

PIER PAOLO PORTINARO, *Politica e giurisdizione costituzionale : riflessioni in margine a un dibattito tedesco*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento» (ISSN: 0392-0011), 31 (2005), pp. 397-415.

Url: <https://heyjoe.fbk.eu/index.php/anisig>

Questo articolo è stato digitalizzato dal progetto ASTRA - *Archivio della storiografia trentina*, grazie al finanziamento della Fondazione Caritro (Bando Archivi 2021). ASTRA è un progetto della Biblioteca Fondazione Bruno Kessler, in collaborazione con Accademia Roveretana degli Agiati, Fondazione Museo storico del Trentino, FBK-Istituto Storico Italo-Germanico, Museo Storico Italiano della Guerra (Rovereto), e Società di Studi Trentini di Scienze Storiche. ASTRA rende disponibili le versioni elettroniche delle maggiori riviste storiche del Trentino, all'interno del portale [HeyJoe](#) - *History, Religion and Philosophy Journals Online Access*.

This article has been digitised within the project ASTRA - *Archivio della storiografia trentina* through the generous support of Fondazione Caritro (Bando Archivi 2021). ASTRA is a Bruno Kessler Foundation Library project, run jointly with Accademia Roveretana degli Agiati, Fondazione Museo storico del Trentino, FBK-Italian-German Historical Institute, the Italian War History Museum (Rovereto), and Società di Studi Trentini di Scienze Storiche. ASTRA aims to make the most important journals of (and on) the Trentino area available in a free-to-access online space on the [HeyJoe](#) - *History, Religion and Philosophy Journals Online Access* platform.

Nota copyright

Tutto il materiale contenuto nel sito [HeyJoe](#), compreso il presente PDF, è rilasciato sotto licenza [Creative Commons](#) Attribuzione–Non commerciale–Non opere derivate 4.0 Internazionale. Pertanto è possibile liberamente scaricare, stampare, fotocopiare e distribuire questo articolo e gli altri presenti nel sito, purché si attribuisca in maniera corretta la paternità dell’opera, non la si utilizzi per fini commerciali e non la si trasformi o modifichi.

Copyright notice

All materials on the [HeyJoe](#) website, including the present PDF file, are made available under a [Creative Commons](#) Attribution–NonCommercial–NoDerivatives 4.0 International License. You are free to download, print, copy, and share this file and any other on this website, as long as you give appropriate credit. You may not use this material for commercial purposes. If you remix, transform, or build upon the material, you may not distribute the modified material.



Politica e giurisdizione costituzionale

Riflessioni in margine a un dibattito tedesco

di Pier Paolo Portinaro

Abstract – The Bonn Republic was the most advanced – and overall best – instance of a constitutional democracy after World War II. Thus, both the high level of the theoretical debate on the role of the constitutional courts in a democracy and the high level of acceptance and of legitimacy, which the *Bundesverfassungsgericht* enjoys in the German political system and has enjoyed, are comprehensible. The article thus reconstructs the discussion on constitutional justice between Weimar and Bonn, and points out how it articulated itself around two concepts of democracy – Schmitt's plebiscitary and Kelsen's pluralistic version –, which in turn presuppose opposite concepts of politics such as domination and integration. The courts exercise a particular power, that of interpretation (*Deutungsmacht*), which in the context of democratic-pluralistic constitutions has taken on special importance. However, the jeopardizing of the classic division of powers and the reconstruction of the dualism between *gubernaculum* and *iurisdictio* in the contemporary constitutional systems and especially in the supranational organizations – such as the European Union –, raises questions about the risks of a growing politicization of the courts, who assume a surrogate function with respect to a sovereignty, which seems to have dissolved.

I.

È ormai opinione largamente condivisa – mi era accaduto di doverlo rilevare in un convegno svoltosi presso questo Istituto nell'ormai lontano 1995¹ –, che il secolo XX si sia chiuso, e il XXI si sia aperto, con una trasformazione dell'equilibrio dei poteri a vantaggio del potere giudiziario, con la sua internazionalizzazione (attraverso la nascita di tribunali internazionali di diversa competenza, da ultimo in particolare le Corti penali internazionali), con un peso crescente della giustizia nella vita collettiva e con la diffusa e crescente preoccupazione per il venir meno di quella classica divisione dei poteri che, a giudizio di molti, starebbe producendo una profonda e

¹ Cfr. P. PORTINARO, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, in G. GOZZI (ed), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna 1997, pp. 401-436, rispetto al quale il presente contributo costituisce un'ideale prosecuzione del discorso.

irreversibile alterazione dello Stato di diritto². L'epoca in cui Montesquieu poteva concepire il potere giudiziario come un «pouvoir en quelque façon nulle», intendendo con questo anche la non valenza politica di questo potere, o l'epoca in cui Hegel confinava nel momento della società civile l'amministrazione della giustizia, sono ormai molto lontane dall'orizzonte entro il quale ci muoviamo. Già Tocqueville, analizzando non la monarchia costituzionale di ceppo continentale europeo ma la democrazia repubblicana in terra d'America, riconosceva un ruolo politico immanente al potere giudiziario in regime di democrazia.

È un fatto che il repertorio delle decisioni che i sistemi politici di società complesse delegano a corti o a istituzioni paragiudiziarie sia venuto negli ultimi decenni progressivamente crescendo: acquisita la consapevolezza che tali società non possono essere governate razionalmente in modo burocratico e gerarchico, ma nemmeno possono affidarsi interamente a meccanismi di autoregolazione spontanea, gli organi giudiziari vengono a occupare lo snodo nevralgico in un paesaggio sociale caratterizzato da contrastanti (ma compresenti) tendenze alla giuridificazione e alla *deregulation*, alla regolamentazione e alla deistituzionalizzazione. Il giudice assume sempre più i caratteri del «*factotum* istituzionale», la cui funzione non si limita a dirimere controversie ma tende a risolvere problemi che altri organi pubblici o altre istituzioni sociali non percepiscono nella loro gravità o non sono in grado di affrontare in modo soddisfacente. Il ricorso al giudice presenta d'altro canto, per il cittadino utente delle istituzioni, alcuni vantaggi comparativi rispetto alla domanda d'intervento rivolta ad altri poteri: il potere giudiziario è meno invasivo, più aperto, più diffuso e meno discrezionale di quanto non siano i poteri propriamente politici³.

Di questa trasformazione è un documento significativo il ruolo sempre più rilevante assunto dalle Corti costituzionali nella vita politica delle democrazie contemporanee. Esse possono infatti trovarsi a svolgere entro questi regimi sia il ruolo di suprema istanza giudiziaria sia la funzione di suprema istanza di controllo, non solo in senso formale, del potere legislativo e, per ciò stesso, dell'intero complesso dei poteri di governo. Sono ormai poche le

² Sulle trasformazioni dello Stato di diritto nella realtà e nella teoria contemporanea cfr. P. COSTA - D. ZOLO (edd), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2002. Sulla teoria classica della divisione dei poteri cfr. da ultimo C. MÖLLERS, *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Tübingen 2005; A. RIKLIN, *Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung*, Darmstadt 2006.

³ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna 1994; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo di virtù*, Roma - Bari 1998.

trattazioni dei sistemi politici che non riservino alle Corti una circostanziata attenzione proprio come *policy makers*, nell'ambito della politica sociale, fiscale, della cultura, della famiglia e via enumerando. D'altro canto, anche quando questi attori del sistema politico assumono la configurazione di un potere distinto dal giudiziario⁴, la logica in base alla quale sono chiamati a decidere è quella del *tertius super partes*, di un'istanza indipendente che decide, attraverso un procedimento contenzioso, sulla costituzionalità di atti del parlamento o anche del governo che siano stati impugnati.

Delle (parzialmente) nuove funzioni che la magistratura è venuta assumendo nel contesto di questo accrescimento delle sue competenze e di dinamismo espansivo, due coinvolgono direttamente anche la valenza politica delle decisioni delle Corti costituzionali. Si tratta da un lato del diffondersi di quella pratica che un sociologo attento alle dimensioni istituzionali e alle logiche della politica come Alessandro Pizzorno ha definito «controllo di correttezza politica» o «controllo di virtù», e che trova alimento in una cultura politica dominata dall'istanza liberale della moralità del diritto e dall'istanza repubblicana del bene comune, dall'altro dal proliferare di conflitti di responsabilità (entro uno scenario di irresponsabilità organizzata) che presentano una complessità che mal si presta a essere governata a colpi di maggioranze parlamentari. Comunque si voglia porre la questione, è l'eticizzazione della costituzione in virtù di una determinata concezione dei diritti fondamentali, e della funzione attuativa dei medesimi ad opera delle istituzioni, a far sì che il giudice assuma un ruolo sempre più rilevante nella compagine dei poteri di una democrazia costituzionale. Il giudice diventa custode di una costituzione in cui la *potestas coercitiva* del diritto scema a vantaggio della sua *potestas directiva*.

L'espandersi del potere giudiziario (a tutti i livelli, dagli ambiti amministrativi alla giustizia costituzionale) nei sistemi contemporanei ha infatti le sue radici anche in una condizione in cui è mutata l'economia della sofferenza umana, nel senso che questa sempre più spesso appare conseguenza della civilizzazione, soprattutto dell'impatto delle grandi tecnologie (la dimensione della tecnopolitica). Complessivamente aumentano i danni collettivi, provo-

⁴ Qui è bene ricordare quanto già Kelsen osservava contro coloro che rifiutavano l'affidamento della garanzia della costituzione a un tribunale indipendente. Cfr. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, p. 239: «Sulla opportunità di un tale istituto si può certamente discutere e nessuno affermerà che sia una garanzia del tutto efficace in ogni circostanza. Ma, da qualunque punto di vista il problema politico-giuridico di un tribunale costituzionale venga dibattuto e quali che siano i suoi *pro* e i suoi *contra*, un punto è affatto privo d'importanza, se cioè quest'organo sia un 'tribunale' e la sua funzione veramente 'giurisdizionale' (*Justiz*)».

cati da una quantità indeterminata di azioni di una quantità indeterminata di soggetti, rispetto ai quali sempre più forte affiora la domanda d'individuazione della responsabilità individuale e collettiva. Anche l'incertezza scientifica nelle decisioni giudiziarie che hanno per oggetto responsabilità in processi sociali complessi non fa a sua volta che favorire l'aumento delle controversie che esigono una composizione giudiziaria.

Anche la riflessione filosofica di tipo normativo sulla politica è stata sensibilmente influenzata, nel corso degli ultimi decenni, dall'attività delle Corti costituzionali – e basterebbe il riferimento a grandi sintesi teoriche come quelle di John Rawls o di Jürgen Habermas a dimostrarlo⁵. Il dibattito sulla nozione di «ragione pubblica» e sulle modalità della sua istituzionalizzazione, conseguentemente anche quello sulla nozione di «democrazia deliberativa», si è sviluppato in larga misura proprio a partire dai problemi posti dal controllo del processo di formazione della volontà politica operato dalle Corti. Compito di queste, infatti, è di esercitare il controllo della legittimità costituzionale, adottando il criterio della razionalità, che impone la verifica della coerenza del sistema normativo, e il criterio della ragionevolezza, che impone la verifica della «congruità della soluzione normativa alle caratteristiche di senso e di valore del caso disciplinato, congruità valutata non liberamente ma alla stregua dei principi costituzionali»⁶.

Sulla base di questa evoluzione è venuto sviluppandosi nel corso degli ultimi decenni un dibattito assai ampio sul ruolo delle Corti costituzionali⁷. Una porzione crescente di questo dibattito, che riguarda naturalmente e in primo luogo questioni specifiche di diritto costituzionale, è riservata proprio alla funzione politica delle Corti costituzionali: sempre più di frequente ci si interroga sul modo di fare politica delle Corti, sul condizionamento che le loro decisioni esercitano sulla politica dei governi democratici (sia sotto il profilo sostantivo dei contenuti, sia sotto quello della legittimità), sul fatto che il loro intervento nei settori più delicati della vita politica possa o meno essere visto in funzione antidemocratica, talora anche sul

⁵ Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano 1994, e J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996. Ma anche O. HÖFFE, *Demokratie im globalen Zeitalter*, München 1999.

⁶ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino 2006, p. 85. Per la discussione dei concetti di razionalità e ragionevolezza si veda in particolare J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., pp. 198 ss.

⁷ Per limitarsi a qualche documento di un controverso dibattito: J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge MA 1980; M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton 1999.

concetto di «politico» (e alla nozione di Stato) sotteso alla loro giurisdizione⁸.

Ma come si debba esattamente determinare questa funzione politica, appare per lo più controverso. In un suo recente volumetto, Gustavo Zagrebelsky ha così sintetizzato l'apparente paradosso: «La funzione della Corte è politica, ma allo stesso tempo non appartiene alla politica; è essenziale al nostro modo d'intendere la democrazia, ma allo stesso tempo non viene dalla democrazia»⁹. Se ogni risoluzione che abbia come oggetto controversie di rilevanza collettiva acquista inevitabilmente una valenza politica, è indubbio che si debba parlare di funzione politica di ogni organo chiamato a decidere controversie di quella portata; ma è altrettanto indubbio che la composizione, le procedure e l'*ethos* di un tribunale costituzionale siano definiti in modo tale da garantire il massimo d'indipendenza e imparzialità, sottraendolo all'ambito della competizione tra parti che concorrono per l'acquisizione del potere¹⁰. Il problema richiede pertanto, se non altro al fine di una sua più precisa definizione, un supplemento d'indagine.

