

Il “discorso” della Consulta

Il volume di Aurelio Gentili alla prova della giurisprudenza costituzionale

Andrea Pin

(Professore associato di Diritto pubblico comparato nell’Università degli Studi di Padova)

Sommario 1. La distruzione del sistema e l’argomentazione. – 2. Il ruolo dei principi. – 3. Lo strumento dell’incidentale. – 4. L’interpretazione conforme. – 5. I fattori “esterni” contengono la forza centrifuga delle interpretazioni.

1 La distruzione del sistema e l’argomentazione

Un primo aspetto che balza agli occhi nella lettura del volume di Gentili *Il diritto come discorso* è l’insistenza sul crollo del mito del “sistema”¹. La capacità ordinante del diritto, espressa attraverso la formula dell’“ordinamento”, sarebbe ormai una chimera, liquidata dalla storia quanto dalla prassi.

Effettivamente, la preoccupazione di mantenere al diritto la sua capacità ordinante non pare essere una delle cure fondamentali persino della giurisprudenza costituzionale italiana, su cui ci si soffermerà in particolare. Anch’essa non sembra occuparsene particolarmente, se non per quanto attiene al filone economico-finanziario.

È degno di nota – preme evidenziarlo prima di passare a illustrare brevemente i fenomeni e le possibili cause che confermano la diagnosi di Gentili – che quest’abbandono della logica sistemica si sia verificata in un momento in cui la Consulta non era oberata da controversie sui diritti, ma soprattutto sui poteri. È noto che la Corte Costituzionale ha occupato recentemente buona parte del suo tempo e della sua attività nel dirimere questioni relative alla distribuzione di competenze tra i livelli di governo, o ai conflitti tra i poteri dello Stato. Un impegno che esige, più di quanto lo facciano le questioni su diritti, di tenere conto di preoccupazioni di natura sistematica. Equilibrare i rapporti tra i poteri non è un’attività sulla quale penda, con una particolare gravità, l’esigenza di garantire la «massima

1 In particolare, si veda A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 15.

espansione dei diritti»². Le controversie sui diritti mettono più facilmente in ombra preoccupazioni di ordine sistematico, a causa dell'esigenza di giustizia che li caratterizza; eppure, anche al di fuori di queste, la giurisprudenza costituzionale non sembra essersi attardata eccessivamente nel garantire un inquadramento coerente delle norme.

Dunque, una prima osservazione preliminare, che conferma l'analisi di Gentili, riguarda la dimenticanza di quest'esigenza ordinante. Essa pare derivare dalla cultura giuridica, prima ancora che dal tenore delle questioni coinvolte, tanto da infiltrare argomenti rispetto ai quali le esigenze di giustizia sono meno pressanti.

2 Il ruolo dei principi

L'abbandono della preoccupazione sistematica è significativamente rinvenibile nell'espansione del ruolo dei principi da parte della Consulta: in questo, la diagnosi di Gentili sembra decisamente calzante. Se il costituzionalismo contemporaneo è sicuramente caratterizzato da un forte ruolo dedicato ai principi – di cui del resto lo stesso Autore mette in rilievo la scarsa capacità ordinante³ – esso lascia all'interprete il compito di ordinarli. Questi, come si è scritto, non nascono in conflitto, ma concorrenti:⁴ è dunque compito dell'interprete individuare il giusto punto d'intersezione tra di essi.

È interessante notare che la medesima giurisprudenza costituzionale, con una tendenza probabilmente crescente, non sta semplicemente adoperando il linguaggio dei principi nel suo ragionamento, ma lo sta utilizzando persino nella parte dispositiva delle sue pronunce. Sembra essersi intensificato infatti il ricorso alle sentenze interpretative che introducono "principi", lasciando a soggetti terzi il compito di adeguarvisi.

