

e-Reprint

NUOVI STUDI DI DIRITTO ECCLESIASTICO E CANONICO

GIUDICE AMMINISTRATIVO E INTERESSI RELIGIOSI COLLETTIVI

ISTANZE CONFENSIONALI, CONFLITTI E SOLUZIONI
GIURISPRUDENZIALI

Fabiano Di Prima

nuovi itinerari



Libellula

e-Reprint
NUOVI STUDI DI DIRITTO ECCLESIASTICO E CANONICO
Collana diretta da Antonio G. Chizzoniti

NUOVI ITINERARI

1. MICHELE MADONNA, *Profili Storici del Diritto di Libertà Religiosa nell'Italia Post – Unitaria* (2012)
2. NICOLA FIORITA, *Scuola pubblica e religione* (2012)
3. LAURA DE GREGORIO, *Conferenza episcopale italiana. Potere normativo e ruolo pastorale* (2012)
4. FABIANO DI PRIMA, *Giudice amministrativo e interessi religiosi collettivi. Istanze confessionali, conflitti e soluzioni giurisprudenziali* (2013)

Vietata la distribuzione e la copia anche parziale dell'opera i cui diritti sono riservati all'autore e all'editore

e-Reprint

NUOVI STUDI DI DIRITTO ECCLESIASTICO E CANONICO

Collana diretta da Antonio G. Chizzoniti

Comitato Scientifico: Manlio Miele, Daniela Milani, Miguel Rodriguez Blanco, Carmela Ventrella

Redazione: Isabella Bolgiani, Laura De Gregorio, Anna Gianfreda

Collegio degli arbitri revisori: Romeo Astorri, Andrea Bettetini, Salvatore Bordonali, Adoración Castro Jover, Nicola Colaiani, Rosaria Maria Domianello, Giorgio Feliciani, Antonio Fuccillo, Angelo Licastro, Antonino Mantineo, Francesco Margiotta Broglio, Roberto Mazzola, Giovanni Battista Varnier, José María Vázquez García-Peñuela, Marco Ventura

<http://e-reprint.libellulaedizioni.com>

email: ereprint@gmail.com

Libellula Edizioni

Borè s.r.l via Roma 73, 73039 Tricase (Le)

www.libellulaedizioni.com

email: info@libellulaedizioni.com

isbn: 978-88-67351-61-9

isbn (versione ebook): 978-88-67351-62-6

Ai miei genitori

e-Reprint

NUOVI STUDI DI DIRITTO ECCLESIASTICO E CANONICO

Fabiano Di Prima

**GIUDICE AMMINISTRATIVO
E INTERESSI RELIGIOSI COLLETTIVI.**

**ISTANZE CONFENSIONALI, CONFLITTI E SOLUZIONI
GIURISPRUDENZIALI**

INDICE

Capitolo I

Il rilievo crescente del diritto giurisprudenziale: il giudice ‘supplente’ del legislatore

1.1. Giudice costituzionale, ‘politicizzazione’ del diritto, ‘giuridificazione’ della politica	p. 9
1.2. L’affermarsi della ‘iurisdictio’, tra crisi della politica e supplenza giudiziaria.....	p. 23
1.3 Profili ecclesiasticistici	p. 53

Capitolo II

Giudice amministrativo, diritti fondamentali, interessi religiosi collettivi

2.1. Effetto a catena: rarefazione della razionalità legale; “politicizzazione” dell’azione della P.A.; il “soccorso” dei principi costituzionali	p. 73
2.2. Giudice amministrativo, Costituzione, diritti fondamentali	p. 80
2.3 Tutela giurisdizionale amministrativa ed interessi religiosi collettivi.....	p. 97

Capitolo III

Manifestazione del ‘sacro’ nelle aule scolastiche. Un ‘diritto giurisprudenziale amministrativo’ *ad hoc*.

3.1. Premessa. Problematicità della presenza del sacro nelle strutture pubbliche.....	p. 119
3.2. Ierofanie e scuola: il silenzio del legislatore.....	p. 129
3.3.1. Il Crocifisso nelle aule scolastiche: un peculiare schema regolativo. Primo intervento ‘suppletorio’ del Consiglio di Stato (in sede consultiva).....	p. 135
3.3.2. Il nuovo secolo, la “presa di quota” del tema, i conflitti e le istanze: ma sino al 2004 dalla giustizia amministrativa (e da quella costituzionale) non giungono soluzioni.....	p. 141
3.3.3. Il biennio 2005-2006: luci e ombre nella formazione di un apposito ‘diritto giurisprudenziale amministrativo’. Il tentativo non riuscito del T.A.R. Veneto nel 2005.....	p. 155
3.3.4. (segue)...e quello sostanzialmente riuscito del Consiglio di Stato nel 2006.	p. 168

3.4.- Atti di culto, visite pastorali, testimonianze culturali: l'implementazione religioso-culturale dello 'scolastico'	p. 182
---	--------

Capitolo IV

Il 'sacro' nel territorio.

4.1. Introduzione.	p. 207
4.2. Edifici di culto esistenti e 'in fieri': il (soq)quadro normativo. Problemi e incongruità d'una disciplina disorganica.	p. 212
4.3. Amministrazioni comunali, gruppi confessionali, collettività locali: i tre attori protagonisti della 'partita'. Il giudice amministrativo, arbitro e non solo.	p. 228
4.3.1. Il primo orientamento. Focalizzazione sul dato legale, interpretazione "flessibile" delle norme urbanistiche, lento ingresso del 'filtro' costituzionale: un'peculiare paradigma' che favorisce le istanze confessionali	p. 231
4.3.2 Il secondo orientamento. Interpretazione "rigida" delle norme urbanistiche, in tutela degli "altri" principi costituzionali presidiati dalle scelte pubbliche:la tendenza alla relativizzazione del peso dell'istanza confessionale.	p. 262

Capitolo V

Il 'sacro' e l'Amministrazione di vertice.

5.1. Introduzione.	p. 289
5.2.1. Le Intese con le confessioni acattoliche, tra politica e diritto. Poche norme; molte interpretazioni dottrinali	p. 294
5.2.2. (segue) Il Giudice amministrativo propende (un po' più) per il diritto, circoscrivendo (un po') l'area della politicità. Piccolo ma significativo contributo all'attuazione del principio di bilateralità.	p. 305
5.3.1 Il complicato riconoscimento degli enti delle confessioni senza Intesa	p. 317
5.3.2. L'intervento della giustizia amministrativa non scioglie i nodi (ma non è facile)	p. 326
 Bibliografia	 p. 342

“Molto di frequente si è confusa, e si confonde, la nozione generale della giustizia, reggitrice dei rapporti sociali, con quella dell’ufficio particolare della magistratura, alla quale certamente non spetta di instaurare la giustizia in tutta l’infinita teoria delle umane relazioni, ma appartiene il più ristretto e modesto ambito di ristabilire o ricondurre sotto l’ombra protettrice della giustizia taluni rapporti o fatti, che deviando dal regime normale si manifestano in opposizione ai principii osservati comunemente come espressione della giustizia”

(L. MORTARA, *La giustizia nello stato democratico*).

