

## ***Divagazioni sul ruolo del giudice (e della Corte costituzionale), a proposito di due sentenze di Carlo Mezzanotte***

*“Si è detto che si tratta di denegata giustizia: ebbene, si denega la giustizia quando vi sia una norma dell'ordinamento che viene evocata. Ma qui non c'è nessuna norma, perché - come dice il diritto romano, che è molto inferiore al diritto dei giorni nostri, quasi inesistente - ubi lex voluit dixit, ubi non voluit non dixit”.* Questa non è la sventata affermazione in sede d'esame di uno studente disperato, ma la chiusura dell'intervento del sen. Cossiga – ex Presidente della Repubblica ed ex docente di diritto costituzionale. L'occasione era il dibattito al Senato sulla mozione Cossiga – Quagliariella che proponeva di sollevare conflitto di attribuzione contro la Corte di Cassazione e il Tribunale di Milano per le decisioni sul “caso Englaro”<sup>1</sup> – proposta, come è noto, entusiasticamente approvata da entrambi i rami del Parlamento. Essa apre uno squarcio preoccupante sulla “percezione” parlamentare del ruolo dei giudici che non ha mai risparmiato la stessa Corte costituzionale, ma anche sollecita anche qualche riflessione più generale.

Quando, con la sent. 361/1998, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di alcune norme del codice di procedura penale relativa alla disciplina della formazione della prova in dibattimento, i parlamentari hanno reagito con la presentazione di numerose iniziative legislative che mal celavano, o non celavano affatto, intenti punitivi, e dimostravano altresì la diffusa inconsapevolezza dei loro promotori rispetto alle logiche del sindacato di legittimità costituzionale, alla prassi e al ruolo esercitato dalla Corte in quarant'anni di attività. Si denunciava la dimensione “degenerativa” delle sentenze c.d. “manipolative”<sup>2</sup>, si proponeva (ancora Cossiga<sup>3</sup>) di “convalidare” per legge le sentenze additive della Corte che comportino aumento della spesa pubblica, o si approdava al semplice e risolutivo divieto per la Corte “di introdurre nuove norme o disposizioni”<sup>4</sup>. L'atteggiamento del corpo politico è di un evidente fastidio nei confronti del ruolo e dell'attività della Corte costituzionale (per non dire degli altri giudici) e rivela un non dissimulato intento repressivo: come sempre è Cossiga, nella già citata proposta, a renderlo esplicito, suggerendo al parlamento di adottare una norma costituzionale che

---

<sup>1</sup> Legislatura 16<sup>ª</sup> - Aula - Resoconto stenografico della seduta n. 055 del 01/08/2008.

<sup>2</sup> Proposta C- 6291 (Lucchese, Peretti, Baccini dell'UDC).

<sup>3</sup> S-1933

<sup>4</sup> S-3677 (Scopelliti, Forza Italia).

disponga la revoca dell'intera Corte "per grave violazione della Costituzione o grave eccesso di potere".

Non si possono prendere queste vicende come parte del folklore parlamentare, e non solo perché non c'è periodo in cui questo malumore (e questa ottusità) non riemerge. Senza mai arrivare a questi eccessi, bisogna riconoscere che in certi casi anche la dottrina, pur con toni ovviamente assai più sobri, ha accusato la Corte di aver ecceduto dalla sua funzione "interpretativa": e diversi commenti alle sentenze "Mezzanotte" sull'applicazione del Titolo V ne danno dimostrazione. D'altra parte, c'è un filo sottile ma resistente che lega queste pronunce, così tanto criticate dai commentatori, a quelle dei giudici civili nel "caso Englaro", che invece hanno scandalizzato i parlamentari: il filo è proprio il divieto di pronunciare il *non liquet*. I giudici – Corte inclusa – hanno il potere-dovere di decidere il caso, anche quando manchi il *casus legis*. Ben lungi da essere un eccesso di potere, questo è il significato della prescrizione dell'art. 12 delle "Preleggi", che non contiene affatto una metanorma sull'interpretazione giuridica, ma una norma sui poteri-doveri del giudice<sup>5</sup>; la quale non si esprime nel senso che crede il sen. Cossiga, ma tutto all'opposto, pone un obbligo a carico del giudice di risolvere sempre e comunque il "caso" in termini di *diritto*, anche se non sempre è possibile farlo nei termini della *legge* (che talvolta non c'è).