Replicare il sistema dei principi nel dispositivo rischia – o persino presuppone – l'abbandono della funzione ordinante del giudice delle leggi. In questo modo, una delle strutture di garanzia costituzionale e di chiusura del sistema opera con una logica di apertura. Infatti, all'interprete non rimane soltanto il compito di applicare un equilibrio tra principi stabilito dalla Corte, ma di articolarli, individuando punti di equilibrio alla cui individuazione la Corte costituzionale sembra abdicare.

Per tutti, valga la pena ricordare la sentenza n. 1 del 2013, relativa alle

2 Da ultimo, si veda G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN, *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza*, Napoli, 2015.

3 A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 344-345.

4 Si veda, su questo, diffusamente G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.

intercettazioni delle conversazioni del Capo dello Stato. Se formalmente la sentenza, con un articolato ragionamento, preclude il ricorso alle intercettazioni per tracciare le conversazioni presidenziali, tuttavia, verso la fine, la decisione riapre a quest'ipotesi, in una maniera piuttosto esplicita ma non definitiva. In chiusura, la Corte pone un'eccezione al divieto di intercettazioni, affermando che «l'Autorità giudiziaria dovrà tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.). In tali estreme ipotesi, la stessa Autorità adotterà le iniziative consentite dall'ordinamento.» Questa frase lascia evidentemente un campo apertissimo all'interprete, sia sulle modalità con le quali ammettere e utilizzare le intercettazioni – le «iniziative consentite dall'ordinamento» non sono affatto specificate – sia quanto ai casi: la libertà personale viene ad evidenza costantemente nel campo del diritto penale, dunque non si vede dove quest'eccezione non sia in grado di operare.

3 Lo strumento dell'incidentale

Il ricorso ai principi da parte della Consulta è esaltato dallo strumento del giudizio in via incidentale – anche se, come detto, non è limitato a quest'ipotesi; e anzi il linguaggio dei principi si conferma inflazionato proprio perché compare anche altrove.

Effettivamente, il giudizio in via incidentale si presta all'adozione di tecniche decisorie che valorizzino i principi: la Consulta si trova investita di una questione da un giudice *a quo* e termina il processo dinanzi a sé restituendogli una soluzione. Poiché il giudice delle leggi, in prima battuta, si rivolge al giudice rimettente, può ragionevolmente decidere di offrirgli un principio attribuendogli il compito di declinarlo nel caso concreto. Naturalmente, questo significa che ciascun giudice potrà applicarlo diversamente; e più vaga è la Corte, o meno precisa è nel circoscrivere l'applicazione del principio, maggiore è il ventaglio di opzioni del giudice. Per utilizzare le categorie di Gentili, più evanescenti sono i contorni dei principi, maggiori sono le possibilità che sorgano diverse interpretazioni.⁵

In sostanza, lo strumento incidentale può essere utilizzato per dipanare dubbi, ma anche per delegare le decisioni – e il caso relativo alle intercettazioni del Presidente della Repubblica ne è un esempio eloquente. Questo, naturalmente, non è un effetto necessario dello strumento incidentale: una soluzione *tranchant* della Consulta, al contrario, è capace di imporre passi precisi e indefettabili al giudice *a quo*. È il ricorso a dispositivi e

5 A. GENTILI, *op. cit.*, p. 345.

motivazioni che valorizzano i principi, invece, a incentivare la funzione discorsiva del diritto.

4 L'interpretazione conforme

L'incidenza del ragionamento per principi sulle tecniche argomentative della Corte è piuttosto rilevante anche per un'altra ragione, legata alla diffusione dell'uso della "interpretazione conforme",⁶ ancora nel campo del giudizio in via incidentale

Come noto, l'esigenza di adeguare l'interpretazione di un dettato normativo a un testo di rango sovraordinato si è diffusa nell'ordinamento attraverso il requisito dell'interpretazione "costituzionalmente orientata" nei giudici *a quo*, ai fini dell'ammissibilità del giudizio in via incidentale.⁷ Nato in un contesto connotato da un ingolfamento della Consulta, quando era necessario disincentivare le ordinanze di rimessione per facilitarne il lavoro, questo strumento è poi divenuto una leva nelle mani dei giudici comuni per svincolarsi dal controllo della Corte costituzionale.