CAPITOLO I

IL RILIEVO CRESCENTE DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE: IL GIUDICE ‘SUPPLENTE’ DEL LEGISLATORE.

1. - *Giudice costituzionale, ‘politicizzazione’ del diritto, ‘giuridificazione’ della politica.*

Scrivono Hans Kelsen nel 1931 che se s’individua il “politico” nella “risoluzione dei conflitti d’interesse” o, come dice Schmitt, nella “*dezision*”, ogni sentenza giudiziaria presenta un “*elemento decisorio*” e pertanto una “*dose di esercizio del potere*”. Ciò in quanto la legislazione, “*generale per sua natura*”, è costretta a lasciare alla giurisdizione il “*potere discrezionale*” di ponderare nello specifico gli interessi contrastanti e decidere in favore di uno o dell’altro. Sicché, conclude Kelsen, è sbagliato pensare che “*solo la legislazione*” (...) *sia politica*”, nonchè “*produttiva creazione del diritto*”, in quanto la giurisdizione, in forza di quella specifica attribuzione, possiede anch’essa tanto un “*carattere politico*”, quanto “*un potere di creazione del diritto*”.

Il passaggio è tratto dal “*Chi deve essere il custode della Costituzione?*”¹, il volume che il giurista praghese pubblica in quello stesso anno, col quale replica a strettissimo giro alle tesi esposte qualche mese

¹ H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della Costituzione?* (traduzione dall’orig. “*Wer soll Hüter der Verfassung sein?*”, pubblicato in “*Die Justiz*”, XI-XII, 1930 - 1931, p. 576 e ss.), in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, p. 242.

prima da Carl Schmitt ne *“Il custode della Costituzione”*². A suscitare questa fulminea reazione³, è la costruzione Schmittiana che conduce a vedere nel Capo dello Stato l’unico possibile “guardiano” della carta fondamentale; idea di cui Kelsen coglie subito tutto il potenziale anti-liberaldemocratico, e che fronteggia ribadendo la necessità che sia invece un *organo di giustizia* costituzionale, dunque un *giudice* appositamente istituito a tal fine⁴, a svolgere tale (delicatissimo) compito. Nello specifico, egli attacca l’articolato convincimento del giurista tedesco che dalla natura di “decisione fondamentale” (*Grundentscheidung*) della Costituzione, irriducibile alle norme ‘scritte’ che la compongono, e dalla conseguente indeterminatezza di queste, deduce l’impossibilità che sia un ‘giudice’, ossia un organo che per definizione - da Montesquieu in poi - applica le norme, a presidiarne il rispetto; occorrendo all’uopo, secondo Schmitt, invece un soggetto chiamato alla “decisione politica” e perciò alla “rimozione autoritaria del dubbio” sulla determinazione di tali norme⁵. “Un giudice”, dice infatti Schmitt, decide sì, ma *“sulla base di una legge”*, per cui la *“sua decisione ‘contenutisticamente’ è ‘dedotta’ da un’altra decisione già racchiusa in modo misurabile (...) nella legge”*: ragione per la quale, posto che lo Stato di diritto *“poggia ormai sull’effettiva distinzione dei diversi poteri”*, si può non accettare la teoria che fonda tale distinzione, si può anche lasciare al giudice *“una certa libertà”*, ma non gli si può domandare *“la decisione politica, che è di competenza del legislatore, senza mutare la sua posizione all’interno dello Stato di diritto”*⁶.

Invece, per Kelsen, il quale all’opposto vede la Costituzione come *Grundnorm* che limita *giuridicamente* il potere, e come fucina che dà, in senso formale-procedurale, *“linfa vitale [a] tutte le altre norme ad essa*

² C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (traduzione dall’orig. *Der Hüter der Verfassung*, Weimar, 1931), a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981.

³ Sulla polemica tra i due giuristi, più in generale, v. tra gli altri, P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il “Custode della Costituzione”*, in *Storia e politica*, 1977, pp. 505-551.

⁴ Cfr. L. D’ANDREA, *La Corte costituzionale tra sistema giuridico e dinamica politica*, in *Dirittifondamentali.it*, giugno, 2012, p.1 e ss.

⁵ Cfr. L. D’ANDREA, *La Corte*, cit., p. 2. Cfr., sul punto A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 521 e ss.; A. GIOVANNELLI, *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Cedam, Padova, 1985, p. 439 e ss.; G. ZAGRELBESKY, *Giustizia costituzionale*, II, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 176 e ss.; N. OCCHIOUPO, *Costituzione e Corte costituzionale: percorsi di un rapporto genetico dinamico e indissolubile*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 6-7.

⁶ C. SCHMITT, *Il custode*, cit., p. 62.

sottoposte, [quali sue] altrettante singole specificazioni”⁷, è logico che sia un “tecnico del diritto” che salvaguardi il *sistema* così concepito; perché se c’è conflitto tra legge e *Grundnorm*, il tema prima che politico è *giuridico*, e quindi ben può esservi una corte appositamente chiamata a dirimere quel nodo. E il fatto che sia *anche politico*, chiude il cerchio Kelsen, non implica un’eversione dello Stato di diritto, come pensa Schmitt, perché la *politicalità* - come dice nel passo su riportato - è insita in tutte le funzioni svolte da organi dello Stato, compresa quella giudiziaria; mentre potenzialmente eversiva è invece la teorizzazione - già tipica invero della giuspubblicistica tedesca - dell’assoluta preminenza dell’esecutivo⁸, se inquadrata nell’ottica schmittiana d’una istituzione che (sor)regge e incarna la “volontà di potenza” dello Stato-nazione⁹.

