



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

La Rivista / Quaderno n° 6

Fascicolo speciale monografico

A cura di

**Marta AURINO, Alessandro DE NICOLA,
Maria Chiara GIRARDI, Laura RESTUCCIA,
Pietro VILLASCHI**

**«Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo:
questioni attuali e prospettive future»**

in memoria di

PAOLO CARROZZA



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

**La Rivista / Quaderno n° 6
Fascicolo speciale monografico**

A cura di

**Marta AURINO – Alessandro DE NICOLA –
Maria Chiara GIRARDI – Laura RESTUCCIA – Pietro VILLASCHI**

**Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo:
questioni attuali e prospettive future**

Atti del Seminario di diritto comparato – 16 marzo 2023

in memoria di
Paolo Carrozza

Contributi di:

S. Benvenuti – R. Cabazzi – D. Caccioppo – M. Caldironi – D. Camoni – M. Carniama
– E. Cavasino – A. Chiappetta – I. Ciolli – I. De Cesare – M. D’Amico – V. Di Capua
– J. Ferracuti – S. Filippi – G. Formici – A. Formisano – E. Gabriele – G. Galustian –
P. Gambatesa – I. Giugni – I. Gómez Fernández – K. Goni – A. González Moro – F.E.
Grisostolo – F. La Placa – B. Liberali – A. Lo Calzo – L. Madau – L. Mariantoni – M.
Millon – R. Niro – C. Padrin – L. Pace – G. Repetto – A. Riccioli – Giu. Serges – F.
Severa – E. Skrebo – S. Sydoryk – L. Tregou-Delvescovo – J. Vachey – L.P. Vanoni
– G. Vasino – G. Verrigno – P. Villaschi – D. Zecca.

Quaderno monografico abbinato al fascicolo 2023/3 de «La Rivista Gruppo di Pisa»

Atti del Seminario di diritto comparato dell'Associazione "Gruppo di Pisa" del 16 marzo 2023 su "Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo: questioni attuali e prospettive future" – Università degli Studi di Milano

Tutti i contributi sono stati sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista

Finito di comporre nel mese di dicembre 2023

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2023-2025, **Direttore responsabile:** Massimo Siclari (*Università degli Studi «Roma Tre»*).

Comitato di Direzione: Andrea Cardone – Referente responsabile per la Rivista (*Università degli Studi di Firenze*), Tanja Cerruti (*Università degli Studi di Torino*), Nannerel Fiano (*Università degli Studi di Milano*), Nicola Pignatelli (*Università degli Studi di Bari «Aldo Moro»*), Alessio Rauti (*Università degli Studi «Mediterranea» di Reggio Calabria*), Michela Troisi (*Università degli Studi di Napoli Federico II*).

Comitato di Redazione: COORDINAMENTO TRA LE SEZIONI: Antonello Lo Calzo – Coordinatore del Comitato di redazione (*Università di Pisa*), Pietro Villaschi (*Università degli Studi di Milano*).

SEZIONE SAGGI E RELAZIONI: Stefano Bissaro (*Università degli Studi di Milano*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Lavinia Del Corona (*Università degli Studi di Milano*), Giuseppe Donato (*Università degli Studi di Messina*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Valentina Pupo (*Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli Federico II*), Giuliano Serges (*Università degli Studi «Roma Tre»*).

SEZIONE RECENSIONI: Alberto Arcuri (*Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa*), Antonino Amato (*Università degli Studi di Messina*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi «Roma Tre»*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*).

SEZIONE FORUM: Bruno Brancati (*Università di Pisa*), Rossana Caridà (*Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL FASCICOLO SPECIALE N° 6

Nota dei curatori

Marta AURINO, Alessandro DE NICOLA, Maria Chiara GIRARDI, Laura RESTUCCIA,
Pietro VILLASCHI..... 1

Presentazione

Marilisa D'AMICO, *Presentazione*..... 5

Introduzione al Seminario

Gohar GALUSTIAN, *Introduction et remerciements*..... 9

Giuliano SERGES, *Saluti introduttivi*..... 11

PRIMA SESSIONE

Relazioni

Elisa CAVASINO, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo: l'esperienza italiana*..... 17

Itziar GOMEZ FERNANDEZ, *La jurisdicción constitucional española en el s XXI:
cuestiones actuales y perspectivas futuras*..... 47

Giorgio REPETTO, *Ascesa, trasformazione e crisi del Bundesverfassungsgericht.
Il modello tedesco di giustizia costituzionale alla prova dell'esperienza*..... 73

Luca Pietro VANONI, *La Corte Suprema americana nell'era della polarizzazione:
una riflessione costituzionale su Judicial Activism e Judicial Supremacy*..... 99

SECONDA SESSIONE

PARTE I

LE FONTI DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE, TRA PROBLEMI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

Introduzione ai lavori del I Atelier

Leonardo PACE, *Le fonti della giustizia costituzionale, tra problemi e prospettive di riforma. Introduzione ai lavori del I atelier*..... 139

Contributi dei partecipanti

Riccardo CABAZZI, *Quando la Corte non c'è...il legislatore "balla": enti locali e "spazi" costituzionali*..... 151

Viviana DI CAPUA, *I diritti fondamentali al cospetto del giudice costituzionale. Una riflessione a partire dal reclamo alla Corte costituzionale nella Repubblica della Lettonia* 165

Jacopo FERRACUTI, *Conflitti interorganici e procedimento "bifasico". Un unicum tutto italiano?*..... 183

Silvia FILIPPI, *I conflitti di attribuzione sollevati dai parlamentari dopo l'ordinanza n. 17 del 2019. Profili critici e riflessioni a margine del procedimento di Organstreit*..... 197

Lorenzo MADAU, *I decreti del Presidente della Corte costituzionale: l'emergere di una nuova fonte atipica del diritto processuale costituzionale?*..... 213

Luca MARIANTONI, *Al di là di accoglimento ed ammissibilità. Gli effetti delle (più o meno) nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale sul referendum abrogativo e sulla futura giurisprudenza*..... 229

Maxime MILLON, *La célérité, clé de voûte de l'efficience de la procédure QPC*..... 247

Sacha SYDORYK, *Modifier les décisions constitutionnelles insusceptibles de recours : le cas de la rectification d'erreur matérielle des décisions du Conseil constitutionnel*..... 265

Giulia VASINO, *Sulla dialettica fra Corte e legislatore alla luce delle recenti evoluzioni del processo costituzionale. Verso un primo bilancio*..... 277

Conclusioni

Raffaella NIRO, *Il giudice costituzionale e il suo giudizio nell'evoluzione delle fonti: note sparse riassuntive*..... 295

PARTE II

EVOLUZIONE, COMMISTIONE, EVANESCENZA DEI MODELLI DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Introduzione ai lavori del II Atelier

Pietro VILLASCHI, *Evoluzione, commistione, evanescenza dei modelli di giustizia costituzionale. Introduzione ai lavori del II atelier*..... 319

Contributi dei partecipanti

Andrea CHIAPPETTA, *L'undefettibile centralità della Corte costituzionale nella tutela multilevel: tra quantità dei diritti e qualità della protezione*..... 321

Ilaria DE CESARE, *Il modello accentrato italiano nella recente giurisprudenza sulla doppia pregiudiziale*..... 335

Emanuele GABRIELE, *Sistemi democratici e assenza di constitutional review of legislation. Dibattiti e prospettive di riforma negli ordinamenti olandese e britannico*..... 349

Kassandra GONI, *L'utilisation de l'argument consequentialiste par les Jurisdictions constitutionnelles*..... 361

Francesco Emanuele GRISOSTOLO, *Il controllo sull'esercizio del potere pubblico fra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa. Fenomeni di circolazione delle tecniche di giudizio in prospettiva comparata*..... 375

Ferdinando LA PLACA, *L'evoluzione del controllo di costituzionalità: da un controllo esclusivamente preventivo ad un controllo diffuso. Il caso finlandese e la recente proposta di riforma nei Paesi Bassi*..... 391

Francesco SEVERA, *Il caso della riforma giudiziaria israeliana: sindacato di costituzionalità e potere politico, tra dialogo e conflitto*..... 403

Conclusioni

Simone BENVENUTI, *Il posto delle giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo tra funzione di garanzia della Costituzione e indirizzo politico-costituzionale*..... 421

PARTE III

IL RUOLO DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NELL’ENUCLEAZIONE DEI DIRITTI

Introduzione ai lavori del III Atelier

Julien VACHEY, *Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la consécration de nouveaux droits. Introduction aux travaux de l’atelier III*..... 441

Contributi dei partecipanti

Dorinda CACCIOPPO, *L’ambiente negli esiti del (supposto) dialogo tra legislatore costituzionale, Corte costituzionale e corti sovranazionali: il caso italiano e francese a confronto*.....445

Mathieu CARNIAMA, *Le rôle limité de la justice constitutionnelle en matière de « constitutionnalisme vert » dans l’Indianocéanie*..... 461

Giulia FORMICI, *Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nell’era tecnologica: verso un digital rule of law?*.....469

Paolo GAMBATESA, *La disapplicazione per contrasto con il diritto UE e la tutela dei diritti fondamentali. Un confronto tra i più recenti orientamenti della Corte costituzionale italiana e del Tribunal constitucional spagnolo*..... 487

Ilaria GIUGNI, *Scontro fra le Corti e rivitalizzazione del principio di legalità penale*..... 501

Chiara PADRIN, *Riflessioni sulla l. cost. 1/2022 in una «prospettiva orientata al futuro»: verso la configurazione di una tutela del clima?*..... 511

Edin SKREBO, *Corti costituzionali, diritti e transizione: Bosnia ed Erzegovina e Kosovo a confronto*..... 527

Davide ZECCA, *La funzione di profilassi costituzionale come evoluzione del ruolo dei giudici costituzionali nell’interpretazione delle garanzie processuali in materia penalistica*..... 547

Conclusioni

Ines CIOLLI, *Il ruolo del giudice costituzionale in tema di enucleazione di nuovi diritti*..... 561

PARTE IV

IL RUOLO DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL SISTEMA ISTITUZIONALE

Introduzione ai lavori del IV Atelier

Antonello LO CALZO, *Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nel sistema istituzionale. Introduzione ai lavori del IV atelier*..... 577

Contributi dei partecipanti

Matteo CALDIRONI, *La "leale collaborazione" tra Corte costituzionale e legislatore*..... 589

Daniele CAMONI, *Le Corti costituzionali, tra vizi del procedimento legislativo e tutela delle minoranze parlamentari. Una comparazione tra Spagna e Italia*..... 603

Aniello FORMISANO, *Instabilità politica e rischi di sconfinamento degli organi di garanzia: considerazioni su come limitarli*..... 617

Alicia GONZÁLEZ MORO, *La democrazia interna dei partiti politici davanti alla giurisdizione costituzionale. Un'analisi dalla prospettiva italo-spagnola*..... 631

Alessia RICCIOLI, *Corti costituzionali a confronto: come cambia il fenomeno del judicial activism nel panorama costituzionale colombiano e italiano*..... 645

Lucas TREGOU-DELVESCOVO, *La doctrine italienne du droit vivant : ressource pour le Conseil constitutionnel?*..... 659

Giuseppe VERRIGNO, *Corte costituzionale e opinione pubblica: ragioni ed effetti di un rapporto in evoluzione*..... 675

Conclusioni

Benedetta LIBERALI, *"Al crocevia di spinte politiche, di suggestioni riformatrici, di possibili diverse interpretazioni del testo costituzionale": il ruolo della Corte costituzionale nel sistema istituzionale*..... 689

Informazioni sui Curatori e sugli Autori..... 715



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

NOTA DEI CURATORI

MARTA AURINO, ALESSANDRO DE NICOLA,
MARIA CHIARA GIRARDI, LAURA RESTUCCIA, PIETRO VILLASCHI

I contributi raccolti all’interno del presente fascicolo monografico (che assume la veste di Quaderno della Rivista) costituiscono una rielaborazione degli interventi che si sono tenuti in occasione del quarto Seminario internazionale di Diritto comparato dell’Associazione di studi sul diritto e la giustizia costituzionale «Gruppo di Pisa» organizzato dal Comitato dei giovani costituzionalisti in collaborazione con la *Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle* dell’*Association française de Droit constitutionnel*.

L’incontro – dedicato, anche quest’anno, alla memoria del compianto Prof. Paolo Carrozza – è stato organizzato sul tema «Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo: questioni attuali e prospettive future», e si è svolto per la prima volta in presenza, il 16 marzo 2023, presso l’Università degli Studi di Milano.

L’organizzazione del Seminario – al quale i curatori di questo fascicolo hanno collaborato in qualità di “Comitato organizzativo” – prende le mosse, come oramai noto, da una lodevole iniziativa dell’Associazione, volta a valorizzare il ruolo dei più giovani studiosi all’interno della vita accademica, favorendo altresì un allargamento degli “orizzonti” delle tematiche affrontate al di fuori della comunità scientifica italiana. Due sono, in particolare, le caratteristiche peculiari dei Seminari internazionali di Diritto comparato del Gruppo di Pisa:

- i relatori degli *ateliers* del pomeriggio vengono selezionati tramite un invito pubblico a partecipare (*call for conference papers*), tradotto in quattro lingue (inglese, francese, spagnolo e tedesco) e rivolto esclusivamente a giovani studiosi di ogni

nazionalità, dei cui contributi si compone, quasi integralmente, la seconda parte di questo Quaderno;

- a tutti viene concesso di potersi esprimere – sia per iscritto che all’orale – nella lingua di loro preferenza tra italiano, inglese, francese e spagnolo (con ciò si spiega la presenza, all’interno di questo fascicolo, di contributi in lingua straniera), nella convinzione che la “chiave” per rivolgersi ad un pubblico internazionale e giovane sia proprio quella del multilinguismo.