II.

Fin dall'antichità la costituzione è stata considerata il luogo della coniugazione di diritto e potere, quindi di diritto e politica. Se la funzione politica della costituzione è quella di porre limiti giuridici all'esercizio del potere, per scongiurare il rischio di abuso e discrezionalità, ogni organo a cui sia attribuita la funzione di custode della costituzione è naturalmente portato a svolgere una funzione politica, nella misura in cui è chiamato a garantire

⁸ Cfr. J. ALSHUT, *Der Staat in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 1999; R.C. VAN OUYEN, *Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 2005 e, dello stesso autore, *Politik und Verfassung. Beiträge zu einer politikwissenschaftlichen Verfassungslehre*, Wiesbaden 2006.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., pp. 3 e 39: «La Corte costituzionale è dentro la politica, anzi ne è uno dei fattori decisivi, se per politica si intende l'attività finalizzata alla convivenza. La Corte è non-politica, se per politica si intende competizione tra parti per l'assunzione e la gestione del potere». Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in «Quaderni costituzionali», 2, 2005, pp. 273 ss.

¹⁰ Già H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 242, osservava in polemica con Carl Schmitt: «Se si individua il 'politico' nella risoluzione dei conflitti d'interesse, nella decisione (*Dezision*) ... in ogni sentenza giudiziaria è presente, in varia misura, un elemento decisivo, una dose di esercizio del potere. Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare».

che quei limiti non vengano oltrepassati. La posizione di cerniera, tra diritto e politica, condanna la nozione di costituzione a una certa ambivalenza, del resto ben documentata dalla ricerca etimologica e dalla storia del concetto¹¹. Ed è pertanto inevitabile che questa ambivalenza finisca per riflettersi anche sull'attività delle Corti costituzionali.

La questione delle funzioni politiche delle Corti costituzionali presenta intanto tutta l'ambiguità che è immanente al concetto di politica. Nella storia del pensiero vi è complementarità tra due concezioni, in base alle quali la politica viene intesa come 'sopraffazione' oppure come 'integrazione'. La sopraffazione (*Überwältigung*) ha a che fare con la dimensione della conflittualità nel senso schmittiano (contrapposizione tra nemici) ma anche con l'imposizione di un ordine attraverso assoggettamento. L'integrazione è invece il prodotto di un progetto di composizione sociale e politica. «Integration bedeutet grundsätzlich die Herstellung einer Einheit in der Vielheit»¹². Dalla compresenza di queste prospettive scaturisce quella che è considerata la funzione primaria del sistema politico, la funzione di *Steuerung*. Anche sul terreno costituzionale, la concezione conflittualistica, che privilegia la sopravvivenza del gruppo o l'affermazione della sua identità, può avere diritto di cittadinanza, qualora si guardi al processo di fondazione di un ordine politico calandolo nella trama conflittuale del contesto storico; la concezione che assume invece il punto di vista della giusta e ordinata convivenza degli individui e vede nella politica soprattutto ordine, neutralizzazione dei conflitti e integrazione di valori e progetti, per cui la costituzione è integrazione della società mediante norme e processi

¹¹ Sulla nozione greca di *politeia* come forma di governo, P. COLOMBO, *Governo*, Bologna 2003, p. 22: «Le due idee di 'governo' e di 'costituzione' giocano a lungo a sovrapporsi tra loro nel lessico della politica occidentale, poiché entrambe rinviano, almeno fino all'illuminismo e alle rivoluzioni costituzionali di fine Settecento, a quello che gli anglosassoni chiamano *frame of government*, cioè all'impianto fondamentale delle norme ed istituzioni che regolano una comunità».

¹² G. GÖHLER, *Der Zusammenhang von Institution, Macht und Repräsentation*, in *Institution – Macht – Repräsentation. Wofür politische Institutionen stehen und wie sie wirken*, Baden-Baden 1997, p. 55: «Im technischen Sinn wird die Einheit, soweit erforderlich, durch Koordination und Organisation der Handlungsabläufe hergestellt; die Beteiligten agieren nach denselben Regeln und unterliegen den für sie gemeinsam verbindlichen Entscheidungen. Integration erfolgt zugleich durch *Orientierung*. Sie findet statt, wenn die Bürger ihr Handeln, soweit es andere und die Gemeinschaft betrifft, an einem gemeinsamen Wertfundus ausrichten. Die Ausrichtung auf gemeinsam geteilte Wertvorstellungen und politische Ordnungsprinzipien benötigt einen *symbolischen* Ausdruck, so dass gewissermaßen Wegweiser aufgestellt sind, die sichtbar und erlebbar, über äusserliche Zwänge hinaus, eine Orientierung für gemeinsames Handeln anbieten und präsent halten».

simbolici, sfocia nello sforzo di edificare un assetto istituzionale che possa fungere da garanzia per tutti.

Può essere interessante rilevare come questa distinzione tra le due prospettive sulla politica fosse già ben presente nella cultura greca, dove il concetto di costituzione in senso normativo è ad esempio attestato proprio in quel dialogo platonico, i *Nomoi*, che si apre con una celebre discussione tra Clinia cretese e il Forestiero ateniese sulla funzione o finalità della *politeia*. All'argomentazione di Clinia, che si interroga sul senso della costituzione adottando la prospettiva dello «stratega» (la *politeia* è pensata in vista della guerra), il Forestiero ribatte assumendo, per riprendere un'altra metafora dello stesso Platone, il punto di vista del «tessitore», di chi lavora alla ricomposizione di un tessuto sociale lacerato dalla discordia. Vero politico sarebbe, secondo questo modo di vedere, «il giudice che presa a curare una famiglia discorde, senza mettere a morte nessuno, ne riconciliasse i membri e, dando loro leggi, riuscisse per l'avvenire a far sì che costoro vivessero in una reciproca durevole amicizia» (*Nomoi*, 626a-628a). Val la pena sottolineare come sia intrinseca a questa nozione di politica l'idea di una posizione imparziale e di un'autorità giudicante, ben diversa da quella di un potere o potenza prevaricante, che è immanente invece all'altra prospettiva¹³.

La deliberazione di una corte è ben esemplificata dalla metafora del tessitore: quando le questioni sono così delicate che si corre il rischio di far apparire la costituzione la posta in gioco del conflitto politico, si fa il possibile – è ancora Gustavo Zagrebelsky ad osservarlo – «per deliberare senza che sia necessario ricorrere al voto o per renderlo una semplice formalità»¹⁴. Si può votare sulle leggi, accettando i rischi impliciti nella formazione di maggioranze risicate, provvisorie, opportunistiche, non sui diritti fondamentali e sui principi di giustizia¹⁵. La logica dell'integrazione esige che si corregga quel residuo del «principio di sopraffazione» che è inerente alla natura politica della democrazia e che si esprime nel principio di maggioranza, che impone alla minoranza di sottomettersi alle decisioni della maggioranza, rovesciando così, come ben aveva messo in luce Kelsen,

¹³ Cfr. per una nitida elaborazione concettuale di questa contrapposizione M. BOVERO, *Etica e politica tra machiavellismo e kantismo*, in «Teoria politica» 5, 1988, 2, pp. 55-56.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., p. 42.