I giudici comuni sono stati investiti del compito di tentare interpretazioni compatibili con la Costituzione, al fine di evitare di emettere ordinanze di rimessione alla Consulta superflue, relative a dubbi di legittimità eliminabili attraverso un'attività ermeneutica. La Corte, gravata da un forte arretrato, ha in questo modo inteso disincentivare i giudizi in via incidentale che la ingolfavano. In questo senso, la Corte ha dichiarato che «[i]n linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali.»⁸ In tal modo, ha acclarato la possibilità di plurime argomentazioni a partire dalle medesime disposizioni, mentre ha assegnato ai giudici comuni, e non a sé, il ruolo di tentare interpretazioni alternative.

Se l'incremento di strumenti e percorsi argomentativi è un risultato legato all'incidentale, non ne è tuttavia un effetto inevitabile. Si consideri l'incidentalità nei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia UE - o tra Corte di Giustizia e giudici comuni: a seconda di come la Corte di Giustizia utilizza il suo ruolo di *pivot* processuale, e di come i giudici interlocutori si atteggiino adeguandovisi,⁹ si possono avere risultati più o

6 M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche interpretative della Corte costituzionale*, <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/01/Ruoto1.pdf>.

7 G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit.

8 C. Cost., 22 ottobre 1996, n. 356, par. 4, *Considerato in diritto*.

9 J.H.H. WEILER, *Van Gend en Loos: The individual as subject and object and the dilemma of European legitimacy*, in *Int. J Constitutional Law*, 12, 2014, p. 101.

meno vincolanti sotto il profilo interpretativo. E la vicenda di questo rinvio pregiudiziale è segnata da una significativa aderenza e responsabilità dei giudici nazionali nei confronti delle indicazioni provenienti dalla Corte di Lussemburgo.

Forse è più degna di considerazione la relazione tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo, che si è dimostrata davvero dialettica, caratterizzata da momenti di tensione che più ancora d'interazione. Anche qui, dopo le sentenze "gemelle" della Consulta (sentt. nn. 348 e 349 del 2007) si è consolidata un'influenza della Cedu nell'ordinamento italiano. La Corte costituzionale può provocare la dichiarazione d'illegittimità di norme interne per contrasto con la Cedu, come interpretata dalla sua Corte. Formalmente, le sentenze gemelle hanno chiarito e integrato il quadro di riferimento. Tuttavia, questo non ha ridotto i percorsi interpretativi, né li ha integrati davvero.

In primo luogo, l'evoluzione dell'interpretazione della Cedu da parte della sua Corte ha spinto i giudici italiani comuni a tentare interpretazioni costituzionalmente orientate che integrino le norme interne con la giurisprudenza della Corte Edu in maniera difficilmente controllabile. Si pensi alle applicazioni da parte dei giudici comuni della giurisprudenza Cedu in tema di fecondazione eterologa: il fenomeno ha bypassato il ruolo della Corte costituzionale, dando esecuzione alla giurisprudenza di Strasburgo nonostante, all'epoca, il diritto italiano vi contrastasse e andasse eventualmente eliminato dalla Consulta. La posizione della Corte Edu ha, a ben vedere, provocato in quel frangente una divaricazione tra l'orientamento dei giudici comuni e la Consulta.

Del resto, la Corte Costituzionale italiana, soprattutto in tema di diritti sociali e del lavoro, ha a sua volta dimostrato una certa resistenza ad adottare schemi interpretativi integrati a quello della Cedu. Valorizzando esplicitamente il ruolo diverso delle due Corti - una (la Corte Edu) riscontra violazioni di un catalogo di diritti, l'altra (la Corte italiana) verifica la compatibilità di una norma con una struttura costituzionale complessa - ha spesso rimarcato la distanza dalla Cedu, utilizzando processi argomentativi diversi, a volte anche per raggiungere conclusioni analoghe. Anche la Consulta, dunque, ha preferito utilizzare procedimenti discorsivi autonomi, almeno formalmente, sebbene convergenti nei risultati. In sostanza, ha accentuato il proprio ruolo attraverso un'autonomia argomentativa, più che sostanziale.