Il tempo, è il caso di dirlo, ha dato ragione a Kelsen. Anzitutto, sulla *concezione di base del rapporto tra politica e diritto*. Il Dopoguerra in Europa vede infatti affermarsi ordinamenti che, respingendo l’idea hegeliana “totale” dello Stato¹⁰, rifiutano l’avallo concettuale schmittiano della sovranità “soggettivizzata”¹¹. Il cuore pulsante del sistema, è questo il *leitmotiv*, non dovrà più esser costituito dalla volontà d’un soggetto¹², ma da “una tavola pluralistica di valori politici”¹³ sanciti nelle Carte costituzionali, che legittimi e unifichi l’ordinamento. Per preservare questo nucleo vivifico, le Carte divengono “rigide”; si delineano sistemi di giustizia

⁷ Così S. BERLINGÒ, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 52.

⁸ Cfr. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, voce, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, p. 680: per la giuspubblicistica tedesca, rileva l’A., citando nei virgolettati lo Jellinek di *Gesetz und Verordnung*, Tübingen, 1919, “l’amministrazione è una funzione fondamentale (*Fundamentale Funktion*)... [e soprattutto] il governo è il “punto di partenza” dell’esistenza dello Stato. Uno Stato può esistere se in primo luogo esiste un governo. Il governo esprime una volontà propria. La posizione essenziale e preminente del potere esecutivo, già espressa con chiarezza nei suoi termini politici-filosofici da Hegel, trova così la sua più compiuta formulazione giuridica e diventa *communis opinio* sino ai nostri giorni”.

⁹ Sull’idea kelseniana di giustizia costituzionale, cfr. altresì il suo *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)* (1928), in *La giustizia costituzionale*, cit., p. 145 e ss.

¹⁰ Cfr. sul punto, G. ZAGRELBESKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 84-85.

¹¹ Cfr. G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹² Facendo così tesoro dell’esperienza, e dando seguito pur tardivo all’insegnamento di Montesquieu (*De l’esprit des lois*, Garnier-Flammarion, Paris, 1979, vol. I, lib. XI, cap. IV, p. 293) giusta il quale “ogni uomo dotato di potere è portato ad abusarne e che il suo potere si espande finché non incontri dei limiti”.

¹³ Così L. D’ANDREA, *La Corte costituzionale tra sistema giuridico*, cit..

costituzionale accentrati¹⁴, e l'esercizio del potere normativo è condizionato all'osservanza d'uno stabile parametro di validità e d'un catalogo di diritti da garantire ai cittadini. Lo Stato contemporaneo, in sintesi, segue sempre meno il *refrain* della "politicizzazione del diritto"¹⁵, e punta all'opposto verso una "giuridificazione della politica", a mezzo della costituzionalizzazione dei principi etici-fondamentali (e più tardi, del processo d'internazionalizzazione dei diritti umani¹⁶). Ne deriva una dialettica politica/diritto polarizzata sul secondo, onde ottenere il duplice effetto di contenere la manifestazione autoritativa e dirigerla prioritariamente al rispetto di quei principi. Per cui la politica, già 'a monte' chiamata a inverare il complesso di valori (e principi) recepiti dalle Costituzioni (e a seguire dalle Convenzioni internazionali e sovranazionali), 'a valle' s'èguita a *dover* agire *secundum ius*, i.e. seguendone gli schemi delineati per incanalare la '*dezision*', per l'appunto in vista della garanzia dei diritti (individuali e collettivi) che quei valori e quei principi esprimono. Una dinamica, quindi, mossa dall'idea che la politica 'vince', quando il diritto e i diritti, oltre che *controllo giuridico*, rappresentano per essa un *obiettivo*¹⁷.

Se questo è l'assetto di base, non può non cambiare con esso *il modo di intendere la funzione giurisdizionale*. In primo luogo perché, come nella costruzione kelseniana, il guardiano¹⁸ del sistema è un giudice, ma che esercita in modo peculiare detta funzione¹⁹. Perché il guardiano è un giudice, è abbastanza chiaro: basta in sintesi applicare il modello teorico di Kelsen alla realtà mutata del Dopoguerra. In un contesto in cui è assodato che il centro gravitazionale non sarà più l'Esecutivo, ma al contempo, onde prevenire abusi nell'esercizio della funzione legislativa, si stabilisce che

¹⁴ Cfr. F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1995, p. 66 e ss.

¹⁵ Cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma - Bari, 1999, p. 77.

¹⁶ Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, e in particolare p. 157 e ss.; C. CARDIA, *Genesis dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2005; nonché G. DAMMACCO, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euromediterraneo*, Cacucci, Bari, 2000.

¹⁷ Cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 79.

¹⁸ Per usare la terminologia adottata, da ultimo, da G. AZZARITI, *Corte e democrazia*, in *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal. Canto e E. Rossi, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 121 ss.

¹⁹ Dice d'un giudice "peculiare", tra gli altri, A. RUGGERI, *Dal sistema delle fonti ai sistemi di norme (A margine di A. Pizzorusso, Fonti del diritto2, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna, 2011)*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011, fasc. 2, p. 1 e ss..

quest'ultima non sarà più "sovrana"²⁰ (giusta la sovrapposizione della Costituzione alla legge²¹), l'organo che garantisce questo (nuovo) perno giuridico apicale non può che essere *giurisdizionale*, ossia esercente la funzione che a partire da Montesquieu si connota per essere 'terza', opposta e distinta rispetto alla legislativa e all'amministrativa²². Del resto, se è vero che dev'essere il diritto e non la politica a indicare, mediante *regulae* sovraordinate, le decisioni ultime²³; e che quelle *regulae*, dovendo pervadere nel tempo la *mens legislatoris*, vengono dal Costituente dotate d'una notevole "capacità di espansione"²⁴; occorre allora un custode capace non solo di garantirne il rispetto, ma anche di farlo nel mutarsi dell'esperienza sociale, economica e giuridica: in modo dunque analogo a quanto ci si aspetta faccia la *giurisdizione* rispetto al diritto oggettivo²⁵.

Che poi sia "attività di giustizia" quella del giudice costituzionale, deriva infine da una considerazione (più propriamente) 'tecnica'. L'opzione per una costituzione rigida, infatti, implica che la legge *deve* in ogni tempo seguire il 'verso' da quella imposto, e non quello che suggerisce l'opportunità del momento; sicchè il legislatore, anche se *de facto* può ignorare o seguire solo parzialmente tale 'direzione', dettando discipline divergenti, *de iure* tuttavia adotta una scelta improvvida, ché emanerà una legge quasi certamente *illegittima*. *Decidere* sul punto, statuendo cioè vi è stata o meno discordanza tra il (peculiare) "fatto" della produzione della legge e il diritto costituzionale, è dunque - per l'appunto - un'attività giurisdizionale, essendo il *proprium* della giurisdizione la qualità

²⁰ Cfr. V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. IV, Milano, Giuffrè 1977, p. 131, dove osserva come "già la sola esistenza di una costituzione formale di tipo "rigido", e quindi gerarchicamente sovraordinata alle leggi "ordinarie" e da queste non modificabile, rappresenta un limite - quanto meno di ordine negativo - al potere legislativo".