¹⁵ *Ibidem*, p. 22: la costituzione «è ciò su cui non si vota; o meglio, in riferimento alle costituzioni democratiche, è ciò su cui non si vota più, perché si è già votato una volta per tutte, all'inizio».

in eteronomia quell'ideale di autonomia che costituisce la primaria fonte di legittimità della forma democratica¹⁶.

Ad ogni buon conto, la prima funzione politica delle Corti costituzionali ha a che vedere con la promozione del processo d'integrazione che solo una costituzione 'vivente', perennemente raccordata alle esigenze che maturano con le trasformazioni della società, può realizzare. «In mancanza, verrebbe meno la disponibilità della minoranza ad accettare come legittime le decisioni della maggioranza. Si determinerebbe un conflitto che, nel caso estremo, si risolverebbe fuori della democrazia: o con il rovesciamento del governo o con il soffocamento della minoranza». Se la costituzione è «garanzia di un minimo comun denominatore di omogeneità politica», il che a sua volta è «condizione indispensabile per governare senza conflitti distruttivi»¹⁷, l'operato di una Corte costituzionale sta nel garantire la funzionalità di quella garanzia.

In un'accezione eminentemente polemica, si tende poi a parlare di politicità della Corte nel senso di decisione partigiana, al servizio di una parte (ed è spesso accaduto, a torto e a ragione, nei dibattiti italiani nel corso degli ultimi dieci anni). Politico è qui sinonimo di partitico. Giustamente si ritiene che «l'accusa più pesante, infamante e delegittimante che può rivolgersi a una Corte costituzionale, come in genere a ogni soggetto chiamato a svolgere compiti neutrali di garanzia nell'interesse di tutti, è di agire o avere agito politicamente»¹⁸. Di qui la «tendenza psicologica dei giudici costituzionali alla 'terza opzione', nei dispositivi e nelle motivazioni delle decisioni costituzionali», cioè a preferire, soprattutto sui temi politicamente più controversi, le soluzioni che non coincidano con le tesi dell'una o dell'altra parte¹⁹. La prova del carattere politico della decisione viene ravvisata talora nelle divisioni dei giudici, talaltra nella loro sospetta concordia, quasi che essi operassero come una sorta di organizzazione che agisce nel segreto per sottrarre il potere al popolo. Ogni controversia politica, insegna Kelsen, «può essere decisa come controversia giuridica e la ragione per cui talora

¹⁶ È interessante notare che la stessa logica che in materia di decisioni giudiziarie porta a preferire il principio dell'unanimità suggerisce conclusioni opposte sul terreno della politica. In riferimento al processo d'integrazione europea si è di recente sostenuto: «L'unanimità è la regola della divisione. La maggioranza è la regola dell'unione» (T. PADOA SCHIOPPA, *Europa una pazienza attiva. Malinconia e riscatto del Vecchio Continente*, Milano 2006, p. 119).

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., p. 27.

¹⁸ *Ibidem*, p. 35.

¹⁹ *Ibidem*, p. 61.

si sostiene che essa non possa essere decisa da un tribunale è perché una o entrambe le parti non vogliono deferirla a un'istanza obiettiva²⁰. E non vogliono deferirla o perché non credono nell'indipendenza e obiettività di quell'organo o perché non credono nell'efficacia di quel genere di risoluzione delle controversie.

Parallelamente alla contrapposizione tra i due concetti di politica ora illustrati, la storia del pensiero ci tramanda anche due concetti di potere, due poli di uno spettro di modi d'intendere il potere, per cui si è parlato di concezione «transitiva» e «intransitiva» del potere²¹. Anche questa distinzione, correlata alla precedente, presenta un certo rilievo per la concettualizzazione della funzione politica delle Corti. C'è un potere di sopraffazione e un potere d'integrazione: *Ueberwältigungsmacht* e *Integrationsmacht*. La prima nozione (transitiva) corrisponde nella sostanza alla definizione weberiana del potere, per la quale *Macht* implica sempre *Willensdurchsetzung*, se necessario con ricorso alla violenza. Ad una concezione intransitiva del potere si può ricondurre l'antitetica definizione di Arendt, per la quale *Macht* è il «*Miteinander-Reden-und-Handeln der Menschen*», dunque qualche cosa che ha a che fare con una fondamentale disposizione comunitaria («*kein menschliches Vermögen zur Gemeinschaft*»)²². Un'ulteriore specificazione di questa dicotomia, di decisiva rilevanza per l'analisi dei rapporti tra sfera politica e giurisdizione, è la distinzione, maturata proprio fra gli studiosi che si occupano di Corti costituzionali, di *Durchsetzungsmacht* e *Deutungsmacht* (una distinzione nella quale peraltro riecheggia la classica coppia *potestas* e *auctoritas*)²³.

È noto che l'evoluzione costituzionale delle democrazie occidentali (più sul continente europeo che negli Stati Uniti o nei paesi del Commonwealth) è andata in direzione di una sintesi tra la costituzione-garanzia, intesa cioè come suprema forma di tutela dei diritti e delle sfere individuali di libertà, e la costituzione-indirizzo, come documento che contiene la definizione dell'«indirizzo fondamentale da seguire per la realizzazione dei valori

²⁰ H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 243.

²¹ G. Göhler, *Der Zusammenhang von Institution, Macht und Repräsentation*, cit., pp. 38 ss.

²² Giustamente Göhler (*ibidem*, p. 39), osserva a questo proposito che «in diesen Auffassungen um *unterschiedlichen Dimensionen von Macht* geht, nämlich um unterschiedliche Formen von Machtbeziehungen, die nicht auf einen Grundbegriff zu reduzieren, wohl aber als zueinander *komplementär* zu entfalten sind».

²³ H. Vorländer (ed), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden 2005.

costituzionali»²⁴. Ora va considerato che proprio il passaggio dalla costituzione-garanzia alla costituzione-indirizzo è un presupposto della dilatazione del potere interpretativo delle Corti costituzionali e, più in generale, della dinamica di politicizzazione del potere giudiziario. Certo, si è fatto notare, di «indirizzo di politica giudiziaria» si può parlare in riferimento alle Corti solo in senso retrospettivo, come «bilancio *a posteriori* di un operato che si presti a essere ricondotto a coerenza, alla stregua di qualche parametro interpretativo, pur non ubbidendo a disegni predeterminati», e si è insistito sul fatto che di indirizzo qui non si parla «nel senso dell'indirizzo politico di un governo o di una maggioranza parlamentare»²⁵. La Corte non persegue un programma, risultato dell'articolazione e della razionalizzazione di una volontà politica. La Corte costituzionale non è un'istituzione della volontà, ma del giudizio, come già osservava Hannah Arendt in riferimento alla Corte Suprema degli Stati Uniti. Ma proprio questo implica uno sviluppo in senso paternalistico della *Deutungsmacht* di una siffatta istituzione e l'ineliminabile latenza di un conflitto con il principio della democrazia.