Rimane da vedere se questa differenza di linguaggio tra la Consulta e la Corte Cedu permarrà, qualora quest'ultima adottasse lo strumento del ricorso in via incidentale previsto dal Protocollo aggiuntivo no. XVI - ovvero se questo sarà un elemento di integrazione tra i *discorsi* delle due Corti.

5 I fattori “esterni” contengono la forza centrifuga delle interpretazioni

Se lo strumento dei “principi” ha dato la stura a diverse – forse ormai incontrollabili – narrative sui diritti e persino sulle relazioni tra i poteri, vi sono tuttavia degli strumenti che hanno – spesso discutibilmente – fornito degli elementi di chiusura dell’ordinamento. È interessante che questi siano elementi “esogeni”, che muovono dall’esterno dell’ordinamento e del fenomeno giuridico strettamente inteso, ma capaci di esercitare su di esso una forte pressione di contenimento.

Contenimento che solo in seguito è stato almeno parzialmente costituzionalizzato.

Qui valga riferirsi al coordinamento finanziario e al diritto della concorrenza, che hanno avuto un impatto chiaro sullo stato sociale, sull’intervento statale nel campo dell’economia e sulla medesima regolazione dei mercati. Ancora la Corte costituzionale è stata un’interprete privilegiata di questi fattori, cui ha dato quasi costantemente accoglienza, facendo prevalere ragioni di natura economico-finanziaria sia sui diritti sociali sia sulle competenze regionali. In breve, la sostenibilità del *welfare* ha prevalso sia sui suoi contenuti¹⁰, sia sulla sua articolazione territoriale.¹¹

Il coordinamento finanziario, avvenuto in forte adesione agli orientamenti del diritto UE, e prima ancora a indicazioni provenienti da istituzioni globali di controllo e indirizzo economico-finanziario, è divenuto uno strumento pervasivo, la cui finalità ha condotto a corposi interventi statali a contenere gli impegni finanziari regionali e locali, attraverso norme di dettaglio, fortemente strutturate, anziché di principio: questo talvolta è successo in contrasto con il testo costituzionale, in base al quale allo Stato spettano invece proprio soltanto i principi di coordinamento finanziario.

La tutela della concorrenza ha replicato questo fenomeno: la Consulta ha legittimato una lettura largamente orientata sul modello europeo della concorrenza, quando è stata coinvolta.¹² In questo modo, ha rimarcato di voler recepire la sensibilità del diritto dell’Unione europea, prima ancora che garantire la tenuta del sistema economico per ragioni di coerenza interna all’ordinamento nazionale.

Essa ha dimostrato uno sforzo maggiore nel legittimare gli interventi

10 G. RIVOCCHI, *Diritti e debiti. Uguaglianza e sostenibilità dello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. Pin, *op. cit.* p. 77 ss.

11 M. BELLETTI, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale. Tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Roma, 2012.

12 *Ex multis*, si veda Corte Giust., 18 ottobre 2007, n. 441.

normativi statali esecutivi o attuativi di dettati europei, piuttosto che canalizzare tali sforzi rendendoli coerenti con la struttura costituzionale. In breve, nel campo economico-finanziario, la giurisprudenza costituzionale ha legittimato un intervento pervasivo dello Stato nei confronti del sistema delle autonomie e dei diritti sociali, nonostante la Costituzione ne limitasse il ruolo al campo dei principi; qui il “discorso” si è fatto più puntuale di quanto fosse costituzionalmente ammesso, ma probabilmente preciso quanto lo esigevano le circostanze economico-finanziarie.