²¹ Cfr. M. LUCIANI, *Giurisdizione e Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, 1999, p. 371.

²² Cfr. R. GUASTINI, *Giurisdizione e interpretazione*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Giappichelli, Torino, 2001, p. 1.

²³ Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006 (VI ed.), p. 407.

²⁴ Così, A. C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, p. 48, ragionando sul rapporto fra norme pattizie e norme costituzionali.

²⁵ Cfr. S. ROMANO, *Scritti di diritto pubblico*, a cura di A. Romano, Giuffrè, Milano, p. 362, dove nota come se è "certo che l'ufficio caratteristico e più frequente dei giudici è quello di risolvere delle questioni; ma ciò non è tutta la giurisdizione, anzi di questa non è che l'estrinsecazione formale e occasionale, e il potere di dirimere una controversia non è che la conseguenza e, se si vuole il caso più importante, del potere che ha lo Stato di tutelare il rispetto del diritto obiettivo."

dell'oggetto su cui ci si pronuncia, e cioè un caso *specifico e concreto* di asserito contrasto tra fatto e diritto²⁶.

Ma al contempo la funzione svolta dal giudice costituzionale non è *senz'altro giurisdizionale*. Non lo è, anzitutto, perché è evidente che la mediazione tra "fatto" e norma è compiuta solo "fingendo" giuridicamente che la legge sia un "fatto" come qualunque altro, quando invece non lo è; essendo, invece, pur sempre l'atto che "esprime, al più alto livello, le scelte politiche operate dai rappresentanti del popolo"²⁷. Ragion per cui il giudizio *su* tale atto, in ultima istanza, non potrà non avere una "coloritura politica"²⁸.

Il punto nevralgico, tuttavia, è che in verità *qualunque* iniziativa, anche omissiva, che assuma il giudice costituzionale presenterà inevitabilmente una sfumatura politica; e ciò in ragione della sua fisiologica 'libertà funzionale'. Infatti, per rendere tale giudice atto a preservare, insieme, la "sfera dell'indecidibile politico"²⁹, i diritti individuali e sociali che essa avvolge, e soprattutto l'intangibile nucleo valoriale (espresso da principi cardine, o "supremi"³⁰) che sottende alla Costituzione, lo si è lasciato libero

²⁶ E.T. LIEBMAN, *Giudici legislatori?*, in *Rivista di Diritto processuale*, 1984, III, p. 756 e ss.. Pare dunque non esserci alternativa, dal momento che, come rilevato da un presidente emerito della Corte costituzionale italiana (L. ELIA, *Politica e costituzione*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2003, p. 9), "porre la politica *sub costituzione*, significa inevitabilmente porla *sub iudice*". Restando al caso italiano, pare illuminante, sul punto della scelta necessitata in discussione, il discorso tenuto da Meuccio Ruini nella seduta dell'Assemblea costituente del 12 marzo del 1947, nell'illustrare il progetto di Costituzione esitato dalla Commissione dei Settantacinque, specie nella parte qui posta in corsivo: «vi deve essere qualche organo che accerti se le leggi sono conformi o no alla Costituzione. Questo compito bisogna darlo a qualcuno. Che cosa ha fatto la Commissione? Ha proposto un organo, un istituto nel quale - ecco un buon compromesso - vi sono insieme gli elementi competenti della Magistratura, del Foro, della cattedra e quelli designati dal Parlamento. *Non so come si sarebbe potuto risolvere diversamente questo problema*. Naturalmente la Corte costituzionale non potrà essere un'assicurazione contro ogni lacerazione e colpo di mano; ma darà un senso vigile e continuo di costituzionalità e di ordine legale».

²⁷ Così, R. ROMBOLI, *Introduzione al seminario*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Giappichelli, Torino, 1991, p. 9. Analogamente, A.M. SANDULLI, *La corte e la politica*, in *Scritti in memoria di Vittorio Bachelet*, Giuffrè, Milano, 1987, vol. II, p. 114 e ss..

²⁸ A. PIZZORUSSO, *Prefazione*. Sulla natura "ibrida" della Corte costituzionale italiana, si veda R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, 2009, Giuffrè, Milano, pp. 401- 455

²⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Laterza, Roma-Bari, p. 44, lì dove nota come "questa sfera dell'indecidibile altro non è che la sfera pubblica degli interessi di tutti, protetta ora dalla garanzia costituzionale".

³⁰ Ci si riferisce all'impostazione assunta dalla Consulta a partire dal '71 (sentt. 1 marzo 1971, n. 30 e 31) per cui esistono "principi supremi dell'ordinamento costituzionale", muniti

di scegliere i modi per attuare questo presidio. Al punto da attribuirgli il compito di assegnare i significati ultimi alle disposizioni, legislative e costituzionali, posto che la sua non è “un'operazione vincolata dal diritto”, né un “accertamento di verità”³¹, come accade per qualunque altro giudice, ma l'esercizio del potere di decidere sui contenuti e sui confini di quella sfera. In altre parole, attribuendo al “custode” il potere di decidere sull'indecidibile, lo si rende in qualche modo ‘attore politico’: pur con la precisazione, stante “il fastidioso doppio significato del termine politico”³², che il potere svolto dalla Corte non è (*rectius*, dovrebbe essere) quello proprio del “*gubernaculum*”, i.e. di vero e proprio indirizzo politico³³, ma