La risposta alla *call* è stata, anche quest’anno, straordinaria: sono pervenute richieste di partecipazione non solo da ogni parte d’Italia, ma anche da numerosi Paesi stranieri (Spagna e Francia *in primis*). L’accurata selezione delle proposte, che è stata poi compiuta dal Comitato scientifico, ha consentito al Seminario – e, di riflesso, a questo fascicolo (i cui contributi sono comunque stati sottoposti ad un’ulteriore procedura di valutazione, ai sensi dell’articolo 5 del Regolamento della Rivista) – di comporsi esclusivamente di lavori di alto livello, provenienti tanto da studiosi affermati quanto, soprattutto, da giovani talenti di diversi Paesi, lingua e formazione (non solo) giuridica.

La struttura del fascicolo riprende quella del Seminario, che si è articolato in due distinte sessioni, cui corrispondono le due “parti” di cui si compone il Quaderno:

a) La prima parte del volume raccoglie – oltre ad una presentazione della Prof.ssa Marilisa D’Amico (ex-Presidente dell’Associazione) – le introduzioni della Dott.ssa Gohar Galustian (Université Grenoble Alpes) e del Dott. Giuliano Serges (Università degli Studi «Roma Tre») e le relazioni della Prof.ssa Elisa Cavasino (Università degli Studi di Palermo), della Prof.ssa Itziar Gómez Fernández (Università «Carlos III» di Madrid), del Prof. Giorgio Repetto (Università degli Studi di Perugia), del Prof. Luca Vanoni (Università degli Studi di Milano);

b) La seconda parte, riservata alla pubblicazione degli interventi selezionati tramite la *call for conference papers* e ai contributi di coloro che sono spontaneamente intervenuti nel dibattito, è divisa in quattro sezioni, che corrispondono ai rispettivi *ateliers* pomeridiani: «Le fonti della giustizia costituzionale, tra problemi e prospettive di riforma» (sez. I); «Evoluzione, commistione, evanescenza dei modelli di giustizia costituzionale» (sez. II); «Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nell’enucleazione dei diritti» (sez. III); «Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nel sistema istituzionale» (sez. IV). Tali sezioni contengono anche una presentazione dei singoli *ateliers* redatta da alcuni componenti del Comitato dei giovani costituzionalisti e della *Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle* dell’*Association française de Droit constitutionnel*.

Con la presente raccolta, dunque, s’è inteso “lasciare traccia” di un evento scientifico che s’inserisce in quel percorso volto a rafforzare il profilo internazionale dell’Associazione e a valorizzare il ruolo dei giovani all’interno della vita associativa. Il tema prescelto, peraltro, si presta bene al raggiungimento di tali obiettivi. La giustizia costituzionale riveste oggi, ancor più che in passato, un ruolo centrale nel funzionamento dei moderni sistemi costituzionali. Ruolo che, tuttavia, necessita di essere attentamente

esaminato e meditato stanti le sempre più rapide e mutevoli trasformazioni che caratterizzano il nostro tempo.

L'analisi condotta non può che aver giovato dell'approccio comparatistico e multidisciplinare con cui si è voluto caratterizzare il Seminario, che ha visto confrontarsi e dialogare studiosi di diverse discipline e diverse nazionalità su un tema che solleva problematiche di comune interesse. Può dirsi, infatti, che in un mondo globalizzato, in cui l'osmosi tra i diversi sistemi di giustizia costituzionale è la regola e non più l'eccezione, torna d'attualità riflettere sulle sfide che interessano oggi le giurisdizioni costituzionali e sul modo in cui, nel XXI secolo, esse stiano evolvendo, cogliendo le problematiche insite in tali mutamenti e le prospettive per il futuro.

Della buona riuscita di questo fascicolo non possiamo che nuovamente ringraziare, da un lato, tutti gli Autori che hanno consentito, con i loro contributi, la pubblicazione di un Quaderno di altissimo valore scientifico e, dall'altro, il Consiglio direttivo dell'Associazione, il Comitato di direzione della Rivista e il Comitato scientifico, che hanno dimostrato, una volta di più, una sincera attenzione nella valorizzazione delle competenze dei giovani studiosi.

Infine, un doveroso ringraziamento anche ai colleghi del Comitato dei giovani costituzionalisti per il supporto e l'aiuto che ci hanno fornito per la realizzazione di questa raccolta di atti.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

PRESENTAZIONE

MARILISA D'AMICO

Il *Quaderno* raccoglie le relazioni tenutesi al Seminario «*Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo: questioni attuali e prospettive future*», svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 16 marzo 2023.

Si tratta della quarta edizione dei Seminari di diritto comparato, organizzati per la prima volta dall'Associazione «Gruppo di Pisa» nel 2020 e che sono stati introdotti dal Direttivo nel calendario degli eventi dell'Associazione al fine di precedere e trattare le medesime questioni oggetto del canonico Convegno annuale, offrendo spunti di riflessione provenienti da altri ordinamenti.

Più precisamente, il Seminario di diritto comparato risponde ad un duplice obiettivo che il Direttivo dell'Associazione si è prefissato sin dalla sua entrata in carica: potenziare le azioni volte all'internazionalizzazione dell'Associazione, nonché quelle dirette ad un maggior coinvolgimento attivo dei giovani studiosi e studiose. A testimonianza di ciò, quest'anno l'organizzazione dell'iniziativa è stata affidata al Comitato dei Giovani costituzionalisti dell'Associazione in collaborazione con la *Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle* dell'*Association française de Droit constitutionnel*.

Il tema scelto per questa occasione, ossia il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo, ha offerto la possibilità di un dibattito ricco ed interessante, fornendo preziosi spunti di riflessione tramite la lente dello studio comparativo.

Nella sessione mattutina del Seminario, dopo i saluti introduttivi del Prof. Vito Velluzzi dell'Università degli Studi di Milano, del Prof. Massimo Siclari, Presidente del Gruppo di Pisa, del Prof. Rolando Tarchi, Presidente dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, della dott.ssa Gohar Galustian, Presidente della

Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle dell’AFDC e del Dott. Giuliano Serges, Presidente del Comitato dei Giovani Costituzionalisti e del Comitato scientifico, sono intervenuti, con relazioni di altissimo livello, la Prof.ssa Elisa Cavasino dell’Università degli Studi di Palermo, la Prof.ssa Laurence Gay dell’Université d’Aix Marseille, la Prof.ssa Itziar Gómez Fernández dell’Universidad Carlos III de Madrid, il Prof. Giorgio Repetto dell’Università degli Studi di Perugia, il Prof. Luca Pietro Vanoni dell’Università degli Studi di Milano.

Replicando lo stesso *format* degli anni passati, nella sessione pomeridiana, che ha registrato un’elevatissima partecipazione, si sono svolti gli interventi di giovani studiosi e giovani studiose nell’ambito di quattro distinti atelier: l’Atelier n. 1 “*Le fonti della giustizia costituzionale, tra problemi e prospettive di riforma*”, introdotto dal dott. Leonardo Pace, Segretario del Comitato dei Giovani Costituzionalisti, e conclusosi con la relazione della Prof.ssa Raffaella Niro, dell’Università degli Studi di Macerata; l’Atelier n. 2 “*Evoluzione, commistione, evanescenza dei modelli di giustizia costituzionale*”, introdotto dal dott. Pietro Villaschi, componente del Comitato dei giovani costituzionalisti e Coordinatore del Comitato organizzativo, e conclusosi con la relazione del Prof. Simone Benvenuti dell’Università di Roma Tre; l’Atelier n. 3 “*Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nell’enucleazione dei diritti*”, introdotto dal dott. Julien Vachey, Vice-Presidente della *Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle* e conclusosi con la relazione della Prof.ssa Ines Ciolli dell’Università La Sapienza di Roma; l’Atelier n. 4 “*Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nel sistema istituzionale*”, introdotto dal dott. Antonello Lo Calzo, Vice-presidente del Comitato dei giovani costituzionalisti e conclusosi con la relazione della Prof.ssa Benedetta Liberali dell’Università degli Studi di Milano.

Gli interventi sono stati, in particolare, selezionati mediante una *call for papers*, di rilevanza europea, rivolta a studiosi e studiose *under 35*, a cura del Comitato dei Giovani costituzionalisti e gestita dal dott. Pietro Villaschi, dalla dott.ssa Maria Chiara Girardi, dalla dott.ssa Laura Restuccia, dal dott. Alessandro De Nicola, dalla dott.ssa Marta Aurino, cui va il mio ringraziamento per la realizzazione della presente curatela e per l’organizzazione del seminario che, per la prima volta, si è svolto in presenza.

La *call for papers*, descritta nella nota dei curatori di questo volume, ha condotto a risultati che non esito a definire eccellenti. Sono state ricevute moltissime proposte di intervento elaborate in quattro lingue (italiano, inglese, spagnolo e francese), da parte di dottorandi e dottorande, dottori e dottoresse di ricerca, assegnisti e assegniste, ricercatori e ricercatrici provenienti da Università italiane e straniere. Tra queste ne sono state selezionate una quarantina di ottimo livello, grazie alla valutazione del Comitato scientifico, composto dal dott. Giuliano Serges, dalla dott.ssa Cecilia Siccardi, dal Prof. Simone Benvenuti, dalla Prof.ssa Ines Ciolli, dalla dott.ssa Nannerel Fiano, dalla dott.ssa Gohar Galustian, dalla Prof.ssa Benedetta Liberali, dalla Prof.ssa Raffaella Niro, dalla dott.ssa Michela Troisi, dal dott. Julien Vachey.

Ripenso con grande piacere e soddisfazione all’entusiasmo con cui i partecipanti hanno aderito, per la quarta volta, all’iniziativa, dimostrando profonde capacità di analisi, ricerca e approfondimento scientifico.

Ringrazio, inoltre, tutti i componenti del Direttivo dell'Associazione, del Comitato dei Giovani costituzionalisti, della *Commission del la Jeune Recherche Constitutionnelle*, del Comitato scientifico e del Comitato organizzativo, che hanno reso possibile l'eccellente riuscita di questo Seminario e la pubblicazione del fascicolo che oggi sono felice di presentare.

In conclusione, il mio pensiero, a quattro anni di distanza dalla sua scomparsa, va, ancora una volta, al Professor Paolo Carrozza, al quale questa iniziativa è dedicata.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

INTRODUCTION ET REMERCIEMENTS

GOHAR GALUSTIAN

Mesdames Messieurs les Présidents,
Mesdames Messieurs les Professeurs,
Chers collègues,

Je tiens à exprimer la joie et l'honneur de la Commission de la jeune recherche en droit constitutionnelle d'avoir coorganisé ou participé à l'organisation de ce séminaire annuel de droit comparé avec nos collègues du comité italien des jeunes constitutionnalistes. Si nous avons pu nous associer indirectement au précédent séminaire, nous avons accepté avec grand plaisir la proposition d'être coorganisateur de celui de cette année. Tant l'idée et le format de cette manifestation scientifique nous ont particulièrement séduits, tant la collaboration avec nos homologues italiens est grandement agréable.

Ce colloque vient enrichir l'activité de la Commission de la jeune recherche qui s'articulait classiquement autour de deux événements annuels : une journée d'étude décentralisée qui a lieu dans l'Université du membre de la Commission porteur du projet (cette année, elle sera accueillie à l'Université de Dijon) et une journée doctorale qui se tient à Paris, dans une institution nationale (le 31 mars prochain, nous aurons le plaisir de l'organiser au Conseil constitutionnel).

Ce colloque n'est pas la première manifestation des liens amicaux et studieux que nous avons tissés avec nos collègues italiens. En 2021, notre Journée d'étude décentralisée s'est tenue à Rome, à l'Université Rome III et à la Cour constitutionnelle. Nous avons été si bien accueillis que nous revoilà en Italie ! Je tiens à remercier

l'Université de Milan et sa Faculté de droit d'avoir ouvert leurs portes pour la tenue de ce colloque. Le colloque ne pouvait pas avoir lieu sans le soutien de la présidence l'Association française de droit constitutionnel et du Groupe de Pise. Merci sincèrement de nous suivre sur nos projets.

Les liens institutionnels que la Commission française de la jeune recherche constitutionnelle entretient avec ses homologues italiens n'aurait pas été possible sans Giuliano Serges. Giuliano joue brillamment le rôle de ce « pont » qui relit la jeune recherche constitutionnelle des deux côtés des Alpes, qui est membre à part entière de la Commission française et le Président du Comité italien. Je tenais à le remercier chaleureusement pour tout son travail.

Si les colloques sont des événements organisés au nom des institutions, derrière ses enveloppes abstraites, il y a des hommes et des femmes qui œuvrent pour rendre ces projets possibles. Je tiens à remercier l'ensemble des équipes organisatrices, italiennes comme française, À ce titre, je tiens à souligner le travail de Marta Aurino qui a intégré notre Commission il y a eu de temps qui s'est tout de suite montrée très volontaire pour s'impliquer dans l'organisation de ce colloque. Un grand merci aux membres du Comité scientifique qui ont dû faire des choix parmi un nombre de travaux de grande qualité. Nos réunions ont été multiples et nos échanges très riches.

