



LA CORTE HABERMASIANA DI D'ORAZIO*

di Mario Dogliani**

1.- Il modo migliore per onorare Giustino d'Orazio è immettere le sue riflessioni nel dibattito attuale, a confronto con i problemi attuali della giustizia costituzionale. E' ovvio che ciò potrebbe essere detto di tutti coloro che hanno dato al costituzionalismo contributi profondi, e dunque non dissolti nelle situazioni contingenti che li hanno determinati. Ma per D'Orazio il collegamento con l'oggi è di immediata evidenza, in quanto deriva dalla sua prefigurazione del problema "massimo" che per la giustizia costituzionale si è venuto via via ponendo in modo sempre più netto: il problema di definire in che cosa consista esattamente la natura di "giudice" della Corte costituzionale.

Prima di affrontare il problema, vorrei però esprimere la mia ammirazione per il suo volume *La genesi della Corte costituzionale* (1981).

Immediato è il riferimento al notissimo testo di Eugenio Garin *La filosofia come sapere storico* (1959). Verrebbe da dire, parafrasando, che il volume di D'Orazio potrebbe portare come sottotitolo: "Il costituzionalismo come sapere storico". Invece delle consuete trame concettuali D'Orazio fa vivere nelle parole e nelle biografie dei costituenti e dei protagonisti del dibattito intellettuale del tempo i problemi e i conflitti che dovevano essere risolti per addivenire al compromesso costituente, rappresentando, in modo vivido e sanguigno, quei problemi nella ricostruzione delle loro ascendenze culturali e nelle loro implicazioni politiche.

Un'ulteriore annotazione quanto al suo metodo realistico di indagine.

Fin dalla prima pagina della *Introduzione* di questo volume D'Orazio afferma la fecondità - per la sua ricerca - dei contatti con la scienza politica. E ripeterà molto

* Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno. Relazione al Convegno in memoria di Giustino D'Orazio *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, Piazza del Quirinale, Roma, 20 febbraio 2017.

** Professore emerito di Diritto costituzionale, Università di Torino.

spesso questa indicazione - anche negli scritti successivi - perché ciò che gli serve è la ricostruzione delle costanti rinvenibili «in quella non codificabile realtà» che è la tensione tra il ruolo assegnato normativamente all'organo della giustizia costituzionale e il ruolo di fatto assunto da quest'ultimo nella concretizzazione della sua funzione (ma lo stesso discorso vale, negli scritti successivi, per il ruolo del Parlamento).

Alla luce del libro - e della precisazione fin da subito avanzata da D'Orazio - non so se sia più esatto parlare, all'interno della alternativa che egli prospetta, di una ricerca della conferma di costanti - o addirittura di «leggi politiche proprie dell'evoluzione delle istituzioni costituzionali» - o non piuttosto, come egli ipotizza immediatamente, di una ricerca tesa «a tracciare o perfezionare certe linee di tipizzazione empirica». E aggiunge «se non di vera e propria teorizzazione»¹, ove per "teorizzazione" non si può non intendere una ordinata descrizione di una sequenza di tipi in senso weberiano (e dunque utilizzabili, nell'ambito delle scienze sociali, *ad docendum*; ma nel campo del diritto - o meglio: di un ordinamento valido - essendo tratti da norme valide, anche *ad iubendum*, cioè come principi dell'ordinamento stesso).

2.- Questo scritto, con le scelte di metodo ora richiamate (una «più ampia prospettiva di ricerca *extra ordinem*»)², pone il fondamento della successiva riflessione di D'Orazio in quanto - proprio attraverso l'ampiezza di vedute consentita da questa ricerca storica (e dunque realistica in termini di scienza politica, ma contemporaneamente normativa, in quanto fatta di materiale giuridico "valido") - definisce in termini volutamente e felicemente (proficuamente) ambivalenti la natura dell'organo di giustizia costituzionale e il fondamento della sua legittimazione (di giudice, legittimato dal diritto che deve applicare, e contemporaneamente di arbitro, legittimato dal riconoscimento che le sue pronunce ricevono) e la sua collocazione nella forma di governo in senso ampio.

Nel successivo volume *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*³ D'Orazio prosegue con lo stesso metodo storico-politico e si muove nello stesso solco, avendo al suo centro il problema della collocazione della Corte nella dinamica dei rapporti tra gli organi costituzionali (della forma di governo, come si è detto, in senso ampio), e, sulla base di questo, il problema dell'accesso del soggetto privato nella instaurazione e nello svolgimento del processo costituzionale.