d'una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale. Com'è noto, vennero in quell'occasione sottoposti allo scrutinio della Corte costituzionale alcune «norme di derivazione concordataria»: in estrema sintesi, l'avviso da essa formulato in quella sede fu che la particolare copertura costituzionale di cui esse sono fornite, non le sottrae all'accertamento della (loro) conformità con i suddetti principi. Sul punto, esemplificativamente, E. VITALI, *Giurisprudenza ecclesiastica in materia matrimoniale e principi supremi dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di R. Botta, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, p. 381 e ss.; C. MIRABELLI, *Diritto ecclesiastico e “principi supremi dell'ordinamento costituzionale” nella giurisprudenza della Corte. Spunti critici*, ivi, p. 389 e ss.. Cfr., altresì, P. BARILE, *I “principi generali” nel diritto costituzionale*, in *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno, Roma, 27- 29 maggio 1991, Accademia dei Lincei, Roma, 1992, p. 313, dove rileva come “questo è veramente diritto giurisprudenziale, perché non era previsto che ci potesse essere una gerarchia fra norme costituzionali, non dico fra costituzione e leggi costituzionali, ma addirittura all'interno della stessa costituzione”; e G. DALLA TORRE, *La revisione del Concordato lateranense. Una vicenda lunga quarant'anni*, in *La grande riforma del Concordato*, a cura di G. Acquaviva, Marsilio Ed., Venezia, 2006, dove nota che così “si verifica negli anni settanta e primissimi anni ottanta per via giurisprudenziale una serie di modifiche al Concordato, che in sede politico-legislativa e diplomatica erano bloccate”. Cfr. altresì C. MIRABELLI, *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, in *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhicupo, Bologna, 1978, pp. 159 e ss.; S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme?*, in *Giur. cost.*, 1988, I, pp. 5565 e ss.; ID., *Principi generali del diritto*, voce, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986, pp. 494 e ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di stato*, in *Dir. soc.*, 1996, pp. 303 e ss.; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 83 e ss.; ID., *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, II ed., a cura di F. Modugno, A. S. Agró e A. Cerri, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 247 ss..

³¹ Cfr. C. TRIPODINA, *È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi*, in *costituzionalismo.it*, luglio 2010.

³² L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Bologna, il Mulino, 1982, p. 518.

³³ A.M. SANDULLI, *La corte e la politica*, in *Scritti in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. II, p. 123. V. pure C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo*

quello, comunque proprio della *iurisdictio*, di emettere pronunce che entrano in circuito con tutte le interazioni che contribuiscono al formarsi di “decisioni collettivamente vincolanti”³⁴.

In comune c'è che quel potere, al pari del legislativo, non può permettersi omissività, se non a scapito del sistema che esige quelle direttrici: come il politico, cioè, che può *de facto* (permettersi di) restare sostanzialmente inerte di fronte alle emergenze sociali, civili ed economiche, ma tuttavia in punto di diritto determinare un ingolfamento potenzialmente letale per l'ordinamento e i suoi consociati; così una Corte investita dell'oneroso compito di attuare la Costituzione, per quanto “confrontata dal dilemma” se dare un contenuto a tali enigmatici, vaghi precetti, concetti e valori” o se reputare non vincolante proprio il “nucleo centrale” delle Costituzioni rappresentato dai diritti fondamentali³⁵, potrebbe ben risolversi per l'inerzia, ma tuttavia così (assumersi la responsabilità di) produrre alla lunga un grave danno per il sistema giuridico. Sicchè, seppur privo di legittimazione popolare, quest'organo non solo dovrà intervenire ‘ordinariamente’ sull'operato del Legislatore, giungendo se del caso a “porre nel nulla”, in difesa dei predetti beni intangibili, le leggi sottoposte al suo scrutinio che oltrepassino tali limiti³⁶,

politico, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica. Atti del seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, a cura di V. Tondi della Mura – M. Carducci – R. G. Rodio, Giappichelli, Torino, 2005.

³⁴ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 518.

³⁵ A cagione del “carattere così spesso vago ambiguo e lacunoso delle costituzioni, un illustre giurista francese ha scritto che il dilemma del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi è proprio quello di essere audacemente creativo oppure di essere del tutto inefficace e irrilevante”, così M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 58, nota 129, citando Jean Rivero (nota alla pronuncia del *Conseil constitutionnel* del 15 gennaio 1975, in *L'actualité juridique – Droit Administratif*, 1975, II, p. 134). Sullo specifico caso italiano, cfr. A. RUGGERI, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *associazioneedicostituzionalisti.it*, ottobre 2008, il quale parla di una certa “opacità del dettato costituzionale”, che appare “particolarmente vistosa in alcune formule, a partire da quelle espressive dei principi fondamentali ed ugualmente accentuata con riguardo alla definizione delle competenze, laddove il linguaggio della Carta esibisce diffuse, gravi, non ripianate carenze, che mettono a dura prova la *capacità prescrittiva* della Carta stessa”.

³⁶ V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1977, p. 132, dove osserva come “gli istituti della giustizia costituzionale infrangono il dogma ottocentesco dell'onnipotenza della legge e - con esso - della cosiddetta sovranità dell'assemblea. Una tensione che ha il suo fulcro nel concetto stesso di rigidità della costituzione: nel fatto che vengano posti limiti alla discrezionalità politica del parlamento, sino a sottrarre completamente al suo potere la sfera dell'indecidibile politico posta a baluardo della democraticità dell'ordinamento giuridico, e che a custodire tale sfera stia un giudice col compito di porre nel nulla tutte le leggi che oltrepassino quei limiti”.

ma, altresì, quando e laddove la politica in parlamento si facesse “latitante e incapace di assumere decisioni”, dovrà risolversi a imbracciare ora la strada d’un generico prudentiale contegno di *self-restraint*, rispettoso del ‘legislativo’³⁷; ovvero quella di secondare il conseguente naturale accrescimento delle sue funzioni e occupare, pur provvisoriamente e in casi eccezionali, il terreno lasciato scoperto dal legislatore, sino “ad ardire una giurisdizione di creazione”³⁸.

Con tutto ciò, quest’implicazione, del potenziale “sconfinamento” d’una Corte suprema³⁹ nell’ambito (naturale del potere) legislativo in conseguenza del suo peculiare compito, appare comunque un problema inevitabile, o meglio, con cui vale la pena fare i conti.

Paradigmatico, in tal senso, è l’atteggiamento infine seguito dal Costituente italiano di fronte a quest’eventualità⁴⁰. Soltanto alla fine, perché,

³⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, cit., dove nota come la “forza” della Costituzione (intesa dall’A. quale attitudine “a dare (se non un ordine) un orientamento alle dinamiche della produzione giuridica, segnando il corso delle maggiori esperienze sia della produzione stessa che della giustizia costituzionale che le assuma ad oggetto”) muti in modi “sfuggenti ad ogni forma di astratta catalogazione e dipendenti da esigenze complessive di contesto”; e che ciò avvenga “col mutare stesso della forza della Corte costituzionale, a seconda cioè che questa preferisca arretrare per far spazio all’autodeterminazione degli attori politici ovvero spingersi a fondo negli ambiti tradizionalmente considerati a questi riservati”. Senza che in “in siffatte movenze” sia dia un “automatismo” o “un rapporto di stretta, perfetta proporzionalità”, nel senso che “la forza esibita dalla Corte nei riguardi degli operatori politico-istituzionali si commuterebbe, sempre e comunque, nel primato della Costituzione sulla politica”. L’A. a tal proposito richiama il volume di T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (Milano 1957), contenuto ora in Id., *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, spec. 196 ss. e 206 ss; nonché il saggio di L. D’ANDREA, *La “forza politica” della Corte costituzionale nel pensiero di Temistocle Martines*, in *Indirizzo politico e Costituzione a quarant’anni dal contributo di Temistocle Martines*, a cura di M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri e L. Ventura, Giuffrè, Milano, 1998, 313 ss..