Je voudrais remercier les intervenants de ce matin qui nous ferons le plaisir de présenter un état des lieux général du sujet de notre colloque dans chaque État choisi. Je tiens également bien sûr à remercier les participants à nos différents ateliers pour l'intérêt qu'ils ont manifesté en répondant à notre appel à candidature et en envoyant une proposition de contribution. Sans vous ce colloque ne pouvait tout simplement pas avoir lieu. C'est enthousiasmant de constater le nombre important de propositions que nous avons reçues et je me réjouis personnellement du nombre croissant de chercheurs français qui y participent.

Ces rencontres internationales et l'approche comparatiste nous rappellent l'importance du dialogue des doctrines pour une meilleure compréhension des sujets sur lesquels nous travaillons. C'est en adoptant un large spectre que nous vous proposons de réfléchir ensemble sur la place, le rôle et les évolutions envisageables des juridictions constitutionnelles au sein de nos systèmes nationaux respectifs. C'est à cette occasions que nous vous invitons à faire un état des lieux et tracer les perspectives des juridictions constitutionnelles pour le XXI^e siècle.

Si la Journée vient de commencer, j'ose prédire, vu la richesse du programme et la qualité des intervenants, des échanges passionnants. Avant de terminer mon propos je voudrais aussi exprimer le souhait que ces liens franco-italiens se poursuivent et se manifestent dans d'autres événements. Je vous souhaite de beaux travaux et vous remercie pour votre attention.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

SALUTI INTRODUTTIVI

GIULIANO SERGES

Il tema della giustizia costituzionale appartiene al novero dei “sempreverdi” che, in qualunque “stagione”, è proliferato di riflessioni da parte dei giuristi. L’organizzazione di un seminario su di esso, dunque, potrebbe apparire una scelta fin troppo “facile”, specie nel momento in cui ricorre il settantennale della legge n° 87 dell’11 marzo 1953 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

Focalizzare l’attenzione non già sulla giustizia costituzionale *tout court*, bensì, più specificamente, sulle “giurisdizioni costituzionali”, calando il tema in un contesto comparatistico e proiettandolo sull’evoluzione non soltanto sincronica (le “questioni attuali”) ma anche diacronica (le “prospettive future”) di queste ultime, mi sembra pertanto un buon modo di affrontare la questione in un’ottica – sebbene forse non del tutto originale – certamente non banale o scontata.

La classica riconduzione delle giurisdizioni costituzionali a modelli dicotomici – accentrato/diffuso, preventivo/successivo, diretto/indiretto – appare oggi desueta e semplicistica, e ben si presta, dunque, ad una riflessione specialistica che sia in grado di cogliere la profondità dei mutamenti intercorsi negli ultimi anni, isolando elementi utili allo scopo di tentare di immaginare quali potrebbero essere i risvolti successivi.

Sotto questo profilo il raffronto tra l’esperienza italiana e quella francese, ad esempio, appare come particolarmente esemplificativo.

Da un lato, vi è il *Conseil constitutionnel*, organo di giustizia costituzionale tradizionalmente indicato, nella manualistica, quale modello di “controllo preventivo”. L’istituzione del *Conseil* con la Costituzione del 1958, come noto, è figlia del compromesso tra due posizioni (o, per meglio dire, due “paure”): quella di chi temeva la

“dittatura del Parlamento” (con riferimento soprattutto a quella particolare situazione di instabilità che si era creata in Francia, dapprima, nella III Repubblica e, poi, negli anni immediatamente successivi alla seconda guerra mondiale, con la IV Repubblica) e quella di chi temeva il “governo dei giudici” (volendo riprendere una fortunata espressione del Lambert). L’organo, pertanto, non nasce come “giudice costituzionale” nel senso proprio del termine bensì, piuttosto, come strumento di parlamentarismo razionalizzato, con una funzione non già in funzione antimaggioritaria ma, addirittura, quasi antiminoritaria.

L’evoluzione del *Conseil* francese è stata, sotto questo profilo, davvero radicale. Basti pensare all’introduzione, in anni recenti, della *question prioritaire de constitutionnalité*: un meccanismo di controllo di costituzionalità delle leggi sostanzialmente incidentale e connotato da una qualche ispirazione kelseniana, che non solamente consente il superamento dell’identificazione del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi francese con il modello a controllo preventivo, ma è anche chiaramente incompatibile con una visione dell’organo quale strumento di parlamentarismo razionalizzato.

Dall’altro vi è la Corte costituzionale italiana, concepita sin dall’inizio quale “giudice delle leggi” in senso stretto la quale, negli ultimi anni, ha a sua volta conosciuto un’evoluzione di non poco momento – tra “aperture alla società civile”, modifica delle norme integrative, ordinanze di rinvio a data fissa, superamento delle “rime obbligate”, modulazione degli effetti temporali, ammissione del controllo sulle leggi elettorali, ecc. – che certamente la allontanano in modo significativo dall’iniziale “matrice kelseniana” e la avvicinano, invece, ad esperienze di giustizia costituzionale assai diverse, ivi comprese quella tedesca, quella spagnola e, addirittura, quella statunitense.

Se per un verso possiamo osservare, quindi, un avvicinamento del sistema francese (anche) a quello italiano (già iniziato, peraltro, con la “importazione” – sebbene con significative differenze – della così detta dottrina del diritto vivente), per l’altro non è difficile scorgere un analogo avvicinamento di quella italiana ad altre esperienze straniere.

Chiedersi in quale direzione si stiano evolvendo le giurisdizioni costituzionali e svolgere una tale indagine in un’ottica (anche) comparatistica, quindi, è non solo lecito, ma forse addirittura doveroso, essendo forte il sospetto che il futuro della giustizia costituzionale possa essere condizionato da una sorta di progressiva “congiunzione” tra le diverse esperienze di giustizia costituzionale.

Sulla scorta di quanto fin qui affermato, peraltro, appare pienamente giustificata la scelta di svolgere una prima analisi comparativa mettendo a confronto l’Italia, la Francia, la Spagna, la Germania e gli Stati Uniti d’America, focalizzandosi, in modo particolare, non tanto sulla “struttura” delle singole giurisdizioni costituzionali, quanto sul dibattito dottrinale (e non solo) che – nei rispettivi Paesi – si sta svolgendo sui mutamenti del ruolo di ciascuna giurisdizione costituzionale.

Successivamente, il dibattito si svolgerà su quattro fondamentali aree tematiche:

- Le fonti della giustizia costituzionale, tra problemi e prospettive di riforma;
- Evoluzione, commistione, evanescenza dei modelli di giustizia costituzionale;
- Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nell’enucleazione dei diritti;

- Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nel sistema istituzionale.

La prima riveste un interesse certamente maggiore per il caso italiano, laddove – come già ricordato – l’evoluzione dell’organo di giustizia costituzionale è passata anche da una radicale revisione delle così dette “norme integrative” (basti pensare all’introduzione dell’*amicus curiae* e dell’audizione di esperti).

La seconda è quella maggiormente legata all’aspetto della progressiva “congiunzione” delle diverse esperienze di giustizia costituzionale poc’anzi evocato.

La terza fa riferimento ad una circostanza peculiare, data dal fatto che, in molti casi, i più significativi “cambi di rotta” a livello giurisprudenziale si siano spesso avuti nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali (basti pensare, per quanto riguarda l’Italia, al “caso Cappato”), con la conseguenza che la giurisdizione costituzionale sembra, in diversi casi, aver mutato il suo ruolo – o, comunque sia, le modalità di esercizio dello stesso – per consentire a sé stessa di assumere la veste non soltanto di “garante” dei diritti costituzionali, bensì anche di “creatrice” di “nuovi diritti”, anche al costo di “piegare” le ordinarie regole processuali.

La quarta, da ultimo, fa riferimento al più classico degli approcci alla questione, quello dei rapporti tra organi di giustizia costituzionale e forma di governo, che tuttavia potrà senz’altro trovare un rinnovato vigore dal confronto tra le diverse esperienze ordinamentali che verranno indagate.

Si tratta, pertanto, di un seminario di “spessore” del quale, in qualità di Presidente del Comitato dei Giovani Costituzionalisti, non posso che essere estremamente fiero, e per l’organizzazione del quale tengo particolarmente a ringraziare l’Associazione di Studi sul diritto e la giustizia costituzionale “Gruppo di Pisa”, la *Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle* dell’*Association Française de Droit constitutionnel*, l’Università di Milano e la sua Facoltà di Giurisprudenza, il Comitato scientifico, il Comitato organizzativo, i relatori che hanno generosamente accettato l’invito ad intervenire ed i giovani studiosi che interverranno negli *ateliers*.

PRIMA SESSIONE



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE NEL XXI SECOLO: L'ESPERIENZA ITALIANA

ELISA CAVASINO

SOMMARIO: 1. Il tema e le “due” novità. – 2. La comunicazione: la Corte mediatica. – 3. Il riposizionamento della Corte: il giudizio sulle leggi. – 4. La spinta verso l’attivismo: revisione costituzionale e giustizia costituzionale. – 5. Il “rendere giustizia costituzionale”: quale limite all’attivismo? – 6. Il contesto nel quale si rende giustizia costituzionale: quali prospettive?

1. Il tema e le “due” novità

Osservando la giustizia costituzionale italiana negli anni ‘2000 colpisce immediatamente il contrasto fra *innovazione* e *stasi* nell’attività della Corte.

La stasi è riferita agli orientamenti restrittivi rispetto all’ammissibilità del referendum abrogativo¹ ed ai conflitti fra Enti e fra poteri².

¹ Si segnalano Corte cost. nn. 13 del 2012 e 50 del 2022 su leggi costituzionalmente obbligatorie e necessarie.

² Anche le ord. nn. 17 del 2019 e 60 del 2020, pur “aprendo” all’ammissibilità di conflitti fra Governo e Parlamento e sulle prerogative parlamentari nel procedimento di formazione della legge (potere di emendamento e rispetto dell’art. 72 Cost.), non hanno sinora condotto a dichiarare l’ammissibilità del conflitto pur in presenza di macroscopiche violazioni dell’art. 72 Cost. nell’iter di approvazione delle leggi di bilancio e delle leggi di conversione dei decreti-legge. Sul questi problemi si vedano i contributi di C. BERGONZINI, E. CAVASINO, R. IBRIDO, M. MIDIRI, G. RIVOSECCHI, F. SALMONI, *Il Forum - I più recenti sviluppi costituzionali del ciclo di bilancio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2023; S. CURRERI, *Parlamento e Corte costituzionale*, in *Diritto cost.*, 3/2022, 63 ss.; M. ARMANNO, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l’invalidabile soglia*

La novità riguarda due aspetti differenti: la comunicazione della Corte (la *Corte mediatica*³) ed il giudizio sulle leggi, nel quale si sta svolgendo un processo di *riposizionamento della Corte* nella rete dei poteri e nel sistema dei raccordi fra gli ordinamenti.

Queste riflessioni si apriranno con alcune considerazioni su giustizia costituzionale e strategie comunicative in atto (par. 2) per giungere a descrivere l’attivismo nel giudizio sulle leggi e il riposizionamento della Corte (par. 3). Quindi si proverà a riconnettere questa linea di tendenza ai mutamenti dei parametri costituzionali determinati dall’esercizio del potere di revisione costituzionale (par. 4). Ci si soffermerà poi sui limiti che il processo di riposizionamento della Corte incontra, riflettendo sul significato dell’espressione “rendere giustizia costituzionale” (par. 5) e infine si svolgeranno alcune considerazioni sul contesto nel quale si muove la giustizia costituzionale, sulle linee di frattura che si intravedono e sul ruolo dell’interpretazione costituzionale in un quadro ordinamentale caratterizzato dall’apertura al diritto sovranazionale ed internazionale (par. 6).

2. La comunicazione: la Corte mediatica

Il primo elemento di novità nell’esperienza di giustizia costituzionale italiana riguarda lo sviluppo di una strategia di comunicazione molto ampia e complessa. Questa strategia è collegata, da chi l’ha promossa e realizzata, ad una percezione della Corte come istituzione che ha un ruolo *politico*: una Corte che deve *rispondere* ai cittadini.

Si tratta quindi di un punto molto dibattuto negli studi sulla legittimazione ed il fondamento della giustizia costituzionale in Italia e variegata sono le posizioni che ha assunto la dottrina su questa idea della Corte come istituzione politica responsabile dinanzi alla società.

Tutti i variegati orientamenti dottrinali andrebbero tenuti presenti e considerati con attenzione nel presentare ed analizzare il fenomeno e nella definizione delle presenti e future strategie comunicative del Giudice costituzionale⁴.

Ora, è un fatto già da qualche anno ben noto che la Corte italiana sia divenuta sempre più attenta agli *open data* ed alla comunicazione istituzionale e che si sia dotata

del controllo di ammissibilità, in *Osservatorio AIC*, 4/2020; Id., *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi applicative*, Napoli, 2019 e G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, 2018. Anche la giurisprudenza successiva della Corte sui conflitti conferma questa linea di tendenza. Si veda T.F. GIUPPONI, *Autonomia della Camere e green pass: porte oramai sbarrate al ricorso del singolo parlamentare?*, in *Quad. cost.*, 2022, 158 ss.