Se il senso garantista di questa norma lo si intuisce facilmente laddove il giudice ordinario si trovi ad affrontare la domanda della parte che rivendica la tutela dei propri diritti, essa mantiene il suo significato anche quando siano in gioco le attribuzioni degli organi e degli enti.

È evidentemente troppo riduttiva infatti la lettura "divisionista" della carta costituzionale, in cui si mantengono divise e separate (e riformabili indipendentemente l'una dall'altra) la prima e la seconda parte della Costituzione, quella sui "diritti" e quella sui "poteri". Lo stesso principio di sussidiarietà, a cui si ispira la riforma costituzionale del 2001, è dall'individuo e dai suoi diritti che prende le mosse: non sono i Comuni, le Province o le Regioni (nella sussidiarietà verticale), né l'equivoco mondo *non profit* (in quella orizzontale) i soggetti a favore dei quali il principio di sussidiarietà si spende, ma l'individuo, il suo diritto ad avere un'amministrazione "vicina", sollecita e controllabile, ed a vivere in uno Stato non invasivo, che non cerchi di penetrare per ogni pertugio della sua vita privata (sino a condizionare il tuo diritto di vivere e di morire o a contare il numero degli ovociti che produci). Ed invece, come denunciava Orsi Battaglini in un suo bellissimo saggio, l'"astratta e infeconda idea" di individuo resta ai margini del dibattito giuspubblicistico in genere, e in particolare di quello relativo alla sussidiarietà,

---

<sup>5</sup> Cfr. in questo senso G. GORLA, *I precedenti storici dell' art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.* 1969, V, 112 ss.

soppiantato dai rappresentanti degli enti locali o da famelici operatori privati che, nutrendosi dei soldi pubblici, sottraggono alla pubblica amministrazione settori sempre più vasti di attività e di servizi, accumulando potere lobbistico, oltre che forza economica.

Avere un'organizzazione dei poteri pubblici capace di affrontare i problemi irrisolti delle infrastrutture nazionali, varare piani di rilancio di comparti produttivi in crisi o proteggere la produzione nazionale nei mercati internazionali è una pretesa legittima dei cittadini, un loro diritto. Se le norme costituzionali di organizzazione non dettano il *casus legis*, e le riforme costituzionali guardano in su, verso astratti e confusi principi, anziché badare a preconstituire sedi e procedure di decisione, ciò basterebbe a giustificare che la Corte denegasse giustizia, si togliesse cioè dall'impiccio di dire se ciò che lo Stato (o la Regione) vuole fare è o meno legittimo rispetto al testo costituzionale? Oppure le imporrebbe di ragionare come talvolta i difensori delle Regioni mostrano di voler fare, cioè leggere il testo costituzionale con le opache lenti del sen. Cossiga? *"Ubi lex voluit dixit ecc."* porterebbe a concludere che "lavori pubblici", "grandi opere", "programmazione delle infrastrutture territoriali" e l'infinito elenco di possibili oggetti, attività, funzioni, competenze che non sono contenuti nei due asfittici e pasticciati elenchi del riformato art. 117 Cost. sarebbero da sussumere sotto la norma generale esclusiva dell'art. 117.4, cioè nella competenza regionale residuale.