³⁸ M. CAVINO, C. TRIPODINA, *Premessa in La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, a cura degli stessi Autori, Giuffrè, Milano, 2012 pp. 7-8; cfr. sul punto S. FERRARI, *Diritto ecclesiastico e stagioni della giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2007, I, p. 30, dove evidenzia l’oscillazione, per cui quando è carente la “capacità delle forze politiche” di interpretare “correttamente e tempestivamente” l’evoluzione sociale, “la Corte tende ad assumere un ruolo di indirizzo in senso politico; quando invece [quella stessa capacità] è presente... torna centrale la funzione più tecnica di verificare la conformità della legislazione al dettato costituzionale”.

³⁹ Cfr. P. COSTANZO, *Legislatore e Corte costituzionale*, in *50 años de Corte Constitucional italiana 25 años de Tribunal Constitucional español*, a cura di M. Revenga Sánchez, E. Pajares Montolio, J. Rodríguez-Drincourt, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 31 e ss.; M. ARAGÓN REYES, *25 años de justicia constitucional en España*, in *Revista iberoamericana de Derecho Procesual Constitucional*, 2004, II, p. 23.

⁴⁰ Sul quale, più diffusamente, v. tra gli altri, P. COSTANZO, *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell’assemblea costituente*, in *L’organizzazione ed il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di Id., Giappichelli,

com'è stato notato, non mancavano nell'Assemblea costituente fazioni (anche consistenti) che confidavano ideologicamente nell'intangibilità della volontà popolare espressa nel Parlamento, ed altre (meno corpose) che si raccoglievano attorno all'idea vetero-liberale dell' "unica e indivisibile sovranità" dello Stato: fronti dai quali giungevano le maggiori (ma non uniche⁴¹) perplessità sulla "bizzarra" funzionalità⁴² di un organo statale destinato, pur se non legittimato a ciò dal «popolo», a giudicare sulle Camere e sulla democrazia, mediando "non tra norma e fatto, ma tra potere che decide le leggi e potere che decide il diritto"⁴³. Da una parte, quindi, le voci di Togliatti e Laconi, che nella ferma convinzione dell'unità del potere democratico, vedevano con ostilità l'instaurarsi di un controllo sull'azione

Torino 1996, p. 12 e ss. ; L. ALBINO, *L'organizzazione della Corte costituzionale tra politica, giurisdizione e ipotesi di riforma*, in *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, a cura di S. Gambino, G. D'Ignazio, Giuffrè, Milano, 2007,

⁴¹ Ad es., cfr. il rilievo critico di A. Capua, esponente del Fronte Liberale Democratico dell'Uomo Qualunque, il quale, nella seduta del 7 marzo 1947 lamenta come tale Corte, "secondo la nostra concezione, avrebbe dovuto essere una specie di tempio, nel quale uomini anziani, profondamente saggi, liberi da ogni influenza e da ogni bisogno, avrebbero dovuto, nella maniera delle antiche vestali, essere i custodi del libro della Costituzione. Si sarebbe dovuto accedere a tale tempio per diritto automaticamente acquisito, attraverso una vita intera di prove, lontano dalla politica. Solo così avremmo visto in quei giudici una superiore garanzia". Cfr., in senso tutto sommato affine, gli interventi che giungeranno sette mesi più tardi da parte di A. Romano, esponente della Democrazia Cristiana, nella seduta dell'11 novembre 1947; come di P. Castiglia, dell'Unione Nazionale, nella seduta del 13 novembre 1947; nonché di G.B. Adonnino, della D.C., nella seduta del 20 novembre 1947. Esprime perplessità sull'eventualità di un organo che presenti connotazioni politiche, propendendo per una soluzione da summare nell'alveo 'giurisdizionale', G. La Pira che, nella seduta del 27 novembre 1947 afferma: "Come può il potere legislativo, che dev'essere controllato, essere giudice in casa propria? Per un'esigenza costitutiva dell'ordinamento giuridico non possiamo ammettere che quest'organo supremo di controllo dell'attività legislativa futura sia creato dallo stesso Parlamento, la cui attività deve essere controllata". Meno sfumato, e invece tutto proteso verso la soluzione *stricto sensu* giurisdizionale, appare poi l'intervento di A. Bozzi, dell'Unione Democratica Nazionale, il quale nella seduta del 6 novembre 1947 si dice convinto che la Corte costituzionale dovrà essere non un organo politico ma piuttosto un organo "strettamente giurisdizionale", dovendo questo compiere un peculiare "procedimento logico", i.e. quello di accertare "se la norma corrisponda o no", ossia "violi o no la Costituzione": opera "che deve essere rimandata", secondo Bozzi, ai tecnici adusi a compiere questo scrutinio, e cioè quelli "della giustizia ordinaria e speciale".

⁴² Cfr. P. Togliatti, che, nella seduta dell'11 marzo 1947, nel riferirsi alla Corte costituzionale, ne parla come "quella bizzarra...organo che non si sa che cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il «sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici".

⁴³ O. FUMAGALLI CARULLI, *Giurisdizione ecclesiastica e Corte costituzionale*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, cit., p. 181.

di questo, che non ne avesse analoghe fondamenta popolar-consensuali (e di rappresentatività); dall'altra quella di Martino, che paventava la pericolosità d'un organo sottoposto all'influenza delle più varie opzioni ideologiche e/o partitiche, munito del potere di interpretare norme indeterminate, il quale potesse perciò invadere (con quell'assortito retroterra ideologico) il campo del Legislatore, sovrapponendosi a quest'ultimo, con lesione del principio della divisione dei poteri⁴⁴.

Affiorava insomma una diffidenza di principio verso quest'organo di garanzia, visualizzato come un fattore distorsivo, capace di mandare in *tilt*, con la sua esistenza e il suo operato, insieme i dogmi della 'dittatura popolare', e dell'esclusivismo giuridico statale. E per quanto si trattasse di "concezioni configgenti" col nuovo "spirito democostituzionale", non era tuttavia facile "deporre categorie" che si ritenevano evidentemente dotate d'una "ragionevolezza autonoma dalla loro radice ideologica"⁴⁵: ma pure ciò andava fatto, occorrendo sempre, come disse un maestro del diritto, "ad un certo momento scegliere nel patrimonio ideale" di ciascuno "ciò che sia sacrificabile e ciò che non lo sia (...), ciò cui non si può rinunciare, da ciò che è essenziale"⁴⁶.