Non solo nell'Introduzione e nella premessa storica, ma soprattutto nel capitolo II e, particolarmente, nel capitolo III della parte seconda - il cui titolo è «*Superamento della classica pregiudiziale del difetto di legittimazione democratica del giudice delle leggi quale organo di garanzia. Nuovi e più moderni orientamenti politologico-istituzionali per la ricerca di una definizione. Duplice profilo della legittimazione della Corte Costituzionale (in titolo ed in esercizio)*»

¹ Giustino D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano 1981, pp. 19-20.

² *Ibidem*.

³ Giustino D'Orazio, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano. Seconda edizione ampliata ed aggiornata*, Giappichelli, Torino 1992.

D'Orazio affronta di petto la questione della natura non solo giurisdizionale della Corte.

Mi limito a sottolineare il passo in cui D'Orazio afferma: «...dando credito all'organo di garanzia e ponendolo a giudice e arbitro delle controversie (*fino a che punto giuridiche?*)⁴ tra maggioranza e minoranza, cioè all'interno stesso della dialettica che costituisce l'essenza di un regime democratico-parlamentare, talune costituzioni o leggi di revisione costituzionale⁵ hanno mostrato *per tabulas* di lasciar cadere l'antica pregiudiziale»⁶ (del difetto di legittimazione democratica per svolgere attività, evidentemente, di natura politico-creativa non riconducibili a quella del giudice).

Risolvere in questo modo una questione così delicata significa che quello che è considerato dirimente è l'argomento storico-comparatistico, e cioè che i "tipi" nel discorso giuridico valgono sia *ad docendum* che *ad iubendum*.

Il terzo scritto che mi limito a prendere in considerazione è *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi*⁷. E' indubbiamente diverso dai precedenti trattandosi di una ricostruzione orientata - in modo costituzionalisticamente militante - a una proposta di politica costituzionale.

Se nel volume precedentemente citato i perni dell'orientamento di politica costituzionale erano due (il completamento e il perfezionamento dello stato di diritto come stato che, da un lato, rifiuta la tirannia della maggioranza, e che, dall'altro, tende alla massima garanzia dei diritti dei singoli) qui la proposta è più nettamente orientata alla prima questione: dunque al possibile ruolo della Corte Costituzionale nel delimitare il campo della sovranità parlamentare, nel partecipare (di conseguenza, indirettamente, ma obiettivamente) alla dialettica maggioranza-opposizione prestando tutela alla «necessaria partecipazione delle minoranze alla determinazione sostanziale del contenuto sostanziale della legge»⁸, e conseguentemente prestando tutela anche alla minoranza della maggioranza. La Corte deve cioè, secondo D'Orazio, poter partecipare alla dialettica interna alla maggioranza, tra la sua maggioranza e la sua opposizione (da questo la sua preferenza per la attribuzione della titolarità del potere di ricorso non ai gruppi parlamentari, ma a raggruppamenti di parlamentari liberamente formati ed aperti).

Al centro della posizione di D'Orazio non sta, a mio avviso, tanto la questione degli interessi metamaggioritari (facendosi valere i parametri della non-incostituzionalità,

⁴ Corsivo mio.

⁵ Il riferimento è di diritto comparato, agli ordinamenti tedesco, spagnolo, austriaco e francese.

⁶ Giustino D'Orazio, *Soggetto privato cit.*, p. 99.

⁷ Giustino D'Orazio, *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi (prolegomeni ad una soluzione italiana)*, Giuffrè, Milano 1996.

⁸ Il titolo del capitolo I dell'opera in esame è: «L'idea emerge già nei primi anni della vita parlamentare repubblicana - La legge da espressione della mitica "volontà generale" ad atto di precaria composizione di interessi - Asserita insufficienza della partecipazione giuridico-formale della minoranza al procedimento legislativo e diffusa affermazione della necessaria partecipazione di quella anche alla determinazione sostanziale del contenuto della legge: orientamenti e punto d'incontro della dottrina giacobino-convenzionalistica e di quella liberale. Una ulteriore e moderna garanzia costituzionale della minoranza parlamentare: il ricorso diretto al giudice delle leggi (Corte costituzionale)».