³ S. PAJNO, *La Corte “mediatica”: aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in *Quest. giustizia*, 4/2020, 137.

⁴ Quantomeno andrebbe dato conto della varietà di orientamenti e la profondità del dibattito e del confronto che si è svolto negli anni. Si vedano P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984 e C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 1984, ristampa 2014; E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018.

di strumenti ulteriori rispetto alle tradizionali conferenze stampa e relazioni annuali dei Presidenti. Sono state sviluppate linee di comunicazione – anche di taglio divulgativo – che possono consentire alla società di conoscere la Corte, i suoi giudici, le sue decisioni (comunicati stampa, podcast, viaggi in Italia, nelle carceri, nelle scuole, nelle piazze, interviste con selezionati interlocutori). Tutto questo rientra nell’ambito della auto-costruzione di un’identità mediatica della stessa Corte costituzionale⁵, costruzione che avviene evidentemente anche attraverso la selezione della platea degli interlocutori della stessa Corte.

Questo sviluppo, di carattere incrementale nei tempi più recenti, dell’attività di comunicazione ha trasformato la Corte in un «rilevante nodo della Rete»⁶. Credo che fosse una scelta inevitabile per il Giudice costituzionale, scelta che è arrivata peraltro dopo quella operata da molti altri organi costituzionali e credo che sia anche opportuno sottolineare alcuni tratti dei problemi che tutto ciò determina e del dibattito in corso su questo tema.

È un dato altrettanto recente e di un certo rilievo che ben due Giudici costituzionali, di cui uno ex Presidente della stessa Corte costituzionale, abbiano anche pubblicato dei libri, di taglio divulgativo, che riguardano la loro esperienza a Palazzo della Consulta. Uno dei due volumi vede come coautrice la ex responsabile della comunicazione della stessa Corte⁷.

Altro elemento significativo è che durante e dopo la pandemia, i Presidenti della Corte allora in carica hanno rilasciato delle interviste nelle quali si affrontavano temi che avrebbero potuto essere trattati in futuro dalla Corte nell’esercizio delle sue funzioni; in cui si discutevano pronunce già rese dalla Corte ma non ancora depositate (era noto il *decisum* grazie ai comunicati stampa); in cui si dibattevano anche questioni relative allo sviluppo delle relazioni internazionali dell’Italia in un momento di grave crisi internazionale⁸. Sono stati anche pubblicati dei *post* su social media (*Instagram*) in

⁵ A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Dir. soc.*, 4/2019, 735 ss.

⁶ P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come “nodo” della Rete*, in *ConsultaOnLine*, 1-2015, 264, spec. 280.

⁷ S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015; G. AMATO, D. STASIO, *Storie di diritti e di democrazia. La Corte costituzionale nella società*, Milano, 2023.

⁸ Il Presidente Giancarlo Coraggio intervistato da G. Floris nei locali della Corte il 17 gennaio 2021, fra l’altro viene trattato il tema della legittimità di limitazioni all’accesso alle scuole in presenza per contrastare la pandemia da covid-19, <https://www.la7.it/dimartedi/rivedila7/dimartedi-intervista-a-giancarlo-coraggio-17-01-2021-359914>. Il Presidente Giuliano Amato, intervistato sempre da Giovanni Floris il 22 febbraio 2022 sempre per una trasmissione TV di una emittente privata ma questa volta negli studi televisivi, per discutere della sentenza n. 50 del 2022 dichiarativa dell’inammissibilità del referendum abrogativo in tema di “omicidio del consenziente” e della sentenza n. 51 del 2022 sull’inammissibilità della richiesta referendaria sulla cosiddetta “depenalizzazione” della cannabis, prima che venissero depositate le decisioni, <https://www.la7.it/dimartedi/podcast/lintervista-al-presidente-della-corte-costituzionale-giuliano-amato-puntata-del-22-febbraio-2022-23-02-2022-424763>. In questa intervista viene anche chiesto al Presidente della Corte costituzionale in carica di discutere temi di politica estera (conflitto Russo-Ucraino), con riferimento all’art. 11 Cost. Molto asciutta e diversa insomma, direi, istituzionale, l’intervista di Francesco Bei alla Presidente Silvana Sciarra apparsa in *La Repubblica*, 18 giugno 2023.

riferimento al dibattito su prossime decisioni della Corte⁹. Da ultimo, vi sono state anche interviste di enorme interesse sotto questo profilo rese da ex giudici costituzionali¹⁰.

L'intenzione di fondo sottesa alle strategie comunicative della Corte – quantomeno di alcuni dei suoi ultimi Presidenti – è stata quella *spiegare* cosa sia la giustizia costituzionale e, in alcuni casi, di presentare i termini delle questioni affrontate e decise già dalla Corte con le sue sentenze¹¹.

Tutto questo, è stato sostenuto ed è condivisibile, ha delle implicazioni sistemiche sul versante della legittimazione della stessa giustizia costituzionale¹².

Aggiungo solo che ha anche degli effetti imprevedibili sulla percezione della Corte come *antagonista (politico)* da parte degli stessi organi o poteri che concorrono a definirne la composizione: Presidente della Repubblica; Parlamento in seduta comune, magistrature.

La comunicazione ha un impatto imprevedibile sull'effettiva indipendenza della Corte da ogni altro organo o potere costituzionale: essa intercetta direttamente le prerogative della Corte costituzionale, che, si ricorda, assomigliano in gran parte a quelle del Parlamento e del Capo dello Stato. Più spinta è l'azione della *Corte mediatica*, più alto è il rischio di abusi ed aggressioni alle prerogative ed all'indipendenza della Corte, come già è avvenuto per il Parlamento e per il Presidente della Repubblica. Qui la differenza è che la Corte costituzionale è l'ultima fortezza¹³.

Questo non vuol dire che bisogna essere contrari alla comunicazione istituzionale, ma che bisogna aprire un ampio dibattito sul tema. La dottrina, poi, non può sfuggire e non è sfuggita al dovere di segnalare anche i rischi della comunicazione istituzionale e para-istituzionale, di criticare gli eccessi, di indicare un modello di riferimento.

Qui innanzitutto interessa interrogarsi sulle ragioni di questo *cambiamento* nella comunicazione.

Prendendo ancora in prestito le parole di chi lo ha vissuto e promosso, ci si deve chiedere se esso può essere individuato nell'esigenza «di rappresentare il pluralismo delle voci, le diversità, le minoranze; insomma: tutta la società civile»¹⁴, considerando questa esigenza come la giustificazione della stessa esistenza della Corte costituzionale.

Seguendo questa linea di ragionamento, il cambiamento sarebbe stato necessario e, soprattutto, *doveroso*: il fondamento di legittimazione della giustizia costituzionale, in questa prospettiva, è di «*rappresentare [...] tutta la società civile*» avendo «la

⁹10 febbraio 2022 post *instagram* account della Corte costituzionale italiana https://www.instagram.com/p/CZ1QEjt2kT/?utm_source=ig_embed&utm_campaign=loading&img_index=1. Se ne parla diffusamente in G. AMATO, D. STASIO, *Storie di diritti e di democrazia. La Corte costituzionale nella società*, Milano, 2023.

¹⁰ Intervista a Nicolò Zanon, in *Liberò*, 13 novembre 2023.

¹¹ Molto netto su questa esigenza, in nome della trasparenza, Il Presidente Giuliano Amato nell'intervista già richiamata, effettuata da Giovanni Floris il 22 febbraio 2022.

¹² Per un quadro completo ed un'analisi approfondita del tema S. PAJNO, *La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, cit.. Un'attenta analisi del problema della ricerca di legittimazione della Corte, ma con riferimento ad un momento in cui non era stata sviluppata la comunicazione istituzionale e con riferimento alla sola motivazione delle decisioni della Corte è presente in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994; A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996.

¹³ R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti d'attribuzione*, Milano, 1996.

¹⁴ G. AMATO, D. STASIO, *Storie di diritti e di democrazia. La Corte costituzionale nella società*, cit.

consapevolezza di un “dovere” dell’istituzione di comunicare con i cittadini, che hanno il diritto di conoscere la Corte, di capire che cosa ha deciso, e perché, di interloquire con i giudici in una relazione di scambio di saperi e di esperienze. Diritto del cittadino, *dovere dell’istituzione*. Comunicare significa “mettere in comune” ed è un aspetto qualificante delle democrazie per creare un legame di fiducia tra istituzioni e cittadini.»¹⁵.

Ora, ci si chiede se, in realtà, il cambiamento, certamente necessario nell’era digitale per tutte le istituzioni, potrebbe essere individuato anche più modestamente nel solo principio di pubblicità, che è un corollario dell’esercizio di tutti i poteri costituzionali, normativi, giurisdizionali, di garanzia e che per la Corte costituzionale trova un riferimento normativo preciso nell’art. 137 Cost..

Non so quanto invece sia possibile o necessario estendere in questo campo – la comunicazione della Corte costituzionale – il concetto di *trasparenza*, che evoca l’idea di *accountability* e che impone di rendere conoscibili decisioni, processi decisionali, dati.

La Corte è un organo di garanzia costituzionale ed ha delle prerogative. Va ricordato, soprattutto, che la Corte garantisce l’unità dell’ordinamento costituzionale, che «sono le sue decisioni, o meglio le motivazioni delle sue decisioni, a raggiungere questi obiettivi. [...] Ciò perché la Corte non è un organo democraticamente legittimato, nel senso che i suoi membri non possiedono canali certi e costanti di collegamento con la società civile della quale non possono ritenersi in alcun modo rappresentativi»¹⁶.

Manca ancora oggi la *base normativa* per ritenere presente questo *collegamento* con la *società*. La dottrina è, per tale motivo, giunta alla condivisibile conclusione che debba essere nella motivazione delle decisioni della Corte che si possa *colmare* il deficit di legittimazione democratica della Corte costituzionale¹⁷.

Quindi, il tema di oggi è se oltre alla *scrittura* delle decisioni della Corte essa possa ricercare la sua legittimazione nella spiegazione *ex post*, delle sue pronunce mediante interviste, podcast, conferenze, altro genere di forme di comunicazione individuate dalla stessa Corte o da singoli giudici.

Per inciso, ci si deve chiedere se questa strategia comunicativa, costruita sul principio di trasparenza e non su quello di pubblicità, sia *compatibile* con la posizione costituzionale dell’organo di giustizia costituzionale.

Questo interrogativo è considerato, nella sostanza, un falso problema per chi ritiene che la Corte debba *divulgare* la cultura della Costituzione¹⁸; che debba *restare in ascolto*

¹⁵ G. AMATO, D. STASIO, *Storie di diritti e di democrazia. La Corte costituzionale nella società*, cit.

¹⁶ A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 316-317.

¹⁷ A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit. 316-317. Di recente e con riguardo alle nuove forme di comunicazione della Corte, insiste sul punto anche considerando che ora la Corte ha nuove possibilità di *ascolto* e di *dialogo* attraverso il nuovo istituto degli *amici curiae*, degli esperti, dell’istruttoria dopo la modifica del 2020 alle norme integrative A. RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, in *Forum di Quad. cost.*, 1, 2023, 28, spec. 30.

¹⁸ Riflette su questo punto, come se le recenti prassi sulla comunicazione conducessero a ricostruire una *funzione della giurisdizione costituzionale*: quella di *promuovere la cultura costituzionale* in un momento di *regressione democratica*, T. GROPPI, *Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale. Dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della cultura costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2023, 73-95.

degli stakeholders; che debba realizzare un *dialogo reale* con i suoi interlocutori¹⁹ (la società civile).

Mi chiedo se così, però, non si finisca per costruire la rappresentatività della Corte in modo *artificiale*, soltanto attraverso la comunicazione, ossia *senza un fondamento normativo certo, capace di ancorare la Corte alla base sociale*, e se così non si determini un *cambiamento* del ruolo della Corte nel sistema, facendo scivolare la Corte verso il principio di rappresentanza più che verso quello di imparzialità²⁰.

Inoltre, ci si deve nuovamente interrogare anche, *de jure condendo*, se lo sviluppo di queste nuove strategie comunicative e di nuove prassi della comunicazione – in particolare le interviste e le pubblicazioni di libri da parte di ex giudici ed ex presidenti – non dimostrino la necessità di riflettere sull’opportunità di pensare ad una regolamentazione della comunicazione istituzionale della Corte, attraverso atti della stessa Corte aventi natura organizzativa, che si muovano e facciano muovere la comunicazione istituzionale entro il perimetro delle prerogative di auto-organizzazione della Corte. Così si potrebbe incanalare il fenomeno entro un alveo compatibile con la posizione costituzionale dell’organo, che deve apparire ed essere imparziale²¹, facendo salva ovviamente la libertà di espressione di ciascun membro della Corte²².

Per altro verso, va considerato che queste nuove dinamiche comunicative sono state dovute, evidentemente, ad una difficoltà: le pronunce della Corte non sempre sono “chiare”, sul piano della logica e della retorica, altrimenti non ci sarebbe bisogno di spiegarle alla “società civile”.

Spesso l’oscurità di alcuni passaggi della giurisprudenza costituzionale è dovuta a contrasti interni alla stessa Corte, com’è noto.

Ora, ci si chiede se alcune delle strategie comunicative messe in atto in questi anni non possano essere ripensate e ridimensionate a fronte di una diversa strutturazione delle motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale.

