppone a ogni visione personale del potere ed è indipendente dal tipo di governo. Vi può essere repubblica quando il governo (il *consilium*) appartiene a un re, a un gruppo di ottimati, a tutti i cittadini (*ivi*, XXVI). Ciò che importa è che il potere non sia esercitato nell'interesse particolare di chi ne dispone. Onde non è strano che un regime monarchico possa dirsi repubblicano (ad es. J. Althusius, *Politica methodice digesta* [1614], IX, 1-3), quando il monarca, a differenza del despota, opera per il popolo tutto intero. Repubblica è un termine di genere che indica una concezione della vita collettiva; la democrazia è una specificazione che riguarda la concezione del governo.

Questo modo d'intendere la *res publica* è coerente, anzi forse coincide, con l'idea di *politéia*, espressione che, come la prima, non si presta a una traduzione precisa in una sola parola, comprensiva di tutti i suoi significati. Per quel che qui interessa, equivale a *costituzione* secondo la definizione che, molti secoli dopo, è data dal giudice Robert Jackson della Corte Suprema americana, nel famoso caso del *compulsory flag salute* (*West Virginia Board of Education v. Barnette* [1943]): «L'autentico proposito di una [costituzione] ... è di sottrarre certe materie alle vicende delle controversie politiche, collocarle fuori portata di maggioranze e funzionari, sancirle come principi legali da applicarsi da parte delle Corti. Il diritto di chiunque alla vita, alla libertà, alla proprietà, alla libertà di parola, la libera stampa, la libertà di culto e di riunione e gli altri diritti fondamentali *non possono essere sottoposti al voto; non dipendono dall'esito di alcuna votazione*».

Fissato questo principio: la giustizia costituzionale è funzione della repubblica, non della democrazia, dovrebbe aprirsi la strada per una netta distinzione di principio rispetto alla legislazione, funzione della democrazia. La legislazione è funzione di ciò su cui “si vota”, mentre la giustizia costituzionale è funzione di ciò su cui “non si vota”, perché è *res publica*.

Si dirà: eppure, anche sulla Costituzione si vota. Anzi: sono proprio i giudici costituzionali che, per difendere ciò su cui non si vota, decidono votando. C'è in questo un paradosso, anzi una contraddizione. La difesa di ciò che è comune può essere lasciato, in ultima istanza, al voto di una maggioranza che schiaccia una minoranza? Questa contraddizione è avvertita dai giudici costituzionali tutte le volte in cui una decisione propriamente costituzionale – una decisione, intendo dire, in cui è in gioco non l'applicazione di una norma costituzionale ma la determinazione del suo contenuto. In questi casi, è naturale cercare la soluzione più condivisa. L'unanimità sarebbe

l'optimum. Se non la si raggiunge, si lavora almeno per il massimo consenso possibile. Il ricorso al voto di maggioranza è solo l'estremo rimedio a un difetto: l'incapacità di creare consenso sui propri argomenti e l'indisponibilità a farsi convincere da quelli altrui. Le decisioni 5 a 4 o, nella nostra Corte costituzionale, 8 a 7 lasciano sempre un senso di insoddisfazione, come di fronte a un dovere non adempiuto fino in fondo. Con questo tipo di decisioni le Corti costituzionali si espongono alla critica politica, cioè di avere agito arbitrariamente come piccoli parlamenti, dove il conflitto maggioranza-opposizione è fisiologico. Nelle Corti deve valere lo spirito deliberativo; nei Parlamenti può prevalere lo spirito di parte. Ammettiamo: non sempre tra di noi l'atteggiamento deliberativo riesce ad affermarsi sulla volontà e si cede alla voluttà di imporre una volontà. Ma quando ciò accade, è una sconfitta per la giustizia costituzionale, un *vulnus* alla sua legittimità.

L'atteggiamento deliberativo non elimina affatto la discrezionalità del giudicare in diritto costituzionale. Ma ne cambia la natura e il fine: la discrezionalità come espressione della volontà che si impone, propria degli organi politici, è cosa diversa dalla discrezionalità "repubblicana", finalizzata al consenso sulla costituzione. E ciò costituisce il dato che distingue i due ambiti.

* * *

(*Terra e territorio: res publica universalis?*) La fondazione repubblicana della giustizia costituzionale ci riconduce alla questione di partenza: la mutua rilevanza delle giurisprudenze costituzionali.