Alla fine, tuttavia, prevalse, forse con differente consapevolezza, la volontà di dar vita a un nuovo ordine costituzionale, imperniato sui cardini

⁴⁴ Cfr. gli interventi di Martino e Togliatti tenuti nella seduta del 6 novembre 1947. Quanto a R. Laconi, esprime chiaramente la posizione inizialmente assunta dal P.C.I. laddove, nella seduta del 5 marzo 1947 veniva a dichiarare: "Noi non possiamo ammettere che i giudici, corpo qualificato, alto e selezionato quanto si voglia, possano però immettersi nel corpo della democrazia italiana, inserirsi come organo giudicante tra legislativo e l'esecutivo, controllare la legittimità di determinati atti di Governo o la costituzionalità di determinate leggi, senza che abbiano dietro di essi una volontà del costituente". Ma v. analogamente l'intervento del compagno di partito F. Gullo, il quale nella seduta del 28 novembre 1947 ribadisce che la natura della Corte costituzionale non potesse che essere politica, per coerenza logica col fatto che il sindacato di tale organo finiva con l'essere "di natura eminentemente politica e non solamente di natura giurisdizionale". Su tutt'altro fronte, ma esprimendo non minori perplessità, appare la posizione assunta da Vittorio Emanuele Orlando nella seduta del 10 marzo 1947, quando afferma recisamente che l'autorità "ad un istituto non viene da una definizione, da un conferimento astratto di poteri", dovendo invece "avere radice nella istituzione stessa, o per la forza politica che rappresenta o per la tradizione che si è venuta formando. Ora, tali condizioni mancano totalmente in questa futura Corte che avrà la formidabile competenza di giudicare la validità delle leggi".

⁴⁵ O. FUMAGALLI CARULLI, *Giurisdizione*, cit., p. 182.

⁴⁶ A. C. JEMOLO, *Società civile e società religiosa*, Einaudi, Torino, 1959. Sul passaggio, vedi le riflessioni di F. MARGIOTTA BROGLIO, nel suo *Arturo Carlo Jemolo, il giurista, il politico*, pubblicato originariamente in *Nuova Antologia*, CXVI, 1981, pp. 81 e ss., ora raccolto con altri studi dell'A. sui principali maestri italiani del diritto ecclesiastico e canonico nel volume curato da A. Chizzoniti e G. Mori, *Religione, diritto e cultura politica nell'Italia del Novecento*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 24.

del pluralismo sociale⁴⁷ e con una concezione del potere tendenzialmente più protesa verso la dimensione orizzontale-collegiale, che verticale-

⁴⁷ Prende vita, cioè, un modello di Stato che pare coincidere per molti versi con quello prefigurato da G. La Pira in seno alla relazione illustrativa al *Progetto dei Principi relativi ai rapporti civili* presentato nel settembre 1946 alla Prima Sottocommissione, e confermato nel discorso da lui tenuto l'11 marzo del 1947 avanti all'Assemblea Generale della Costituente. La Pira, infatti, vagheggia in quelle sedi la creazione di uno Stato il cui compito preminente sia rappresentato dalla promozione della personalità dell'uomo e delle entità sociali nelle quali detta personalità si esprime. Tale ambizione, condivisa da molti costituenti di parte cattolica (ma che lascia "tiepidi" taluni componenti di altre fila, in particolare quelle socialista e liberale), si fonda sulla dichiarazione d'intenti che La Pira già manifesta in una lettera scritta una manciata di giorni dopo l'insediamento della "Commissione dei 75", ove è auspicata la stesura di "un primo articolo che vorrei desse il tono a tutta la Costituzione, disegnando l'architettura e definendone l'ispirazione". Articolo che "Suona così: nello Stato italiano che riconosce l'origine e la destinazione divina dell'uomo, scopo della Costituzione è il presidio e il potenziamento della persona umana e degli enti sociali nei quali si integra e progressivamente si espande". Questo traguardo risulta talmente importante per La Pira, che egli ne fa addirittura discendere il senso della sua partecipazione al progetto costituente, come dimostra la chiosa al pensiero succitato, posta però in forma di quesito, a confessare l'esistenza di talune esitazioni sul buon esito dell'operazione; alla domanda: "...riusciremo a murare questa pietra d'angolo?" segue infatti l'immediata risposta "...E' quello che io spero tanto: e se ciò avvenisse la ragione della mia presenza sarebbe trovata". Per ottenere questo scopo s'impone la previa delineazione di una precisa "concezione teoretica" dell'essere umano, della sua natura "...e di conseguenza della natura e della struttura del corpo sociale", premessa ineludibile perché quest'ultima si vesta di una sostanza normativa idonea a sorreggere il complessivo ordito costituzionale. Una concezione antropologica che dovrà discostarsi da quella fatta propria dal Regime fascista, per la quale la persona umana, lungi dall'essere antecedente rispetto allo Stato, veniva intesa quale "...elemento sostanzialmente unito al corpo sociale e più esattamente allo Stato". Risulta, più in generale, avversata l'idea statualista-hegeliana che, negando autonomia all'esperienza umana tanto nella sua dimensione individuale, quanto in quella comunitaria, rende legittima l'equazione per cui "come la persona non ha una finalità propria e una propria libertà, così non hanno una finalità propria e una propria libertà, e quindi un proprio statuto giuridico, tutti gli enti che non sono ancora lo Stato, ma che sono organi dello Stato: quindi privi tanto di valore originario, quanto di diritto originario". Ma La Pira prende le distanze, altresì, dal modello razionalista-individualista (che lui chiama "atomistico") di matrice rousseiana e illuministica che, nel negare la componente di naturale socialità dell'essere umano, rende inevitabile sul piano concettuale il ricorso al contratto sociale per assicurare un'ordinata convivenza (dato lo scarso - per non dire irrisorio - rilievo attribuito all'aggregazione spontanea degli individui) ed al contempo, sul versante pratico, assevera una legiferazione che, come nel caso più eclatante, rappresentato dalla legge Le Chapelier del 1791, conduce a troncare *ex auctoritate* i nessi sorgenti dall'inclinazione umana alla socialità: un percorso che conduce ad un ordinamento nel quale gli individui si ritrovano uniti solamente dal timore delle sanzioni che colpiscono chi infrange il suddetto contratto sociale, e, tutt'al più, dai rapporti di tipo commerciale che sovrintendono le "corporations". Si ha di mira, invece, in La Pira un sistema completamente differente, incentrato sull'essere umano quale punto di convergenza di tutte le articolazioni che da quel medesimo sistema dipartono, nella misura in cui si possa procedere "dall'individuo allo Stato attraverso la mediazione di ordinamenti anteriori, la cui esistenza non può essere disconosciuta". Cfr. in proposito (anche con