La stessa Corte, invece di dover *spiegare ex post* pronunce *oscure* potrebbe renderle *più chiare rendendo conto* nella motivazione delle diverse posizioni emerse nel collegio e *motivando*, ossia spiegando perché la maggioranza del collegio abbia preferito un’opzione interpretativa rispetto ad un’altra o una tecnica decisoria rispetto ad un’altra²³. Forse, in molti casi, questo intervento sulla motivazione basterebbe per placare il disagio

¹⁹ Parole di F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, *Quad. cost.*, 2023, 15, spec. 24 e 17 che richiama le posizioni assunte da ex presidenti della Corte costituzionale (Grossi, Lattanzi, Cartabia).

²⁰ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Quad. cost.*, 2023, 45, spec. 54 ss., richiama il principio di imparzialità e ritiene si debbano distinguere (anche onde evitare il rischio che attraverso la comunicazione la Corte cambi collocazione nella rete dei poteri costituzionali) « le attività tendenti ad ampliare la conoscenza delle proprie decisioni, specie quelle di maggiore importanza per l’opinione pubblica e quelle invece che non sono collegate con tale finalità, ad esempio viaggi o lezioni».

²¹ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., 60.

²² Ritornano di attualità le considerazioni di Carlo Esposito sulla libertà di manifestazione del pensiero (C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958). Il dibattito sulla libertà di espressione nell’era dei poteri privati digitali è aperto. Si vedano i contributi nel nr. 1 del 2023 di *Quaderni costituzionali* di M. MANETTI, C. CARUSO, O. POLLICINO.

²³ Si vedano le considerazioni di F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, cit., 29.

e le difficoltà di cui alcuni ex giudici hanno dato conto nelle loro interviste e nei loro interventi²⁴.

D’altro canto, parte della dottrina auspicava già da tempo, invece, l’introduzione della *dissenting opinion* nel sistema italiano di giustizia costituzionale e l’obiezione, condivisa da molti studiosi, è che ciò avrebbe indebolito la Corte e le sue decisioni²⁵.

Ebbene, oggi è certamente corretto riproporsi il problema dell’introduzione del *dissent* nell’era digitale²⁶: il ricorso a *dissenting opinion* potrebbe smorzare fughe in avanti di alcuni giudici, rendendo la comunicazione della Corte forse più compatibile con le prerogative dell’organo e con la garanzia dell’imparzialità della sua azione, ma credo che ciò sia possibile senza indebolire la Corte, solo a patto di regolare la stessa comunicazione istituzionale della Corte nei termini di cui si è detto poco prima.

Ad ogni modo, il tema è delicatissimo se lo si inquadra alla luce del principio di trasparenza invece che di quello di pubblicità.

La trasparenza impinge sulle prerogative ed immunità degli organi di garanzia costituzionale e le prerogative sono presenti proprio a tutela delle funzioni di questi organi ed anche della riservatezza delle loro comunicazioni. La stessa Corte costituzionale lo ha ribadito nella sentenza n. 1 del 2013 con riferimento al Presidente della Repubblica.

Nel diritto amministrativo il principio di trasparenza è alla base della disciplina di contrasto alla corruzione ed è stato tradotto, dal legislatore, in termini generali con la nozione di *accessibilità*²⁷. Esso, peraltro, incontra già lì dei limiti costituzionali, collegati alla riservatezza ed alla protezione dei dati, secondo la giurisprudenza della stessa Corte costituzionale²⁸.

Nel diritto costituzionale la trasparenza ha un rilievo rispetto al contrasto del conflitto d’interessi nelle procedure parlamentari. La stessa Corte costituzionale, infatti, riconduce il principio di trasparenza all’art. 1 Cost. declinandolo, specialmente nella giurisprudenza in materia di bilancio, come *fiscal accountability*²⁹, che nell’ambito della rappresentanza regionale e locale si traduce nella *chiarezza*, continuità, regolarità dei processi di bilancio³⁰.

Questo principio non viene però in rilievo quanto si tratta di inquadrare il suo rapporto con la riservatezza con riferimento agli organi di garanzia costituzionale, come si è detto: lo afferma la sentenza n. 1 del 2013 per il Capo dello Stato, che è uno dei due organi di garanzia costituzionale che rappresentano il principio di unità della Repubblica.

²⁴ La citata intervista all’ex giudice Nicolò Zanon.

²⁵ Sul tema si veda A. CARDONE, *Perché continuare a discutere dell’opinione dissenziente nel giudizio costituzionale?*, in *Pol. dir.*, 3/2022, 345 ss. che sviluppa il tema con puntuali e completi riferimenti al dibattito dottrinale in Italia.

²⁶ A. CARDONE, *Perché continuare a discutere dell’opinione dissenziente nel giudizio costituzionale?*, cit.

²⁷ D.lgs. n. 33 del 2013. Peccato che proprio il Governo sia fra gli organi costituzionali che sono più carenti sul versante della trasparenza di decisioni, processi, dati e che proprio i componenti del Governo, accanto alla comunicazione istituzionale abbiano sviluppato strumenti e tecniche di comunicazione paralleli, come Youtube, X ed altri social media.

²⁸ Corte cost. n. 20 del 2019. Rimarca la distinzione fra modello europeo e modello statunitense sotto quest’ultimo punto di vista O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quad. cost.*, 2023, 569 ss.

²⁹ Corte cost. nn. 18 del 2019 e 4 del 2020.

³⁰ A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in *Rivista AIC*, 3/2018.

Il Capo dello Stato rappresenta l'unità nazionale (art. 87 c. 1° Cost.); la Corte costituzionale rappresenta l'unità della Costituzione (artt. 136 e 137 Cost.)³¹.

Ora, si potrebbe obiettare che nella sentenza n. 1 del 2013 la Corte costituzionale ha tutelato la riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato facendo leva sulla constatazione che il Presidente della Repubblica è *magistratura d'influenza* e che non è tale la Corte costituzionale: se è necessario che la magistratura d'influenza svolga «attività informali, fatte di incontri, comunicazioni e raffronti dialettici» che «implicano necessariamente considerazioni e giudizi parziali e provvisori da parte del Presidente e dei suoi interlocutori»³², la Corte, giudice, di contro non dovrebbe necessariamente svolgere questo genere di attività, dunque non dovrebbe venire in rilievo la riservatezza delle sue comunicazioni.

Ma, curiosamente, chi auspica la trasparenza dell'azione della Corte la considera come un organo *rappresentativo*, dunque fa leva sulla sua anima politica, che è la stessa che caratterizza il Capo dello Stato. Quindi, non si capirebbe la ragione di questa spinta inevitabile verso la piena trasparenza per la Corte costituzionale, a patto di non richiederla anche per il Capo dello Stato. Dunque, l'approdo cui è giunta la sentenza n. 1 del 2013 andrebbe ripensato?

Lasciando aperto questo interrogativo, la piena trasposizione del principio di trasparenza nell'ambito della comunicazione della Corte costituzionale (la comunicazione come *dovere* collegato al principio di trasparenza) resta problematica anche perché è possibile effettuare un parallelismo fra Corte e Capo dello Stato quanto al *modus operandi* anche muovendo dalla diversa prospettiva della Corte-giudice; della Corte istituzione di garanzia non dotata di *rappresentatività*.

È noto che la Corte pratica ed ha già praticato attività informali e "riservate" di carattere comunicativo: così certamente è stato per l'istruttoria³³.

È noto che proprio la carenza di strumenti per portare ad effetti le decisioni della Corte può richiedere lo svolgimento di attività comunicative "riservate" anche *successivamente* alla decisione assunta dalla Corte per realizzarne appieno gli effetti³⁴.

Allora, si può ritenere che più che un dovere di trasparenza, la Corte abbia degli obblighi di pubblicità (art. 137 c. 2° Cost.) e che nello sviluppare le proprie strategie di comunicazione essa potrebbe anche osservare, da un lato, quali problemi hanno già manifestato strategie comunicative orientate ad una forte personalizzazione come quelle elaborate da singoli membri del Governo o dello stesso Presidente del Consiglio che spiegano e rendono conto dei provvedimenti del governo su canali di comunicazione non istituzionale. Dall'altro, si deve far notare che l'istituzione rappresentativa *par excellence*, il Parlamento, è stata la più capace di elaborare un modello di comunicazione istituzionale

³¹ Nel senso indicato da C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit.

³² Corte cost. n. 1 del 2013, par. 8 *cons. in diritto*, corsivo aggiunto.

³³ Molti sono gli studi che danno conto dell'istruttoria informale. Si rinvia a M. D'AMICO, *la Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 17 ss. ed alla dottrina ivi richiamata

³⁴ In una delle ultime relazioni dei Presidenti della Corte si auspicava anche di realizzare colloqui formali o informali con altri organi costituzionali, come avviene in Germania: *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, Marta Cartabia, Presidente della Corte costituzionale, par. 3.2.5 Canali di comunicazione formale e informale tra Corte costituzionale e legislatore, 17 ss., spec. 18-19.

molto efficace perché non focalizzato su singoli componenti dell'organo; perché centrato sulle funzioni dell'organo; perché competitivo con i canali di comunicazione individuali costruiti dai singoli parlamentari.

Il modello di riferimento della comunicazione istituzionale per la Corte potrebbe essere quello del Parlamento che, grazie anche ai suoi servizi, consente davvero oggi di conoscere in modo approfondito procedure, processi, decisioni parlamentari, pur salvaguardando le prerogative del Parlamento, senza sovraesporre mediaticamente alcuno dei suoi componenti.

3. Il riposizionamento della Corte: il giudizio sulle leggi

L'altro ambito nel quale si osservano notevoli novità sulle quali ci si deve soffermare riguarda il giudizio sulle leggi ed, in particolare, al giudizio in via incidentale.

Come per la comunicazione, queste innovazioni hanno evidenti e dirette implicazioni rispetto alla legittimazione della Corte, ma rispetto ad esse il costituzionalista italiano si muove più a suo agio, dato che è tenuto a riflettere sui classici temi dell'equilibrio fra i poteri; del "dialogo fra giudici, Corte, legislatore"; del "dialogo" o "concorrenza" fra le Corti³⁵.

Veniamo a queste ultime novità.

La Corte costituzionale è intervenuta sul processo costituzionale attraverso la revisione delle norme integrative nel 2020 e ciò ha consentito l'apertura del processo agli *amici curiae* ed agli *esperti*.

La Corte ha proceduto a tale intervento anche assicurando una maggiore formalizzazione dell'istruttoria. Aveva, peraltro, già prima dell'intervento sulle norme integrative del 2020, intensificato il ricorso alle istruttorie formali e pubblicato importanti ordinanze istruttorie³⁶.

Rispetto al giudizio sulle leggi in via incidentale si rilevano le maggiori, significative, innovazioni nella giurisprudenza costituzionale del XXI secolo.

La Corte costituzionale italiana ha sviluppato un'interpretazione estensiva dei presupposti (giudice e giudizio) per la rimessione in via incidentale ed è ritornata sull'*obbligo* d'interpretazione conforme³⁷. Tutto ciò ha consentito di aprire nuovi canali di accesso al giudizio in via incidentale. Si tratta di nuovi canali o perché il rimettente in precedenza non poteva accedere (Corte dei conti in sede di controllo) o per il tipo di questioni sollevate (materia elettorale; materia penale e sanzionatoria in generale).

³⁵ G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. soc.* 4/2019, 691 ss.

³⁶ Su tutte l'ordinanza in calce a Corte cost. 197 del 2019 e, dopo la revisione delle norme integrative, la pubblicazione come autonoma ordinanza di Corte cost. n. 79 del 2021. Entrambe le ordinanze riguardano giudizi in via principale in materia di finanza pubblica.

³⁷ Da Corte cost. n. 221 del 2015. Cfr. G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *Federalismi.it*, 3/2021; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Quest. giustizia*, 22.10.2018, par. 3.2., che richiama come momento di inversione della pregressa giurisprudenza sull'interpretazione conforme Corte cost. n. 235 del 2014.

La Corte italiana ha anche sviluppato nuove tecniche decisorie, sempre, prevalentemente, nel giudizio in via incidentale³⁸.

Tutti questi ordini di interventi hanno consentito al Giudice delle leggi di coprire con il sindacato di legittimità costituzionale, specialmente in via incidentale, *materie* prima difficilmente sottoposte a controllo di costituzionalità: la materia elettorale³⁹, la materia finanziaria⁴⁰, la materia penale e sanzionatoria in generale⁴¹ e di attivare parametri costituzionali “silenti”⁴².

I giudici costituzionali negli anni ‘2000 hanno sostanzialmente riveduto gli orientamenti giurisprudenziali sul parametro rispetto alle “norme esterne” (norme dell’Unione europea e norme internazionali)⁴³. Questi ultimi interventi hanno consentito di *ri-posizionare* la Corte nella rete dei poteri costituzionali e nel “dialogo” con le Corti sovranazionali ed internazionali.

Potremmo dire, quindi, che il XXI secolo ci consegna, sinora, una Corte costituzionale *interventista* e impegnata a ri-accentrare e a ri-affermare con forza la propria legittimazione.

M’interessa in modo particolare riflettere sul ri-posizionamento e il ri-accentramento che è in corso.