tutti gli interessi volti a tal fine sono, per definizione, metamaggioritari), quanto una concezione complessiva della politica e della legge: una concezione discorsiva, habermasiana - diremmo oggi - della politica e della legislazione, che D'Orazio riassume richiamandosi a Luigi Einaudi e a Edoardo Ruffini, sottolineando la necessità che i voti non siano solo contati, ma - idealmente e in modo apparentemente paradossale - anche pesati, nel senso che realizzino un connubio tra *maior pars* e *sanior pars*: due criteri che sembrano logicamente inconciliabili, ma che invece devono essere conciliati. Riconosce che non è un problema nuovo, perché nella teoria del parlamentarismo si auspicava che tale conciliazione avesse luogo nello svolgimento stesso del procedimento legislativo, affinché la legge non sia soltanto il prodotto di una forza, espressa da un numero, più o meno occasionale ed omogeneo, ma il frutto della ragione, cioè di un incontro e confronto di idee e interessi che, con una più ampia capacità di persuasione, le conferiscano una più avvertita precettività giuridica ed una intrinseca e verificabile razionalità. Quando si verifici, appunto, il «vero compromesso» (e qui usa parole di Luigi Einaudi) «allora soltanto la legge non è, in verità, l'espressione della volontà di una parte intesa a sopraffare l'avversario, ma della volontà generale. La legge è osservata da tutti, è legge attiva e fruttuosa perché è frutto del compromesso tra gli opposti e della adesione dei meno alla norma deliberata da coloro che si sono fatti l'eco della volontà dei più. La legge è sempre formalmente coattiva, ma è viva ed operosa solo se ad essa aderisce subito, senza rimpianto, la minoranza vinta. Soltanto allora il popolo dice: questa è legge. E ad essa ubbidisce».⁹

In quest'ottica il ruolo della Corte è - a mio parere, in tutte le opere di D'Orazio - più quella di garante della legge come esito di un processo discorsivo e arbitro delle vicende che portano a questo esito, che quella di giudice come applicatore di sillogismi.

Questa contrapposizione concettuale, ma coesistenza pratica, tra giudice e arbitro, significa, in una parola, che la Corte costituzionale deve sapersi porre - avendo acquisito una legittimazione *in exercitio* - come l'organo che ha l'ultima parola sulle questioni che la fine della sovranità parlamentare fa sorgere.

Venuta meno la sovranità della legge come atto di chiusura dell'intero ordinamento, in quanto atto di garanzia (del pluralismo politico) che si realizza nel momento stesso in cui si produce (nel Parlamento), è necessario - dopo che si sono moltiplicate le garanzie, o, più precisamente, le possibilità di conflitto, ad opera del pluralismo sociale, delle giurisdizioni, dell'ambiente mass-mediatico, dello sfarinamento della mediazione partitica ... - trovare un elemento di chiusura del sistema reso complesso dall'insieme stesso delle garanzie. In questo senso la Corte costituzionale non è solo

⁹ Le parole di Einaudi (da *Maior et sanior pars*, (1945), in *Il buongoverno*, Laterza, Bari 1973, p. 117) sono citate a pag. 15, nel corso di una serrata critica all'autosufficienza del principio maggioritario, definito proprio con le parole di Einaudi: «quando la maggioranza dei cittadini ha voluto, direttamente o per mezzo dei suoi rappresentanti ... tutto è finito. Vox populi, vox dei. La questione è decisa ed alla minoranza non rimane se non inchinarsi ed obbedire Tutta la logica del governo democratico sta in questo semplice, nudo, ineccepibile ragionamento» (*ibidem*, p. 97).

(in quanto giudice) la più importante delle garanzie, ma, in quanto arbitro, deve essere l'elemento di chiusura dei conflitti che il sistema delle garanzie medesimo apre.

E' qui che assume tutto il suo significato quella domanda posta - anzi, lasciata cadere - da D'Orazio nella citazione sopra riportata («dando credito all'organo di garanzia e ponendolo a giudice e arbitro delle controversie (*fino a che punto giuridiche?*) tra maggioranza e minoranza, cioè all'interno stesso della dialettica che costituisce l'essenza di un regime democratico-parlamentare ...») perché quella domanda (*fino a che punto giuridiche?*) è riferibile a una grandissima parte delle controversie affrontate dalla Corte. Ricordiamoci i dubbi e i tentennamenti che accompagnarono l'avvio del controllo di costituzionalità ex art. 3 primo comma: il timore di sovrapporsi alla discrezionalità legislativa, ma l'impossibilità di non farlo, pena la vanificazione totale della norma costituzionale, il rifugio nel senso di responsabilità della Corte ... Il punto è sempre lo stesso: la pregiudiziale della non democraticità in relazione allo "sconfinamento" nel campo della discrezionalità legislativa cade - concettualmente - perché è impossibile qualificare come "sotto ogni punto di vista giuridiche" la gran parte delle questioni che la Corte deve risolvere.