III.

Ho già fatto finora frequente riferimento a concettualizzazioni che sono maturate all'interno della tradizione scientifica tedesca. Ma è ben noto che, proprio in riferimento alla questione che siamo convenuti qui a discutere, la dottrina è particolarmente debitrice nei confronti del dibattito che si è sviluppato intorno al modello di democrazia costituzionale delineato dal *Grundgesetz* del 1949. Quello della repubblica di Bonn è stato l'esperimento più avanzato – e nel complesso meglio riuscito – di democrazia costituzionale che il dopoguerra abbia conosciuto. Su questa base è ben comprensibile sia l'alto livello del dibattito teorico sul ruolo delle Corti costituzionali in democrazia sia l'alto grado di accettazione e di legittimità di cui ha goduto e gode – come mostra Hans Vorländer nel contributo contenuto in questo volume – il *Bundesverfassungsgericht* nel sistema politico tedesco.

A monte di quell'esperimento – è altrettanto noto – si colloca poi un dibattito di grande rilevanza teorica, che si era svolto negli anni conclusivi dello – questo sì, sfortunato – esperimento costituzionale di Weimar, e

²⁴ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino 1991, p. 142.

²⁵ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., pp. 80-81.

che aveva avuto come protagonisti Hans Kelsen e Carl Schmitt²⁶. Da un lato abbiamo il modello di una giurisdizione costituzionale a competenza centralizzata di Kelsen, che è concepito come «un mezzo di protezione efficace della minoranza contro gli abusi della maggioranza»²⁷. La critica di Schmitt alla giurisdizione costituzionale, dall'altro, è condotta nel nome dell'argomento che «con la conformità giurisdizionale e giudiziaria la difesa della costituzione è limitata alle fattispecie passate e già concluse», mentre «i casi veramente interessanti della difesa della costituzione rimangono fuori dell'ambito giurisdizionale»²⁸; sullo sfondo sta però il rifiuto della concezione pluralistica e federalistica kelseniana.

La disputa non avrebbe condotto a un'intesa nemmeno fra gli autori della generazione successiva (e permane fino a oggi), proprio perché alla base stanno due opposte concezioni della democrazia, pluralistica in Kelsen, plebiscitaria in Schmitt: l'una ha preso congedo dall'idea di un potere costituente del popolo sovrano, di cui teme il rischio di una strumentalizzazione plebiscitaria, l'altra riafferma invece proprio questa idea, che postula la sostanziale omogeneità del popolo, come antidoto alla degenerazione pluralistica e policentrica della costituzione²⁹. Era in virtù di questa differente concezione della democrazia sottesa alle loro argomentazioni che i due autori potevano approdare a opposte conclusioni, e cioè il primo che la giurisdizione costituzionale non contraddicesse affatto il principio democratico, il secondo che ne costituisse invece una radicale negazione³⁰.

²⁶ Cfr. C. FRICKE, *Zur Kritik an der Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit im verfassungsstaatlichen Deutschland. Geschichte und Gegenwart*, Frankfurt a.M. 1995; B. GUGGENBERGER - T. WÜRTEMBERGER (edd), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden 1998; R.C. VAN OUYEN, *Politik und Verfassung*, cit.

²⁷ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 202.

²⁸ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano 1981, p. 48.

²⁹ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna 1999, p. 157: «... la costituzione democratica di Kelsen rifiuta proprio il potere costituente del popolo sovrano. Nell'idea stessa di una costituzione fatta da un 'potere' è infatti contenuto il pericolo che quella costituzione possa avere un 'padrone', qualcuno che in nome di quel 'potere', e dunque dello stesso popolo sovrano, possa pretendere di occupare l'intero spazio costituzionale, e dunque d'imporsi, essenzialmente come maggioranza politica, a tutte le forze operanti nella società e nelle istituzioni».

³⁰ Sulle implicazioni della concezione pluralistica della democrazia si veda ancora M. FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., pp. 154-55: «La presenza di questo tribunale, dotato esplicitamente del potere di dichiarare invalide le leggi contrarie alla costituzione, non contraddice affatto il principio democratico, poiché questo non è più incorporato, come nella tradizione risalente alla rivoluzione, nella assemblea dei rappresentanti del popolo. La legge non è più inattaccabile, perché non contiene più, per il tramite della rappresentanza, la 'volontà gene-

È poi significativo che alla dottrina dell'integrazione di Rudolf Smend si sia ispirata la giurisprudenza costituzionale a partire dalla formazione della Corte nel 1951. Il teorico dell'integrazione ha abbandonato negli anni del secondo dopoguerra le sue antiche riserve verso la giurisdizione costituzionale per sviluppare la propria dottrina in direzione di quella costruttiva composizione di diritti individuali e doveri sociali che ha nell'interpretazione delle norme fondamentali la sua più equilibrata garanzia. In una riformulazione del 1956, pur nel permanere di un'impostazione fondamentalmente olistica, che enfatizza l'unità della costituzione, egli riconosce esplicitamente «carenze» e «unilateralità» nella sua «dottrina dell'integrazione», in particolare l'eccessiva preoccupazione (in polemica con il decisionismo schmittiano) per l'unificazione di norma e fatto³¹. Grazie a questo riorientamento normativistico della dottrina dell'integrazione, Smend finisce per diventare, come è stato ricordato da un suo allievo, una sorta di «Hausgott für das Bundesverfassungsgericht»³².

Ma è Konrad Hesse, nella sua prolusione di Friburgo dal programmatico titolo *Die normative Kraft der Verfassung* (1959), a ridefinire, in termini che sarebbero diventati canonici per la scuola, il rapporto tra fatticità e normatività come misura delle potenzialità e dei limiti di una costituzione giuridica. Prendendo le mosse da Lassalle, Hesse ribadisce il primato della costituzione materiale su quella formale, ma per affermare non tanto la collisione bensì la correlazione e la possibile composizione dei due momenti e per argomentare come la forza normativa della costituzione non poggi semplicemente su un prudente adattamento alla realtà ma promani dalla «volontà di costituzione» (*Wille zur Verfassung*), attraverso la quale si traduce in agire la credenza nella legittimità di un ordine normativo³³. Con i

rale', la 'volontà' dello stesso popolo sovrano. La legge vale ora in quanto, e solo in quanto, realizza in sé l'ideale democratico della pacifica convivenza tra la pluralità delle forze e degli interessi concretamente operanti». Per la contrapposizione dei due modelli, kelseniano e schmittiano, si veda da ultimo R.C. VAN OYEN, *Politik und Verfassung*, cit., pp. 208-220.