Rispetto ai dati statistici, i dati *quantitativi* che ci restituisce la stessa Corte costituzionale nelle sue ultime relazioni annuali mostrano la centralità del giudizio sulle leggi (in via incidentale e in via principale) a fronte di un’atrofia del giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo⁴⁴ e di un decrescente rilievo dei conflitti fra enti e fra poteri. Ma questo genere di indicazioni quantitative, com’è noto, non possono essere poste alla base di una seria ed approfondita analisi della giustizia costituzionale italiana.

In questi ultimi 23 anni, infatti, abbiamo avuto pronunce sui conflitti di enorme importanza per la definizione della posizione costituzionale del Capo dello Stato e degli strumenti di difesa delle prerogative del Parlamento rispetto ai poteri del Governo *nel* procedimento di formazione della legge; sentenze relevantissime sulle deleghe legislative, sui decreti legge, sulle leggi di conversione; sentenze che hanno ristrutturato la nozione costituzionale di “ausiliarità” rispetto all’autonomia legislativa regionale⁴⁵. Come si è detto, abbiamo anche continuato ad osservare una linea di tendenza nel giudizio di ammissibilità del referendum che vede stringersi le maglie dell’inammissibilità dei quesiti referendari con riferimento a leggi costituzionalmente necessarie o obbligatorie⁴⁶.

³⁸ Corte cost. n. 249 del 2019

³⁹ Corte cost. n. 1 del 2014.

⁴⁰ Direi, particolarmente significative per l’apertura di questo nuovo filone Corte cost. nn. 10, 184 e 275 del 2016 e, per l’accesso della Corte dei conti, Corte cost. n. 18 del 2019.

⁴¹ Corte cost. n. 185 del 2021, 63 del 2022, 40 del 2023.

⁴² Artt. 3 c. 2°, 10 Cost.; 76, 77, 81, 97, 119 Cost. Resta ancora silente l’art. 72 Cost.

⁴³ Da Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007 a Corte cost. n. 269 del 2017.

⁴⁴ Significativo, dopo Corte cost. nn. 13 del 2012; 50 del 2022, peraltro, che nel 2023 la Corte non abbia reso nessuna pronuncia in sede di giudizio di ammissibilità del referendum.

⁴⁵ Corte cost. n. 1 del 2013; ord. 18 del 2019 e ord. 60 del 2020; Corte cost. n. 184 del 2022.

⁴⁶ Corte cost. nn. 13 del 2012; 50 del 2022.

Come ho detto, bisogna andare ben oltre i dati statistici e provare a ragionare in termini *qualitativi* e considerare elementi di contesto nel quale si svolge l’esperienza di giustizia costituzionale.

Non si può, in particolare, prescindere da una prima, direi auto-evidente considerazione: i tratti del modello di giustizia costituzionale italiana hanno mostrato una notevole flessibilità, entro un’apparente staticità del quadro delle funzioni attribuite alla Corte costituzionale.

Contesto e flessibilità sono i due elementi sui quali si definiranno alcune riflessioni sulla evoluzione recente del modello giustizia costituzionale in Italia.

Una semplice considerazione spiega le ragioni di questa scelta: la struttura della originaria disciplina della Corte costituzionale, ossia il testo degli articoli 127, 134-137 della Costituzione, non consente, com’è noto, di leggere la giustizia costituzionale italiana alla luce di una sola *dottrina* della giustizia costituzionale⁴⁷. Ciò impone di confrontarsi con la *esperienza*⁴⁸ che nel nostro ordinamento è stata fatta della giustizia costituzionale.

Gli attori di questa esperienza sono vari: vi sono attori che la conformano dall’esterno e c’è la Corte che, poi, esercita le sue funzioni.

Oggi, come si è detto, osserviamo anche una Corte che ripensa alle sue funzioni attraverso la riforma delle norme integrative (2020) e si riposiziona rispetto ad un particolare uditorio: la Corte nella sfera pubblica, la Corte *mediatica*⁴⁹, la Corte e la coscienza *sociale*⁵⁰.

Veniamo quindi ad una prima notazione relativa alla disciplina costituzionale prima richiamata: essa consentiva e consente al legislatore, attraverso le riserve di legge costituzionale ed ordinaria non solo di “integrare” il quadro di norme costituzionali sulle funzioni della Corte e le forme di esercizio delle stesse, ma di ricalibrarle, direttamente o indirettamente.

Questo è accaduto, in modo evidente, con le ll. cost. nn. 1 del 1948, 1 del 1953 ed a seguito delle revisioni costituzionali del 1989 sui reati ministeriali (l. cost. 1 del 1989) e delle riforme costituzionali del biennio 1999-2001 sul “giusto processo” e le Autonomie territoriali (ll. cost. nn. 1 e 2 del 1999 e 3 del 2001). Le leggi ordinarie nn. n. 87 del 1953, 60 del 1962 e n. 131 del 2003 hanno definito, fra l’altro, in modo più preciso le implicazioni delle riforme costituzionali sulla conformazione delle funzioni della Corte a seguito di questi interventi di riforma.

Si pensi soprattutto al testo dell’art. 28 della l. n. 87 del 1953, che dispone: «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di

⁴⁷ Mi sembra sia stato approfonditamente indagato il tema per consentirmi di non ritornarci. Richiamo solo gli studi di C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Milano, 1984 e *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1979, in F. MODUGNO E M. RUOTOLO (a cura di), *Costituzionalisti del XX secolo*, Napoli, 2014.

⁴⁸ Seguendo R. ORESTANO, *Della ‘esperienza giuridica’ vista da un giurista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 1174. Id., *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*. Prolusione al corso di Storia del diritto romano, letta nell’Università di Roma il 23 marzo 1961, in *Riv. ital. sc. giur.*, 4/2013, 36.

⁴⁹ Sul tema si aderisce alla prospettiva di analisi di S. PAJNO, *La Corte “mediatica”: aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, cit.

⁵⁰ Si veda più avanti il paragrafo dedicato al nuovo significato del “rendere giustizia costituzionale” ed alla opinione di G. SILVESTRI, riportata *infra* nel testo.

legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento». Qui il legislatore ordinario si è mosso entro lo spazio normativo delineato dalla l. cost. n. 1 del 1953, recante *Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale*, che al suo art. 1 prevede: «La Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, ed alla legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali»⁵¹.

La stessa Corte costituzionale, poi, attraverso le norme integrative e la pratica interpretativa, ha potuto esercitare le sue funzioni adattandole al mutevole contesto delle relazioni fra poteri e fra ordinamenti⁵².

Poi, un *riposizionamento* della Corte è intervenuto anche a seguito di interventi di revisione costituzionale che non hanno inciso su forme e condizioni di esercizio delle sue funzioni, quanto, piuttosto, su altri parametri costituzionali e sull’esercizio della *giurisdizione “comune”*: si pensi alla disciplina delle prerogative parlamentari di cui all’art. 68 Cost., riformata nel 1993⁵³; agli effetti prodotti dalle già richiamate revisioni degli artt. 111 e 117 c. 1° Cost., dirompenti in particolare dopo l’entrata in vigore del Protocollo n. 11 alla CEDU sulle funzioni della Corte di Strasburgo⁵⁴; agli effetti sul processo d’integrazione europea, sempre dell’art. 117 c. 1° Cost., dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l’attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea dello stesso valore giuridico dei trattati⁵⁵; alla riforma costituzionale del 2012 (l. cost. n. 1 del 2012) ed ai coevi interventi sulle competenze della Corte dei conti⁵⁶, che hanno inciso profondamente sul giudizio in via incidentale, sul giudizio in via principale e anche sui conflitti d’attribuzione Stato-Regioni in quest’ultimo decennio⁵⁷.

⁵¹ Corsivi aggiunti.

⁵² Si veda, come esempio su tutti, Corte cost. n. 68 del 2021 sull’illegittimità costituzionale dell’art. 30 c. 4 l. n. 87 del 1953 che, rispetto al “limite” alla c.d. “efficacia retroattiva” delle decisioni della Corte derivante dall’intangibilità del giudicato, introduce una ulteriore deroga rispetto a quella originariamente prevista dal legislatore (il principio della *lex mitior* consente di superare il giudicato non solo in materia di norme penali incriminatrici e di sanzioni penali, ma anche rispetto a declaratorie di illegittimità costituzionale di sanzioni amministrative aventi natura punitiva).

⁵³ L. cost. n. 2 del 1993 ed alla “coda lunga” di questa revisione per effetto della successiva giurisprudenza costituzionale sulla pregiudiziale parlamentare resa nei giudizi per conflitto d’attribuzione fra poteri dello Stato e della l. n. 140 del 2003.

⁵⁴ Sulla Corte EDU dopo il protocollo 11 (ratificato dall’Italia l’1.10.1997 ed entrato in vigore l’1 novembre 1998) e le novità dei protocolli 14 (ratificato dall’Italia il 7.3.2006, in vigore dall’1.6.2010), 15 (ratificato dall’Italia il 21 aprile 2021, in vigore dall’1 agosto 2021) e 16 (quest’ultimo non ancora ratificato dall’Italia, che istituisce il meccanismo del parere) si veda G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Quest. Giust., Speciale “La Corte di Strasburgo”*, aprile 2019.

⁵⁵ Corte cost. n. 269 del 2017, 20 del 2019, 54 e 67 del 2022; 177 e 178 del 2023.

⁵⁶ D.l. n. 174 del 2012 conv. con mod. dalla l. n. 213 del 2012.

⁵⁷ Da ultimo Corte cost. n. 184 del 2022 su cui G. RIVOSECCHI, *Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus, ovverso: disvelata natura giurisdizionale della parificazione dei rendiconti ed effetti sull’autonomia regionale*, in *Le regioni*, 6/2022 e M. CECCHETTI, *Il “sistema” dei controlli di legittimità-regolarità dei conti delle Regioni e delle Province autonome nella dialettica tra collaborazione interistituzionale ed effetti cogenti e conformativi sull’autonomia degli enti controllati*, in *Federalismi.it* n. 28/2022. Si veda anche M. BERGO, *Nuovi confini del sindacato di controllo della Corte dei conti in sede di parifica e di tutela degli interessi adespoti*, in *Federalismi.it* n. 19/2019. Sui conflitti Stato-regione originati dal nuovo assetto delle attribuzioni della Corte dei conti si veda anche

Infine, soprattutto nel giudizio sulle leggi, che è il motore del modello italiano di giustizia costituzionale, la Corte è stata chiamata a *confrontarsi* con gli effetti sistemici prodotti sul circuito democratico-rappresentativo da scelte del legislatore che miravano ad incidere, a difesa di rendite di posizione o presunte tali, sull’assetto mutevole del sistema politico: le riforme elettorali⁵⁸.

La Corte costituzionale italiana, si è detto, ha iniziato quindi ad aggredire le *zone d’ombra* e le *zone franche* di giustizia costituzionale⁵⁹, mettendo in tensione le regole del giudizio sulle leggi e, quindi, i limiti delle proprie attribuzioni⁶⁰, elaborando negli anni più recenti anche nuove tecniche decisorie⁶¹, specialmente volte a modulare gli effetti delle proprie decisioni⁶², anch’esse criticate da parte della dottrina⁶³.

La Corte ha poi disvelato, in modo ancora non del tutto strutturato, nuove virtualità di parametri costituzionali che sono centrali per la tenuta dei raccordi fra ordinamento costituzionale, diritto dell’Unione e diritto internazionale⁶⁴.

Esercizio del potere di revisione costituzionale; conseguenti interventi sulle fonti subcostituzionali che disciplinano la giustizia costituzionale; esercizio delle competenze della Corte, ossia giurisprudenza costituzionale, costituiscono i dati *giuridici* sui quali ragionare per definire i tratti del modello di giustizia costituzionale italiana nel XXI secolo.

Questi dati normativi e giurisprudenziali ci dicono quanto la Corte *si è spinta* o è *stata spinta verso* l’attivismo nel giudizio sulle leggi.

La tesi che qui si prospetta è che la Corte sia stata inizialmente spinta verso l’attivismo, che era necessario per *rendere giustizia costituzionale* (ci si soffermerà in seguito su questo concetto) e che adesso sia in atto un processo incrementale, che va razionalizzato, pena l’involuzione del rapporto fra normazione e giurisdizione ed il

⁵⁸ Corte cost. n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017 sino a Corte cost. n. 239 del 2018 e 62 del 2022.

⁵⁹ Interventi sempre più frequenti in materia penale e di proporzionalità delle sanzioni amministrative in generale su cui cfr. M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC* 4/2016.

⁶⁰ Si vedano le considerazioni di F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *Quest. giustizia*, 472020, 114; G. ZAGREBELSKY, *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale. Un’introduzione*, in *Dir. soc.* 4/2019, 545 e la risposta di F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell’insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, ivi 791; R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in Id. (a cura di), (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino, 2016, 1, spec. 10 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251; R. Bin, *Zone d’ombra del controllo di legittimità e zone buie del ragionamento giuridico (note brevissime a Corte cost. 196/2018)*, in *Le Regioni* 1/2019, 15 ss.

⁶¹ Si veda M. D’AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 6 marzo 2019, in *ConsultaOnLine*, 2019.

⁶² Dalla criticata e criticabile 10 del 2015 che “bilanciava” l’equilibrio di bilancio con l’art. 24 Cost. alla, condivisibile n. 152 del 2020 sull’*incremento al milione* delle pensioni d’inabilità (questione accolta con riferimento agli artt. 3 e 38 Cost.).