D'altra parte le controversie che la Corte affronta fondandosi non sulla sua legittimazione *in titulo*, ma su quella - acquisita - *in exercitio*, sono pur esse affrontate nella stessa forma attraverso cui essa opera quando agisce *ex titulo*. Questa identità di forma potrebbe derivare da una dissimulazione (come oggi alcuni sostengono, sottolineando il carattere posticcio di alcune argomentazioni), ma D'Orazio lo nega, e la fa derivare dal fatto che le due forme di legittimazione sono strettissimamente legate: sono il frutto di una «distinzione concettuale», dice D'Orazio, e «la seconda non può non trovare dei limiti che sono fondati e connaturali nella prima (per cui anche il consenso non giustificerebbe, al di là di una loro pur ammissibile evoluzione, l'alterazione di quei limiti, ad esempio nei rapporti Corte-parlamento)»¹⁰. Distinzione concettuale, come si è già detto, ma coesistenza pratica. Che cosa significa? Secondo D'Orazio - a mio parere - significa che il percorso argomentativo deve essere della stessa qualità in entrambi i casi. E' il parametro che cambia: da norma giuridica a principio giuridico (se tiene la distinzione tra norme e principi: tema che qui non possiamo discutere) a canone di ragionevolezza, di saggezza reggitrice del momento che sta attraversando l'ordinamento costituzionale. Il parametro accentua il suo carattere di "canone politico" nel senso più alto della parola. Ma il tragitto dalla norma al canone di saggezza (termine che, a mio parere, deve essere preferito a quello di "ragionevolezza", perché una sterminata letteratura troppo indulgente ai giochi di parole ha finito per farlo apparire come un criterio giuridicamente conformabile: il che non è) deve essere compiuto con estrema attenzione e parsimonia, perché il principio sacrificato è il principio rappresentativo: l'architrave di tutto l'edificio costituzionale, che può incontrare dei limiti, non delle negazioni.

¹⁰ Giustino D'Orazio, *Soggetto privato, cit.*, p. 113

Oggi la Corte è all'apice della sua *auctoritas in exercitio*, perché il Parlamento e il principio rappresentativo sono i grandi ammalati. Chi non voglia perdersi in sentieri oscuri, deve interrogarsi con urgenza sulla domanda: come evitare - attraverso strumenti istituzionali, che non possono evidentemente surrogare i ben più radicali strumenti politico culturali - l'ulteriore emarginazione del Parlamento e del principio rappresentativo?

In questa prospettiva strumenti come il giudizio preventivo di illegittimità che la riforma costituzionale seccamente bocciata ipotizzava per le sole leggi elettorali, potrebbe essere utile - nell'ottica prospettata da D'Orazio - per garantire alla legge quel carattere discorsivo che la natura e la composizione del Parlamento purtroppo non sono più in grado di garantire.

Il problema non è discutere sul primato del procedimento parlamentare di produzione delle leggi o sul primato del procedimento di controllo della costituzionalità delle leggi al fine di realizzare la loro razionalità - rispetto al fine e rispetto alla struttura dell'ordinamento (la loro coerenza interna) - da un lato, e la loro razionalità discorsiva (ragionevolezza), dall'altro.

Ambedue presentano difficilissimi problemi. Confesso di provare tuttora ammirazione per la visione "orlandiana" della legislazione e della sovranità parlamentare, e per la concezione kelseniana scarna, meramente procedurale, del processo di produzione delle fonti del diritto, nemica di una loro contaminazione diretta col mondo dei valori (diretta, perché ovviamente è insopprimibile il collegamento indiretto che lega la legge alla natura, all'anima, alle passioni ... dei protagonisti del procedimento parlamentare). Confesso anche ho letto con una simpatia che tuttora mantengo le considerazioni di Jeremy Waldron sulla dignità della legislazione.

Ma la considerazione realistica del momento storico ci obbliga a riconoscere che il mero procedimento parlamentare non è in grado di garantire le due forme di razionalità prima citate.

E' opportuno dunque configurare l'intervento della Corte non tanto come un controllo nemico, ma come un controllo cooperativo. E travasare questa visione nella letteratura e soprattutto nella manualistica. Quanti decenni sono che si parla di detronizzazione della legge, che la si presenta come una serie occasionalistica di misure sconclusionate e mal scritte a fronte della superiore razionalità dei giudizi della Corte?

La crisi della legge, della rappresentanza, del Parlamento e della politica - di cui tanto soffriamo - sono anche - ritengo - la conseguenza di un non adeguato sostegno, da parte della dottrina, al loro difficilissimo dover essere. Sostegno che proprio dalla Corte potrebbe provenire, qualora le minoranze parlamentari fossero messe in grado di ricorrere ad essa.

Enzo Cheli, nella sua prefazione al volume *La genesi della Corte costituzionale*, aveva (siamo nel 1981) con forza richiamato alla necessità di una storia della Corte

costituzionale che non fosse soltanto una sistematizzazione della sua giurisprudenza. Non tocca a me oggi dire se quella storia sia stata scritta. Ma di una storia della Corte come organo di garanzia del carattere discorsivo-inclusivo del procedimento di produzione delle leggi - al di là del mero principio di maggioranza - avremmo (e avremo in futuro) un gran bisogno.