³¹ R. SMEND, *Dottrina dell'integrazione*, in R. SMEND, *Costituzione* cit., p. 277: «In tal modo viene a mancare la tensione tra entrambi e quindi la specificità del diritto».

³² W. HENNIS, *Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Zugänge zum verfassungsproblem nach 50 Jahren unter dem Grundgesetz*, in K. VORLÄNDER (ed), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden 2002, p. 269. Sulla «normativistische Umdeutung» della scuola smendiana cfr. K. GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen dezision und Integration 1949-1970*, München 2004, p. 244. Cfr. H. VORLÄNDER, *Verfassung und Konsens. Der Streit um die Verfassung in der Grundlagen- und Grundgesetz-Diskussion der Bundesrepublik Deutschland. Untersuchungen zu Konsensfunktion und Konsenschance der Verfassung der pluralistischen und sozialstaatlichen Demokratie*, Berlin 1981.

³³ K. HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen 1959, in particolare pp. 12 ss.

suoi toni moderati, che parlano il linguaggio dell'etica della responsabilità, Hesse si fa interprete e promotore, con questo scritto, dell'ideologia di graduale sottomissione degli interessi alle norme che avrebbe accompagnato il processo di attuazione del *Grundgesetz* fino agli anni dell'unificazione. All'interno di questo processo avrebbe comunque continuato a operare, attraverso diverse mediazioni, quella che comunque resta l'idea di fondo della concezione kelseniana della democrazia costituzionale: l'idea cioè che all'interno di una costituzione pluralistica, volta a promuovere il compromesso tra gli interessi e le visioni del mondo, non si può dare 'custode' della costituzione. A coerente coronamento di questo sviluppo si dà la teoria, formulata da Peter Häberle, della costituzione come «comunità aperta degli interpreti»³⁴.

Ma la posizione schmittiana ha manifestato una singolare resistenza nella cultura costituzionale tedesca e a partire di lì continua a esercitare la sua influenza sul dibattito internazionale. Da un lato si rileva la «politicizzazione della giurisprudenza costituzionale» in relazione al fatto che alla Corte «sono riconosciute competenze non solo di controllo di costituzionalità ma anche di iniziativa attiva per l'attuazione della costituzione, intesa come «ordinamento oggettivo di valori»³⁵. Il trapasso da una concezione della costituzione-garanzia a una concezione della costituzione-indirizzo o «direttiva» (Böckenförde parla di «dirigierende Verfassung») è alla base di questa evoluzione. Ma dall'altro lato si constata la «giustizializzazione della politica», in quanto anche l'iniziativa legislativa e le scelte politiche risultano condizionate dalla considerazione delle possibili posizioni e reazioni della Corte³⁶. In caso di conflitto sulle norme l'ultima parola spetta alla Corte, che si rivela come il vero potere sovrano, mentre la politica finisce per ridursi a escrescenza del diritto costituzionale e coincidere con l'«interpretazione sempre più estensiva della legge costituzionale».

³⁴ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin 1998.

³⁵ G.E. RUSCONI, *Quale «democrazia costituzionale»? La Corte federale nella politica tedesca e il problema della costituzione europea*, in «Rivista italiana di scienza politica», 27, 1997, p. 279.

³⁶ Cfr. J. IPSEN, *Richterrecht und Verfassung*, Berlin 1975; F. MÜLLER, *Richterrecht*, Berlin 1986; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M. 1991, p. 191 e, dello stesso autore, *Verfassungsgerichtsbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M. 1999, pp. 157 ss.

Possiamo qui richiamare come paradigmatica proprio la posizione di Böckenförde, costituzionalista di scuola schmittiana e autorevole giudice della Corte di Karlsruhe, per il quale il passaggio dallo Stato legislativo classico a uno Stato sottoposto alla tutela della giurisdizione costituzionale mette a repentaglio la separazione del potere giudiziario dal potere legislativo e quindi tanto il nocciolo liberale quanto la sostanza democratica dello Stato di diritto. La giustizia costituzionale, questa è l'accusa, mostra di preoccuparsi più della garanzia dei diritti e del principio dello Stato sociale che del principio democratico. Si afferma una tendenza verso lo «Stato giurisdizionale dei giudici costituzionali», che comporta un ampliamento della discrezionalità giudiziaria, in quanto la Corte è diventata un forte organo politico (non partitico), un areopago della costituzione; la porzione di sovranità che tiene tra le mani in virtù della sua competenza per la decisione ultima e vincolante, si amplia.

Contro questi rischi vi è chi, come Otfried Höffe, si appella al *judicial self-restraint*, a un'etica dell'autocontrollo giudiziario³⁷. Chi ricorre a questo argomento mostra però di sottovalutare quanto già in anni lontani Luhmann aveva evidenziato, come cioè «il diritto sia divenuto troppo complesso e l'organizzazione delle professioni sia divenuta troppo differenziata perché all'unità della formazione e dell'orientamento professionale possa essere ancora conferita una sostanziale importanza pratica». Più rilevante è il riconoscimento dell'apertura pluralistica dell'interpretazione costituzionale contro il suo sacrale arroccamento entro un organo espertocratico: la prassi tedesca dell'opinione dissenziente sembra essere, da questo punto di vista, per un verso l'indicatore di una maggiore ricettività al pluralismo delle interpretazioni della costituzione presente nella società, per l'altro un fattore di promozione proprio di quel pluralismo e di una cultura costituzionale autenticamente repubblicana.

L'idea habermasiana della Corte costituzionale come «custode della democrazia deliberativa» e quella rawlsiana della stessa come «paradigma della ragione pubblica» si alimentano di un'analogia diffidenza nei confronti di possibili involuzioni paternalistiche della giustizia costituzionale, nella convinzione che i discorsi giuridici possano sviluppare strategie interpretative capaci di favorire nel circuito decisionale il momento dell'argomentazione ma «non possono *sostituirsi* ai discorsi politici che servono alla fondazione delle norme e dei programmi e devono sempre presupporre l'inclusione di tutti gli interessati». È un fatto che l'esistenza delle Corti

³⁷ O. HÖFFE, *Wieviel Politik ist dem Verfassungsgericht erlaubt?*, in «Der Staat», 38, 1999, pp. 182 ss.

costituzionali ha finito per incidere profondamente sulla concezione del diritto delle democrazie occidentali e ha favorito, anche nei paesi a sistema accentrato di controllo di costituzionalità, una sorta di controllo diffuso incoraggiando i giudici a fare uso dei propri poteri interpretativi (quella che in termine tecnico si chiama «interpretazione adeguatrice» della disposizione di legge). Ma la costituzione – osserva Rawls – «non è quello che di essa dice la Corte; è ciò che le consentono di dire su essa coloro che agiscono costituzionalmente negli altri rami del governo». Contro la tesi dell'interpretazione autentica, che tradisce una concezione dell'*auctoritas* poco compatibile con il pluralismo di una società altamente differenziata, militano dunque rilevanti ragioni.