Il mondo giuridico odierno, in molti campi, va affrancandosi vistosamente dal territorio, lo spazio circondato da confini cui il diritto pubblico occidentale ha per secoli assegnato il compito di specificare le collettività umane, i loro governi e i loro sistemi giuridici. Questo elemento costitutivo dello Stato ha rappresentato per secoli la dimensione in cui i fatti sociali assumevano senso e valore e, di conseguenza, la dimensione delle loro ripercussioni giuridiche e costituzionali. Ciò che accadeva fuori o era indifferente o, se non lo era, interveniva il diritto internazionale. Esso superava i confini ma, essendo la sua matrice pur sempre statale-territoriale, nel superarli, ne ribadiva il valore di presupposto. La *res publica* stava in queste frontiere. Oggi non è più così. Le dimensioni si sono allargate. La terra appartiene ai viventi o, forse, i viventi appartengono alla terra: terra, comunque non più ai territori.

La sovranità di un tempo è cambiata in interdipendenza o dipendenza. Il controllo di molti fattori condizionanti la nostra esistenza non dipende più da noi. Atti ed evenienze di natura politica, economica, tecnologica in altre parti del mondo condizionano direttamente il patrimonio dei beni costituzionali nazionali. Eppure, essi sono sottoposti alla giustizia costituzionale del Paese dove si verificano. D'altro lato, i nostri principi costituzionali, nell'essenziale, hanno portata universale: la dignità, l'uguaglianza e i diritti umani, la pace, la giustizia ecc. La loro violazione rileva, innanzitutto da un punto di vista morale, in qualunque luogo della terra essa avvenga. Eppure, essa cade sotto la giurisdizione delle Corti nazionali. C'è un'evidente incongruenza di proporzioni.

E' naturale, quando i beni costituzionali diventano interdipendenti e indivisibili, che le giustizie costituzionali di ogni livello aspirino a integrarsi, se non in una forma istituzionale sopranazionale cosmopolitica, che non è alle viste e forse non lo sarà mai, almeno in contesti deliberativi comunicanti. L'interazione non potrà non portare, prima o poi, a una certa convergenza di risultati.

L'apertura delle giurisprudenze a reciproci intrecci non è dunque moda, pretesa da professori, arbitrio rispetto alle rispettive costituzioni nazionali. E' un'esigenza radicata nella vocazione odierna della giustizia costituzionale. E' parte del processo a molte facce di "universalizzazione del diritto", un fenomeno caratteristico del nostro tempo giuridico (S. Cassese, *Universalità del diritto*, Un. Suor Orsola Benincasa, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005). La piccola domanda iniziale, se sia lecito alle Corti citare giurisprudenze altrui, mostra così le sue non piccole implicazioni.

Signor Presidente della Repubblica, noi non possiamo tuttavia tacere le difficoltà. Tutte le volte in cui si scontrano contrapposizioni radicali e le questioni costituzionali si trasformano in conflitto di civiltà o *Kulturkampf* (M. Rosenfeld, *Constitutional Adjudication*, cit., p. 664, rammentando l'*opinion* di A. Scalia in *Romer v. Evans* [1996]) la giustizia costituzionale, invece che aprirsi e prendere campo, si rattrappisce in se stessa.

E' stata notata, di fronte alle contrapposizioni, la propensione delle Corti alla "terza opzione", per non appiattirsi su nessuna delle due posizioni in campo. Ciò non rappresenta l'opportunistic tentativo di camminare sul filo del rasoio per non scontentare nessuno; è invece la via, non priva di giustificazione, per mantenere aperti i collegamenti tra le parti, spianare le asprezze e preservare aperto e fertile il terreno del confronto, ciò che, alla fin fine, rappresenta il compito integrativo essenziale di ogni costituzione pluralista. Ma in contesti di grandi tensioni politiche e culturali che non lasciano altra possibilità che schierarsi con l'una o con l'altra parte, il potere delle Corti di

certificare legittimità e illegittimità in ultima istanza, rischia essa stessa di diventare fattore di altre tensioni e di ulteriore divisione. Perciò, il dualismo radicale delle posizioni, che in certi momenti pare minacciarci, è nemico della Costituzione e della giustizia costituzionale; amico è il pluralismo degli equilibri dinamici, il quale si nutre di moderazione, riconoscimento, rispetto e dialogo reciproco: garantire i quali costituisce il compito più profondo dei Tribunali costituzionali di qualunque parte del mondo. Questo è lo spirito della giustizia costituzionale e dei suoi giudici. E questa è anche la ragione per la quale non è vuota retorica considerarli membri di quella ideale società repubblicana alla quale allude la dedica che ho ricordato, iniziando queste considerazioni.