Per fortuna la Corte costituzionale non ha denegato giustizia. Carlo Mezzanotte, assumendosi l'onere di motivare due *seminal decision*, non ha potuto attenersi al testo costituzionale, per il semplice fatto che questo non forniva il *casus legis*: ne poteva rivolgersi a più elevata autorità "per ottenere il sovrano oracolo", come prescriveva il reale dispaccio di Ferdinando IV, perché non c'è autorità più elevata della Corte stessa nell'interpretazione della Costituzione vigente. È perciò ricorso ad un ragionamento assai più complicato e rischioso, che impone di affrontare una motivazione tutta basata sulla "natura della cosa" e sui principi fondamentali. La "natura della cosa" non rinvia ad un'immagine astratta e ideale (il modello teorico di "forma di stato", per esempio), ma richiama piuttosto l'attenzione sulle esigenze concrete espresse dalla società, esigenze che non possono essere ignorate dall'interprete che non voglia abbracciare il più rigoroso formalismo. Che un sistema politico "a più livelli" debba avere forme di raccordo e momenti decisionali unitari se non vuole paralizzarsi è un "dato" che non può essere negato per il semplice fatto che la Costituzione "riformata" non se ne preoccupa (quella originale, si sa, lo risolveva con la strumentazione dell'interesse nazionale, ora abrogata): è una esigenza che coinvolge i diritti dei cittadini ad essere governati e l'obbligo dei titolari dei poteri pubblici di governare. Il richiamo della sent. 303 alle clausole di supremazia presenti nell'ordinamento statunitense e in quello tedesco sono un modo di illuminare la "naturalità" di questa esigenza, così come lo è la

“scoperta” del “senso dinamico” della tutela della concorrenza come “leva” della politica economica europea, nella sent. 14. Ma, una volta scoperta la valenza deontica delle esigenze di regolazione, la regolazione stessa è stata messa a punto sviluppando i principi contenuti nella “lettera” (il principio di unità della Repubblica; il principio di sussidiarietà; l’attribuzione allo Stato della tutela della concorrenza) e nello “spirito” (il superamento della supremazia dello Stato sulle “sue” articolazioni territoriali; il principio di leale collaborazione; il principio di legalità) della Costituzione.

In fondo, in queste due sentenze, Mezzanotte ha ripreso da giudice redattore le riflessioni con cui, da annotatore, aveva concluso il commento ad un’altra sentenza cruciale (e assai più ambigua) della Corte, la sent. 177/1988<sup>6</sup>: *“la nuova sistemazione della materia compiuta dalla sentenza in rassegna – scriveva allora - va considerata un notevole passo avanti in direzione del consolidamento del principio autonomistico: non fosse altro che per il suo proporsi, appunto, come sistemazione, ciò che, nel disarmonico fluire della giurisprudenza in materia di interesse nazionale, non può non suonare anche come promessa di future certezze”*.

Naturalmente è vero che la ricostruzione del principio di sussidiarietà contenuta nella sent. 303/2003, così come la teorizzazione della tutela della concorrenza nella sent. 14/2004, ben poco affondano nel *testo* della costituzione “riformata”; così come è possibile che i principi evinti dalla Corte di cassazione in relazione al problema della *finis vitae* non abbiano solide basi testuali. Ma di ciò non si deve affatto incolpare i giudici, ma semmai il legislatore. Il confuso e urlante dibattito italiano sui problemi della giustizia sembra essersi dimenticato di una semplice verità: è il modo in cui sono scritte e prodotte le leggi la prima e più importante causa di tali problemi. Qualcuno dovrebbe rileggere ai deputati e ai senatori che hanno votato il conflitto di attribuzione, e a coloro che lamentano l’eccessiva creatività della giurisprudenza costituzionale sul Titolo V, quanto diceva Ludovico Muratori delle *“magagne della giurisprudenza”* e dei modi con cui *“depurarla e liberarla da assaissimi suoi difetti, con renderla più bella, e più utile al pubblico”*: che dei tanti difetti che ad essa possono essere imputati, *“il primo vien dalle leggi stesse”*<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> *Interesse nazionale e scrutinio stretto*, in *Giur.cost.* 1988, 631 ss., 633.

<sup>7</sup> *Dei difetti della giurisprudenza* (1742; ed. Solmi 1933), cap. III.