Il dibattito attuale resta ancora connotato da una notevole polarizzazione. Dopo esser stato a lungo diffamato da giuristi che si richiamavano alle tesi di Schmitt, il *Bundesverfassungsgericht* si trova oggi accusato, sulla base di sentenze sul diritto d'asilo o sui partiti, di essere portatore di una concezione schmittiana della politica³⁸. In una recente monografia sulla Corte costituzionale federale e sulle sue decisioni in materia di riunificazione, l'autore perviene per contro a una conclusione che non lascia dubbi: l'idea che le Corti costituzionali possano trasformarsi in una sorta di anti-governo capace di ribaltare i risultati del processo democratico è frutto di esagerazione e deformazione polemica³⁹. Dietro i fronti di questa ormai classica contrapposizione si intravedono del resto già piuttosto chiaramente le linee di una nuova offensiva, che contro l'ipergiuridicismo delle vecchie dottrine costituzionalistiche fa valere l'argomento dell'ineffettualità di una interpretazione e difesa centralistica della costituzione. Per i teorici postmoderni del diritto – e a questa categoria appartengono i sociologi d'estrazione sistemica –, che affermano che «ogni programma di giustizia è condannato al fallimento», per cui – «nel rifiutarci la consolazione à la Derrida di una giustizia 'a-venire' – dovremo prendere atto del suo essere impossibile in linea di principio»⁴⁰, le Corti costituzionali mantengono in vita illusorie rappresentazioni di istituzionalizzazione della giustizia.

³⁸ R.C. VAN OOYEN, *Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts*, cit.

³⁹ K.J. GRIGOLEIT, *Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage. Eine dogmatische und historische Untersuchung zum judikativen Anteil an der Staatsleitung*, Tübingen 2004, p. 367: «Die Vorstellung, das BVG könnte sich zu einer Art 'Gegenregierung' aufschwingen, also gegen eine Mehrheit im politischen Prozess über die Zukunft des Gemeinwesens gestaltend mitbestimmten, erwies sich insoweit als unbegründet».

⁴⁰ G. TEUBNER, *La matrice anonima. Quando «privati» attori transnazionali violano i diritti dell'uomo*, in «Rivista critica del diritto privato», 26, 2006, 1, p. 36.

IV.

Ho già detto in apertura che sono ormai in molti ad avvertire la trasformazione profonda che investe gli assetti costituzionali delle democrazie occidentali e che trova espressione in un sempre più marcato dualismo istituzionale: da un lato la confusione di poteri e di funzioni legislative ed esecutive che rende appunto legittimo l'impiego di un termine come *gubernaculum* per designare il loro complesso, dall'altra l'espansione del potere giudiziario e di organi che operano secondo procedure riconducibili al modello della terzietà arbitrale e giudiziaria, espansione che è legata alla crescita delle generali aspettative di giustizia, all'istituzione, in gran parte delle democrazie parlamentari europee, del controllo di costituzionalità delle leggi da parte di uno speciale organo giurisdizionale privo di diretta legittimità democratica, all'accresciuta tendenza degli organi legislativi e amministrativi a delegare a quelli giurisdizionali decisioni delicate (che non si è in grado di affrontare a livello parlamentare)⁴¹. In particolare, l'esigenza di tutela dei diritti dei cittadini nei confronti delle grandi organizzazioni e il conseguente allargamento dell'accesso dei cittadini alla giustizia per risolvere controversie che tradizionalmente venivano risolte da autorità sociali o amministrative porta ad attribuire un ruolo crescente al potere giudiziario, finendo per alterare l'assetto dei poteri stabilito dalle costituzioni democratiche ispirate ai modelli della Rivoluzione francese.

Anche la dogmatica del diritto pubblico è ormai approdata a trarre le dovute conseguenze da questa trasformazione. Il passo è stato di recente compiuto nella fondamentale monografia di Arnim von Bogdandy, *Gubernative Rechtssetzung* (2000), che prende le mosse dal diritto pubblico tedesco per sviluppare una convincente prospettiva comparativa europea. In questo lavoro si teorizza in modo rigoroso l'«egemonia» del momento governativo nel processo politico di una democrazia pluralistica in una società altamente differenziata e frammentata. Tale egemonia va ravvisata nel fatto che il governo è l'organo statuale che dà l'avvio alle procedure di produzione del diritto, mobilita le risorse, dirige attraverso il negoziato gli altri attori istituzionali e sociali coinvolti⁴². Ciò che preme all'autore non è teorizzare il trapasso dallo Stato democratico allo Stato burocratico e tec-

⁴¹ Il dualismo di *gubernaculum* e *iurisdiction* è ripreso da un'opera classica di C. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990.

⁴² A. VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtssetzung. Eine Neubestimmung der Rechtssetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Tübingen 2000, pp. 59 ss., 489 ss. Per la distinzione tra *Executive* e *Gubernative* e un *excursus* concettuale pp. 107 ss.

nocratico nel senso delle teorizzazioni sullo Stato totale degli anni Venti e Trenta, quanto sostenere che il consolidamento della posizione egemonica del momento governamentale, l'estensione delle sue competenze, la parziale autonomizzazione rispetto al parlamento e la valorizzazione del capo dell'esecutivo rispondono all'esigenza realistica di preservare la costituzione democratica, la sua efficienza e responsabilità, in un ambiente sociale sempre più difficile e competitivo⁴³. La produzione del diritto a livello sistemico si lascia meglio comprendere se al posto dei capisaldi tradizionali della dottrina dello Stato legislativo e della democrazia parlamentare si riconosce che la configurazione politica dell'ordinamento giuridico va compresa non a partire dal parlamento ma dal governo, salvo restando il carattere pluralistico e cooperativo dei processi di produzione del diritto e la stretta connessione fra sfera dei diritti fondamentali e organizzazione giuridica dello Stato⁴⁴.