gerarchica, del suo esercizio⁴⁸. Un assetto complessivo, nel quale la Corte poteva operare con una legittimazione che nasceva da un'effettiva superiorità gerarchica ma non espressiva "di un potere soggettivo più alto o più forte", bensì di "norme qualificate superiori in virtù della loro intrinseca fondamentalità"⁴⁹. Il controllo di costituzionalità, in questa nuova prospettiva, veniva accolto senza o quasi ritrosie (anche da chi prima ne era avversario⁵⁰), diventando emblema della stessa sovranità statale: per quanto complicato da razionalizzare fosse (e resti) il concetto, vi sarebbe stato dunque un organo dalla natura giurisdizionale, ma *anche* politica, che lo avrebbe posto in essere.

L'esito, in estrema sintesi, non può che essere un rapporto mutato fra giudice e legge, da cui scaturisce (forse inevitabilmente, viste le premesse) un primo, considerevole fattore - insieme ad altri, di cui si dirà appresso - che determina il fenomeno attuale della crescente implementazione del diritto giurisprudenziale nell'esperienza giuridica. Ciò in quanto la Corte costituzionale, a presidio delle norme della Carta e della loro immediata precettività, prende a indicare all'interprete (spesso con sentenze interpretative di rigetto) il significato da attribuirsi volta per volta alla legge (oggetto della questione) per renderla a quelle ubbidiente⁵¹: ma facendo ciò,

riferimento ai richiami culturali che evocano questi rilievi, come - tra gli altri - il tomismo, il personalismo di Mounier e Maritain; il cattolicesimo sociale di Toniolo e Sturzo, e tra esso il pensiero istituzionalista di Hauriou, il peculiare filone socialista di Gurvitch, Renard e Delos) tra gli altri U. DE SIERVO, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Vita e Pensiero, Milano, 1980; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989, p. 15 e ss.; M. MASSA, *In margine a due discorsi di La Pira e Dossetti Costituenti*, in *Nomos*, Roma, II, 2001, pp. 68-69; G. DALLA TORRE, *La riforma della legislazione ecclesiastica: testi e documenti per una ricostruzione storica*, Pàtron, Roma, 1985, p. 69 e ss.; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, 1999, p. 70 e ss.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. 1 ottobre 2003, n. 303, da cui si ricava, tra l'altro, che qualunque dinamica delle relazioni tra poteri nell'ordinamento giuridico italiano, risulta coerente con "... la sistematica delle autonomie costituzionali", se e in quanto "obbedisc[a] ad una concezione orizzontale-collegiale dei reciproci rapporti più che ad una visione verticale-gerarchica degli stessi".

⁴⁹ G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d'Italia*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante in collaborazione con L. Minervini, Einaudi, Torino, 1998, p. 944 e ss.

⁵⁰ Rimarca G. D'ORAZIO (citato da O. Fumagalli Carulli, cit., p. 182, nota 4), nel suo *La Genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981, come Umberto Terracini ebbe a dire come i comunisti fossero "...lieti che l'Assemblea costituente [avesse] deliberato la formazione di questo organismo", rilevando, peraltro, come "il massimo di garanzia delle libertà, il massimo di democraticità di un regime sia dato dalla massima separazione dei poteri".

⁵¹ M. CAVINO, *Diritto vivente*, voce, in *Dig. Disc. Pubbl.*, agg. 4, p. 140.

finisce inevitabilmente con lo stimolare nei giudici comuni un atteggiamento sempre meno passivo, e anzi spesso critico col prodotto legislativo. Questi ultimi, infatti, dapprima con l'individuazione ed il rinvio alla Consulta delle questioni di costituzionalità, e poi anche attraverso (lo strumento del)l'interpretazione adeguatrice - i.e. quella conforme a Costituzione - assumono progressivamente consapevolezza che il dato legale, lungi dall'essere "tutto il diritto", ne è solo una parte; e che il resto, come conferma la dottrina elaborata *proprio dalla Consulta*, è per vasta parte composto dal "diritto vivente"⁵², ossia il diritto giurisprudenziale "costantemente applicato e consolidato ad opera dell'organo di nomofilachia o, comunque, di una Corte suprema"⁵³. Come a dire che è proprio la Corte costituzionale a chiarire che il *Lebendes Recht* si fa mezzo, dunque, con cui le Corti assumono una funzione a tutti gli effetti "paranormativa". Principio, questo, conclamato *apertis verbis* dalla Consulta nel 1997, quando afferma che gli orientamenti "*stabilmente consolidati nella giurisprudenza*" riguardo all'esegesi di una norma, radicano un certo suo preciso significato nell'ordinamento, ed è con quello che quest'ultima, per l'appunto, "vive" nel sistema; talché è ben possibile sottomettere quest'ultima, così interpretata, allo scrutinio di costituzionalità, nel senso che solo "*l'intervento del legislatore*" o della stessa Consulta può determinarne una modifica⁵⁴.

Insomma, come probabilmente non poteva essere diversamente, stante la sua natura *non solo giurisdizionale*, è proprio il Giudice *delle leggi* che sanziona la fine della centralità certa di *queste ultime* nel sistema: laddove non necessariamente le norme in sé considerate, ma anche le argomentazioni giuridiche contenute nelle sentenze delle Corti vengono a regolare l'esistente e, se del caso, a subire lo scrutinio costituzionale. Così che tali argomentazioni finiscono col diventare, esse stesse "le vere e proprie norme, o comunque, vengono considerate tali"⁵⁵: fatto che, come e prima di altri, segna (allo stato) la fine del tempo in cui la legge, e solo la legge, appare la "casa delle norme"⁵⁶.

⁵² A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994.

⁵³ N. PICARDI, *La funzione del giudice nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Giust. civ.*, 2003, IX, p. 368. Cfr., altresì, G. RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁵⁴ Corte costituzionale, sent. 350 del 1997.

⁵⁵ N. PICARDI, *La funzione del giudice*, cit., p. 369.

⁵⁶ S. BERLINGÒ, *Diritto interculturale: istruzioni per l'uso di un ecclesiasticista-canonista*, in *Daimon*, 2008, p. 46.