⁶³ Da ultimo R. PINARDI, *Una pronuncia a rime “possibili”, ma anche “parziali”. Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 5/2023.

⁶⁴ Del primo genere (nuove tecniche decisorie) è lo schema innovativo dell’ordinanza di rinvio a nuovo ruolo e successiva sentenza) inaugurata con Corte cost. ord. n. 207 del 2018 e Corte cost. n. 242 del 2019; quanto alle manipolative degli effetti si veda Corte cost. n. 10 del 2015 e quando alle nuove virtualità del parametro di costituzionalità (art. 117 c. 1° Cost.) Corte cost. n. 269 del 2017.

rischio di un *contagio antidemocratico* che potrebbe colpire la stessa Corte costituzionale⁶⁵.

4. La spinta verso l'attivismo: revisione costituzionale e giustizia costituzionale

È proprio nel XXI secolo che l'esercizio del potere di revisione costituzionale ha mostrato quanto esso possa incidere sulla fisionomia di alcune competenze della Corte costituzionale italiana⁶⁶, sia laddove interviene in modo diretto sulle funzioni della Corte, sia laddove invece interviene soltanto sul parametro di costituzionalità che la Corte utilizza quando è chiamata ad esercitare le sue funzioni⁶⁷.

Le revisioni costituzionali degli anni '2000 confermano che il potere di revisione costituzionale in Italia costituisce la reazione normativa *sistemica necessaria* a mutamenti di contesto nei quali l'esperienza costituzionale repubblicana si è svolta e si svolge.

Si pensi all'intervento di riforma sul titolo V, parte II della Costituzione, che ha investito in modo diretto e complessivo la struttura del *tipo* e della *forma* di Stato, operando una redistribuzione territoriale del potere e una riorganizzazione costituzionale delle funzioni e delle risorse, specialmente di quelle che direttamente incidono sull'effettiva tutela dei diritti sociali: era in gioco la forma di stato.

Nel giudizio in via principale, la Corte è stata a lungo impegnata nella ricostruzione del quadro delle competenze, dei raccordi fra le autonomie e lo Stato, non previsti dal nuovo titolo V⁶⁸; nel confronto con il legislatore statale e la sua tendenza al ridimensionamento dell'autonomia delle Regioni⁶⁹.

La Corte, nel controllo di costituzionalità in via d'azione, ha evidentemente tenuto presente l'elevato tasso di politicità delle questioni e si è mostrata spesso deferente rispetto al compromesso parlamentare ed al principio di unità della Repubblica⁷⁰. Lì non si è spinta in modo netto nel senso dell'attivismo che ha invece mostrato nel giudizio in via incidentale per aggredire l'inerzia del legislatore statale.

⁶⁵ Rintraccia già evidenti segni di contagio antidemocratico nel sistema delle fonti A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Bologna, 2023, Cap. 1, par. 1 e Cap 5, par. 4.

⁶⁶ Il giudizio sui reati ministeriali (l. cost. n. 1 del 1989 e conseguenti modifiche alla l. n. 87 del 1953 ad opera della l. n. 20 del 1962) ed il giudizio in via principale e sugli statuti regionali (ll. cost. nn. 1 del 1999 e 3 del 2001 e successive modifiche alla l. n. 87 del 1953 per effetto della l. n. 131 del 2003; Corte cost. n. 255 del 2014.

⁶⁷ Si pensi, ad esempio, all'impatto della riforma dell'art. 68 Cost. (l. cost. n. 3 del 1993) sul giudizio per conflitto d'attribuzione fra poteri dello Stato (cfr. anche giurisprudenza costituzionale successiva alla l. n. 140 del 2003), su cui da ultimo R. DI MARIA, *L'applicazione dell'art. 68, comma 1, Cost., quale "specchio" in cui si riflette il (complicato e conflittuale) rapporto fra politica e magistratura: è tempo di cambiare?*, in *ConsultaOnLine*, II-2023, 19 giugno 2023.

⁶⁸ Corte cost. n. 303 del 2003, 24 del 2004, 88 del 2003.

⁶⁹ Un esempio la giurisprudenza sui LEP e la mancata attuazione dell'art. 119 Cost. Da ultimo Corte cost. nn. 62 del 2020 e 221 del 2021.

⁷⁰ Ne è un esempio tutta la giurisprudenza sulle materie trasversali di cui all'art. 117 c. 2° lett. e) ed l) Cost.; sulla qualificazione dei principi fondamentali in materia di potestà legislativa concorrente e, da ultimo sulla profilassi internazionale dopo l'emergenza covid (art. 117 c. 2° lett. q) Cost. (Corte cost. n. 37 del 2021).

La Corte continua ad utilizzare, infatti, molto di frequente le inammissibilità con monito⁷¹ o le decisioni di rigetto prima di giungere a pronunce di accoglimento nei giudizi in via d'azione⁷² e non si è mostrata neppure incline a risolvere le asimmetrie ancora presenti in questo tipo di giudizio, nonostante avesse posto le premesse per correggerle interpretando l'art. 127 Cost. alla luce del concetto di ridondanza⁷³.

Si segnala poi che la Corte costituzionale, nel giudizio in via principale, non ha sinora fatto uso di tecniche quali quella del rinvio a nuovo ruolo e di susseguente pronuncia di accoglimento volta a colpire omissioni del legislatore⁷⁴. Spesso, come si è detto ha fatto ricorso a dispositivi di rigetto o di inammissibilità con monito ed ha fatto ricorso a pronunce di accoglimento, peraltro manipolando gli effetti retroattivi, soltanto in casi “limite” (persistenti inosservanze di pregressi moniti ed evidente prova di lesioni gravi o ai diritti costituzionali o all'autonomia regionale), per salvaguardare il più possibile la discrezionalità del legislatore⁷⁵.

Il giudizio in via principale sembra quindi non aver vissuto la stessa *spinta* verso l'attivismo che oggi avvolge il giudizio in via incidentale⁷⁶. Peraltro, oggi si allunga su di esso un vero e proprio cono d'ombra non soltanto perché le stesse Regioni, a seguito del processo di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, non hanno attivato il controllo in via principale su atti normativi primari attuativi del piano né sulla disciplina della *governance* del PNRR che lede la loro autonomia normativa, amministrativa e finanziaria⁷⁷; ma anche perché recenti e discutibili indirizzi espressi dal Governo in relazione alla deflazione del contenzioso in via principale mirano, con evidenza, ad evitare impugnative delle leggi regionali, auspicando lo sviluppo accordi con le Regioni per *rimuovere o non applicare* norme di legge regionale che evidentemente *avrebbero potuto* essere sottoposte alla Corte costituzionale attraverso l'attivazione del controllo sulle leggi in via principale⁷⁸. Riemerge qui tutta la politicità del giudizio in via d'azione e la difficoltà per la Corte di affermare la normatività della Costituzione in quel contesto.

⁷¹ Corte cost. n. 71 del 2023.

⁷² Come nel caso di Corte cost. n. 6 del 2019 giunta a seguito della lunga vertenza entrate fra Stato e Regione Sardegna.

⁷³ Infatti cfr. Corte cost. n. 194 del 2019. In dottrina si veda C. PADULA, *Aggiornamenti in tema di ridondanza*, in *Le Regioni*, 2019, 737 ss. e F. BIONDI DAL MONTE, *Ridondanza “in concreto” e interpretazione conforme a Costituzione del decreto sicurezza nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, 2019, 1137 ss.

⁷⁴ Il modello “Cappato”, per intendersi Corte cost. ord. 207 del 2018 e Corte cost. n. 242 del 2019, poi utilizzato anche per l'ergastolo “ostativo” Corte cost. ordinanze n. 97 del 2021 e n. 122 e 227 del 2022.

⁷⁵ Emblematico il caso del Fondo di solidarietà comunale, su cui Corte cost. n. 220 del 2021 e 71 del 2023. La Corte si è spinta nella direzione dell'accoglimento soltanto dinanzi alla persistente inerzia del legislatore dinanzi a ripetuti moniti ed alla prova dell'evidente sproporzione fra funzioni e risorse Corte cost. n. 6 del 2019 o alla “prova” di mancato finanziamento dei LEP in materia di tutela della salute (Corte cost. ord. 197 del 2019 e 62 del 2020).

⁷⁶ Il canto del cigno probabilmente è rappresentato dalle sentenze n. 194 del 2019 (in cui la Corte ritiene insussistente la ridondanza) e dalla sent. n. 37 del 2021 sulla materia trasversale della profilassi internazionale.

⁷⁷ Sul tema, si veda almeno M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista AIC* 3/2022 e G. FALCON, *Viaggio al centro del PNRR*, in *Le Regioni*, 2021, 715.

⁷⁸ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 ottobre 2023 *Esame delle leggi delle regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano e delle questioni di legittimità costituzionale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 127 della Costituzione. Razionalizzazione dell'attività istruttoria del Governo*, in

La l. cost. n. 3 del 2001, si è detto, con l'intervento sull'art. 117 c. 1° Cost. ha consentito di ridefinire la fisionomia del modello di giustizia costituzionale italiano alla luce delle trasformazioni intervenute nei rapporti fra ordinamento costituzionale, diritto internazionale e diritto sovranazionale. Si approfondirà poco più avanti il rilievo che ha assunto questa previsione, specialmente nel giudizio in via incidentale.

Si pensi adesso invece alla l. cost. n. 1 del 2012, risposta normativa sistemica necessitata anch'essa alla crisi economica e finanziaria globale, dovuta ad importanti trasformazioni economiche e finanziarie in corso in Europa e nel mondo⁷⁹.

A questa riforma costituzionale è *dovuta* seguire una imponente serie di pronunce della Corte costituzionale rese sia nel giudizio in via principale che in quello in via incidentale, tutte volte a tessere una trama fra prima e seconda parte della Costituzione nella definizione del principio dell'equilibrio di bilancio e del nesso fra democrazia e bilancio con riferimento alle decisioni finanziarie degli Enti territoriali e dello Stato.

Queste due riforme costituzionali (l. cost. n. 3 del 2001 e l. cost. n. 1 del 2012) hanno avuto origine da mutamenti del contesto politico, economico, finanziario nazionale, europeo ed internazionale nel quale la Costituzione con le sue garanzie doveva essere ri-posizionata. La Costituzione è stata, in effetti, ri-posizionata attraverso l'interpretazione costituzionale resa dalla Corte cui va il merito di aver saputo collocare i nuovi parametri costituzionali entro il perimetro “storico” della prima parte della Costituzione per garantire l'unità della Costituzione in un ordinamento sempre più composto da fonti non statali.

A queste riforme è seguito un mutamento della fisionomia del modello di giustizia costituzionale italiano, mutamento dovuto certamente anche all'intervento del legislatore ordinario ed alla conseguente attivazione delle funzioni della Corte costituzionale⁸⁰.

Si ritiene, insomma, che il processo evolutivo del modello di giustizia costituzionale italiano non possa essere compreso soltanto ragionando sulla dialettica fra “creazionismo giudiziario” e “neo-positivismo”, ossia riflettendo in modo critico o adesivo sull'attivismo della Corte costituzionale: l'esperienza di giustizia costituzionale italiana non può essere compresa senza riflettere sulle revisioni della costituzione e sull'esigenza, per la Corte, di *dover interpretare* i nuovi parametri costituzionali, alla luce di quelli immutati dal 1948 ad oggi.

GURI n. 250 del 25 ottobre 2023. Si rinvia, per le considerazioni critiche, all'analisi di F. POLITI, *La direttiva sulla “razionalizzazione” della procedura governativa di esame delle leggi regionali. Prime considerazioni*, Lettera AIC 11/2023.

⁷⁹ Per un quadro generale si vedano F. BILANCIA, *Integrazione giuridica e funzione di governo. Autorità e legalità in Europa*, Napoli, 2022; G. RIVISECCHI, *Decisioni di bilancio e politiche pubbliche fra Unione europea, Stato e autonomie territoriali*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 385; L. Antonini (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, 2016 (in particolare il contributo di M. LUCIANI, *Il costituzionalismo e l'economia dal divampare della crisi ad oggi*, ivi, 57); C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012.

⁸⁰ Gli effetti della riforma costituzionale del 2001 sul giudizio in via principale, ad esempio, sono stati evidenti. Per una sintesi si veda C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bologna, 2020.

Questa operazione interpretativa, che, si ribadisce, deve salvaguardare l’unità dell’ordinamento⁸¹, unità che va garantita *a fortiori* laddove si esercita il potere di revisione, si svolge nell’esercizio di attribuzioni spettanti alla Corte costituzionale, che, è il caso appena di ribadirlo, la Corte non attiva a suo piacimento, ma esercita laddove le è richiesto dagli organi legittimati a farlo.

Dunque, se il quadro delle attribuzioni della Corte non è mutato, ciò che si è ridefinito sono i parametri costituzionali che il legislatore di revisione costituzionale aveva inciso.

Le revisioni costituzionali, peraltro, o hanno determinato diretti interventi sulle *forme e sulle condizioni* con le quali la Corte esercita tali attribuzioni oppure hanno attivato le funzioni della Corte, le quali hanno dovuto collocare tali interventi di riforma, originati da mutamenti di contesto, che hanno prevalentemente riguardato il diritto internazionale e il diritto dell’Unione europea, entro il quadro dei principi della Costituzione del 1948.