Questo sviluppo dualistico evidenzia una vistosa asimmetria. Il *gubernaculum* è il luogo dell'effettività ordinamentale, per natura, o se si preferisce, storicamente, refrattario alla costituzionalizzazione: di conseguenza è il luogo in cui si sono innescati, entro i sistemi contemporanei, i più vistosi processi di decostituzionalizzazione, che qualitativamente si misurano sia attraverso lo svuotamento delle garanzie previste dalla costituzione formale sia, in modo ancor più plastico, attraverso la crescita di una costituzione materiale fatta di «criptopoteri», «poteri selvaggi», «poteri impliciti», «poteri corporati»⁴⁵. La *iurisdictio* è invece il garante della visibilità del potere e della trasparenza costituzionale, che si contrappone a quelle dinamiche di coalizione e di collusione dei poteri, alla ripatrimonializzazione del potere,

⁴³ *Ibidem*, p. 491: «Es ist eine Konzeption der Demokratie, die das Prinzip parlamentarischer Repräsentativität, angesichts extremer sozialer Differenzierung ohnehin ein unerreichbares Ideal, ab-, gubernative Verantwortlichkeit hingegen aufwertet».

⁴⁴ *Ibidem*, p. 490: «(1) Die politische Gestaltung der Rechtsordnung ist nicht vom Organ Parlament, sondern vom Organ Regierung aus zu begreifen, d.h. nicht das Parlament, sondern die Regierung ist in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz das zentrale Organ der politisch initiierten Rechtsänderung. (2) Das Recht der Rechtssetzung ist nicht in der Dichotomie Gesetz-Verordnung zu konzipieren, sondern als ein System unterschiedlich aufwendiger und potentiell aufeinander arbeitsteilig bezogener Regime. (3) Rechtsetzung ist nicht allein als einseitiger Hoheitsakt, sondern auch als Ergebnis umfänglicher kooperativer Prozesse unter Einbeziehung einer Vielzahl von Beteiligten zu formulieren. (4) Grundrechte und Staatsorganisationsrecht bilden keine getrennten Normkomplexe, vielmehr leitet die Dogmatik der Grundrechte auch das Staatsorganisationsrecht an».

⁴⁵ Un'esemplare monografia su questo tema è H.-G. DEDERER, *Korporative Staatsgewalt. Integration privat organisierter Interessen in die Ausübung von Staatsfunktionen. Zugleich eine Rekonstruktion der Legitimationsdogmatik*, Tübingen 2004.

alla corruzione endemica come risultato della colonizzazione del pubblico a opera di interessi privati⁴⁶. Il ricompattamento del *gubernaculum* risponde a esigenze di massimizzazione dell'effettività ordinamentale nel senso che il sistema cerca di blindarsi proprio sotto il profilo dell'effettività; anche il dominio della *iurisdictio* è segnato da dinamiche evolutive che dovrebbero portare a un rafforzamento dell'effettività delle decisioni giudiziarie, anche se qui il bilancio è complessivamente più problematico, perché le istituzioni di garanzia sono, in misura maggiore di quelle di governo, tributarie della loro effettività all'ambiente che le ospita, cioè all'esterno. La differenza consiste nel fatto che il *gubernaculum* dispiega la sua effettività anche nella misura in cui transita da un modello pubblicistico a un modello privatistico – di tipo neopatrimoniale –, mentre le istituzioni di garanzia girano a vuoto, e letteralmente si svuotano di contenuto, senza una sfera pubblica che le alimenti.

Questa asimmetria, si noti bene, è un problema che cresce coll'espandersi del potere giudiziario e delle sue funzioni – spesso anche surrettiziamente di supplenza della politica –, perché questa espansione e il rinnovato dinamismo che ad esse si connette portano la *iurisdictio* in rotta di collisione con il *gubernaculum* – sotto il profilo del controllo di costituzionalità e sotto il profilo di quello che Pizzorno ha chiamato «controllo di virtù» (correttezza politica); generando una catena di conflitti che, almeno al di sopra di una certa soglia (che varia, per le peculiarità storiche, da sistema a sistema), cessa di produrre integrazione e genera invece dissociazione e ineffettività. Entro il classico modello triadico della divisione dei poteri, al potere giudiziario spettava naturalmente il ruolo del terzo politicamente neutrale (vuoi nella variante montesquieuiana del «pouvoir en quelque façon nulle» vuoi in quella hegeliana di un potere dislocato nella società civile con funzione di ricomposizione dei conflitti tra individui operanti a livello di sistema dei bisogni). Entro il nuovo modello dicotomico il potere giudiziario diventa inevitabilmente un attore conflittuale, politicizzandosi in qualità di rappresentante di una società civile che chiede non solo attenzione ai suoi interessi e ai suoi bisogni ma anche garanzia dei suoi diritti. La crisi di effettività del diritto nel mondo contemporaneo si misura dunque, proprio come la crisi di legittimità, su questi due poli: il rischio della crescente privatizzazione del *gubernaculum* da un lato e il rischio di crescente politicizzazione della *iurisdictio* dell'altro. Questo è in fondo il fulcro della crisi della democrazia costituzionale nell'età della globalizzazione.

⁴⁶ Anche su questo tema la monografia più accurata è quella di un autore tedesco: J. BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip. Grundgesetz und Europäische Union*, Tübingen 2004.

I rischi di una radicalizzazione di questi problemi, che a livello nazionale sono apparsi finora contenuti dalla ricerca di un equilibrio tra il principio democratico, fortemente riaffermato dalle costituzioni del dopoguerra, e l'idea dei limiti della politica, sancita attraverso il primato delle norme costituzionali e il conseguente controllo di costituzionalità a opera delle Corti, risultano oggi piuttosto evidenti se si sposta l'attenzione al quadro europeo, dove *gubernaculum* e *iurisdictio* si presentano oltretutto ripartiti in una pluralità di soggetti istituzionali (all'area del *gubernaculum* appartengono tanto il Consiglio europeo quanto la Commissione, all'ambito della *iurisdictio* tanto la Corte di giustizia europea quanto le diverse Corti costituzionali nazionali). Il conflitto tra le Corti, nazionali e sovranazionali, potrebbe configurarsi in futuro come elemento di ulteriore politicizzazione delle medesime. Indicatori di questo latente conflitto possono già essere rinvenuti nella storia recente. A partire almeno dalla sentenza della Corte di giustizia del 1986, che ha definito il Trattato delle Comunità Economiche Europee emendato dall'Atto Unico Europeo «la carta costituzionale fondamentale della Comunità», si è dovuto riconoscere che il suo «sistema operativo», l'ingranaggio istituzionale, «non è più disciplinato da principi di diritto pubblico internazionale ma da una struttura interstatale specifica definita da una carta e da principi costituzionali»⁴⁷. Ma la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* su Maastricht, con la definizione dell'Unione come *Staatenverbund* che non configura e non può configurare il passaggio a uno Stato federale europeo, va evidentemente in una direzione diversa. Se in futuro la risoluzione di un conflitto aperto sulla natura dell'Unione e sulle prerogative dei suoi organi dovesse essere delegata a una Corte, la politicizzazione della giurisdizione costituzionale conoscerebbe un'evoluzione ulteriore e arriverebbe probabilmente al suo punto di rottura.

⁴⁷ J.H.H. WEILER, *La costituzione dell'Europa*, Bologna 2003, p. 36.