Da qui la flessibilità ed adattabilità del modello di giustizia costituzionale al contesto, pur entro un quadro di sostanziale staticità del quadro delle funzioni della Corte: dopo la l. cost. n. 1 del 1953 non sono state attribuite *nuove* funzioni alla Corte, ma alcune di esse sono state, come si è detto, ristrutturate dal legislatore ordinario o mantenute dalla stessa Corte.

È proprio quest’ultimo punto il più controverso in dottrina.

Le attribuzioni della Corte sulle quali ha inciso il legislatore sono state le più direttamente coinvolte dall’intervento di revisione costituzionale (il giudizio in via principale ed il controllo sugli statuti regionali ordinari, ad opera della l. n. 131 del 2003 per effetto delle revisioni costituzionali del biennio 1999-2001).

Le altre, ed in particolare ci si riferisce al giudizio in via incidentale, sono state investite solo indirettamente dalle revisioni costituzionali (riforma dell’art. 117 c. 1° Cost. ad opera della l. cost. n. 3 del 2001 e revisione costituzionale della costituzione finanziaria ad opera della l. cost. n. 1 del 2012) ma lo sono state in modo diretto dagli interventi del legislatore ordinario che s’inserivano in questo itinerario di riforma e che hanno inciso sulla *giustiziabilità* dei nuovi parametri costituzionali⁸².

Si può dire che la Corte è stata impegnata nella ricostruzione dei nuovi parametri (formalmente modificati o incisi, comunque, da un processo di *internazionalizzazione* del

⁸¹ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014, 87 ss., laddove si prospetta come tratto caratterizzante del modello italiano di giustizia costituzionale, la domanda di unità e la risposta che ad essa è data: la Corte costituzionale come organo caricato della funzione di offrire prestazioni di unità istituzionalizzata, di oggettivazione del pluralismo ideologico che è alla base della Costituzione del 1948.

⁸² Ad esempio, gli interventi sulle funzioni della Corte dei conti, di poco precedenti alla revisione costituzionale del 2012 che hanno però determinato una “apertura” dell’accesso in via incidentale alla Corte dei conti nell’esercizio delle sue nuove funzioni di controllo di legittimità-regolarità sui bilanci degli Enti territoriali e delle Aziende sanitarie e delle parifiche dei rendiconti delle Regioni (cfr. d.l. n. 174 del 2012 e successiva giurisprudenza costituzionale in via incidentale che s’impegna nell’interpretazione della nozione di giudice, di giudizio, di rilevanza e non manifesta infondatezza in questo genere di questioni: Corte cost. nn. 196 del 2018 poi “corretta” da 138 e 146 del 2019 sul parametro; nn. 18 del 2019; 157 del 2020 e, rispetto alla legittimazione in via incidentale in sede di certificazione dei contratti collettivi Corte cost. n. 89 del 2023).

diritto costituzionale) per effetto della sempre maggiore rilevanza, nella costruzione del parametro di costituzionalità, di fonti UE o internazionali⁸³.

Da qui, l’avvio di quel processo di manutenzione della giustizia costituzionale ad opera della stessa Corte costituzionale, che però presenta alcune incertezze⁸⁴ proprio con riferimento alla doppia pregiudizialità ed alla reale capacità del rinvio pregiudiziale d’interpretazione effettuato dalla Corte costituzionale di salvaguardare il principio della tutela sistemica dei diritti costituzionali e della massima espansione delle tutele⁸⁵.

Credo sia naturale che vi sia ancora necessità di un assestamento, soprattutto in alcuni ambiti, in cui la stessa Corte costituzionale italiana è stata particolarmente impegnata: i diritti sociali con riferimento ai *beni primari o vitali* (qui la Corte ritiene giustiziabile il parametro dell’art. 3 c. 2° Cost.)⁸⁶; la garanzia dei diritti di libertà del non cittadino⁸⁷ e dell’uguaglianza in riferimento all’accesso a provvidenze inerenti la tutela dei diritti sociali⁸⁸.

È significativo al riguardo che il rinvio pregiudiziale sull’art. 34 della Carta di diritti fondamentali (ord. n. 182 del 2020) abbia ottenuto una pronuncia della Grande sezione della Corte di giustizia dell’Unione europea che definisce il contenuto dell’art. 34 della Carta alla luce del *diritto derivato* dell’Unione (il legislatore sovranazionale, quindi può mutare gli *standards* di tutela) e che la Corte di giustizia non abbia effettuato alcun riferimento alla tradizione costituzionale italiana o all’art. 53 della Carta che fa salvi livelli costituzionali di tutela più elevati⁸⁹.

⁸³ S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law. A view of the Venice Commission*, Hart, 2020 e si vedano anche le considerazioni di M. CARTABIA, E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in *Quad. cost.*, 2020, 799 ss., sull’internazionalizzazione del parametro. Si veda anche sugli effetti del “valore dello stato di diritto”, R. Spano, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *Eur. Law Journal*, vol 27 1-3, 211 ss.; G. PITRUZZELLA, *L’integrazione tramite il valore dello “Stato di diritto”*, in *Federalismi.it*, 27/2022; R. CALVANO, *Legalità UE e Stato di diritto, una questione per tempi difficili*, in *Rivista AIC* 4/2022.

⁸⁴ Corte cost. n. 67 del 2022, su cui S. CATALANO, *Quando la forma prevale sulla sostanza. Note critiche alla sentenza n. 67 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC* 4/2022.

⁸⁵ Su cui Corte cost. n. 264 del 2012. Sulla Carta, si interrogava su questi temi e tracciava un itinerario condivisibile volto ad evitare effetti di *traboccamento* della Carta a danno della tutela più elevata dei diritti costituzionali e della certezza del diritto e della natura accentrata del controllo di costituzionalità A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 1 del 2018, 149.

⁸⁶ Corte cost. n. 152 del 2020 sul minimo vitale; Corte cost. n. 261 del 2012. Sul tema dei beni vitali o primari si veda l’analisi di B. VIMERCATI, *Il diritto ai beni vitali*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 10 giugno 2016.

⁸⁷ Corte cost. n. 105 del 2001 costituisce un modello di riferimento anche per riflettere sul differente livello di tutele della libertà personale rispetto al trattenimento garantito dal diritto costituzionale, dal diritto derivato dell’unione e dalla CEDU. Mentre nel diritto italiano il trattenimento è qualificato come misura restrittiva della libertà personale, nel diritto UE è limitazione della libertà di circolazione e nella giurisprudenza EDU è presente una qualificazione *ondivaga* di tali misure.

⁸⁸ Corte cost. n. 186 del 2020 sull’iscrizione anagrafica e, con riferimento all’art. 3 c. 2° Cost., in relazione alla “saga” sulle leggi regionali “ostacolo” all’accesso all’abitazione Corte cost. nn. 107 del 2018, 40 del 2020, 145 del 2023 e giurisprudenza ivi richiamata. Sul rilievo, in questi casi, delle fonti esterne C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Le Regioni*, 2020, 599 ss.

⁸⁹ CGUE C-350/20 O.D., sent. 21.9.2021.

La Corte costituzionale, in modo ineccepibile sul piano logico e retorico, essendo consapevole della sua *speciale responsabilità*⁹⁰, non ha meramente recepito l'interpretazione resa dalla Corte di giustizia per definire lo standard, ma, correttamente, ha inquadrato l'interpretazione del diritto UE offerta dalla Corte di giustizia che fissava lo standard sulla parità di trattamento negli atti di diritto derivato (e non nella Carta dei diritti, che li recava un principio e non un diritto), avvertendo però il legislatore nazionale e indirettamente quello dell'Unione che: «[I]a Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che il diritto alla parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale, definito nei suoi contenuti essenziali dalla direttiva 2011/98/UE, «dà espressione concreta al diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale di cui all'articolo 34, paragrafi 1 e 2, della Carta» (Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sentenza 2 settembre 2021, punto 46). *Il principio di parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale, nei termini delineati dalla CDFUE e dal diritto derivato e poi ribaditi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, si raccorda ai principi consacrati dagli artt. 3 e 31 Cost. e ne avvalorava e illumina il contenuto assiologico, allo scopo di promuovere una più ampia ed efficace integrazione dei cittadini dei Paesi terzi*»⁹¹. Così la Corte costituzionale ha ribadito che le disposizioni costituzionali non tollerano disparità di trattamento arbitrarie o irragionevoli perché prive di causa giustificativa e che quindi consentono comunque di condurre *anche* un ulteriore controllo sulla legge alla luce degli *standard* costituzionali.

Questa pronuncia, si ritiene che presenti un itinerario argomentativo che deve consolidarsi, nel *governo* della doppia pregiudizialità e nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione, anche in ambiti differenti dalla tutela dei diritti: deve emergere in tutte le questioni che coinvolgono l'identità costituzionale (art. 4 TUE) perché consente di comparare gli *standard* e di rendere pienamente giustiziabili quelli costituzionali coordinandoli, al contempo, con quelli sovranazionali.

5. Il “rendere giustizia costituzionale”: quale limite all'attivismo?

Molti studi hanno dedicato particolare attenzione al processo di ridefinizione dei tratti della giustizia costituzionale italiana ad opera della stessa Corte costituzionale, descrivendo come quest'organo abbia operato il proprio ri-posizionamento nella rete dei poteri costituzionali e nel dialogo con le Corti sovranazionali ed internazionali⁹², di fatto, ampliando lo spazio della giurisdizione costituzionale e attenuando la linea di confine fra

⁹⁰ Sul tema S. NINATTI, O. POLLICINO, *Identità costituzionale e (speciale) responsabilità delle Corti*, in *Quad. cost.*, 2020, 191 ss.

⁹¹ Corte cost. n. 54 del 2022 parr. 12 e 13 *cons. in diritto*, corsivo aggiunto.

⁹² Fra questi si veda D. TEGA, *La Corte nel contesto*, Bologna, 2020 e si veda anche l'analisi dei tratti evolutivi della giustizia costituzionale in Europa di M. CARTABIA, E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, cit.

giurisdizione e legislazione⁹³. Si tratta di un tema classico nelle riflessioni sulla giurisdizione costituzionale sulle leggi⁹⁴.

Ora, questa espansione della giurisdizione della Corte costituzionale italiana e le trasformazioni del giudizio sulle leggi hanno interessato soprattutto il giudizio in via incidentale, che ha aggredito zone franche e d’ombra prima non illuminate dalla giustizia costituzionale e che ha visto l’emersione ed il consolidamento di nuove tecniche decisorie.

A fronte di ciò non corrisponde un intervento di pari portata nel giudizio in via principale o nel giudizio per conflitto d’attribuzione fra poteri e fra Enti, tutte sedi nelle quali la Corte è chiamata, rispettivamente, al delicatissimo compito di giudicare sul riparto di competenze legislative; di reprimere lo sconfinamento, il blocco o l’usurpazione di attribuzioni costituzionali e di segnare i confini delle attribuzioni non legislative di Stato e Regioni.

Ci si chiede quale sia la ragione di questa timidezza a fronte, invece, di un notevole attivismo nel giudizio in via incidentale.

La possibile risposta è che nella Corte sia prevalsa una precisa concezione della giustizia costituzionale: quella della Corte *responsiva* rispetto alle esigenze di tutela dei cittadini.

Va segnalato che la risposta a queste esigenze offerta dalla Corte è stata quella di operare da co-legislatore⁹⁵. Essa non è invece riuscita a ripristinare il funzionamento dei meccanismi della rappresentanza, della forma di governo e del sistema delle fonti⁹⁶, complici anche le diverse crisi ed emergenze che hanno attraversato il XXI secolo⁹⁷.

Quanto al giudizio in via incidentale, l’aspetto più controverso di questo processo di *enlargement of functions* della Corte co-legislatore riguarda il significato che ha assunto un’espressione che ricorre in alcuni recenti contributi della dottrina: *rendere giustizia costituzionale*⁹⁸.

⁹³ M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, cit., 75 ss.; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021; M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto. Restaurare l’ordine costituzionale dei poteri*, parte II, 161 ss e parte III, Milano, 2023.

⁹⁴ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; ma anche le già citate opere di C. Mezzanotte e gli studi di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992 e, da ultimo ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008 e 2017.

⁹⁵ M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento*, cit.

⁹⁶ M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto*, cit.; A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit.

⁹⁷ G. SERGES, *La dimensione costituzionale dell’urgenza*, Napoli, 2020. Per le crisi economiche si veda F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013.

⁹⁸ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, n. 3/2020. Su questo aspetto si veda il nr 4/2019 della rivista *Diritto e società* ed in particolare i contributi di G. REPETTO, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale. profili processuali*, 587 ss., par. 1; L. RONCHETTI, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale in nome della pari dignità sociale: sofferenza dei diritti e insofferenza per chi li calpesta*, ivi, 631; il contributo di M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Dir. soc.*, 1/2020, 53. Sul tema si sofferma con attenzione, ancora, M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto*, cit., ma non affronta il tema con riferimento al mutato contesto ordinamentale (l’evoluzione del diritto UE e del diritto internazionale).

Semplificando, con questa espressione si vuol significare che la Corte costituzionale italiana, rispetto al “dialogo” con i giudici comuni, sembra essersi preoccupata molto di come riuscire ad intervenire⁹⁹ in qualsiasi ipotesi in cui il giudice si trovi dinanzi ad un *caso difficile* per offrire risposte che il giudice comune evidentemente le chiede di offrire.

Ora, ci si chiede, i limiti costituzionali della giurisdizione sulle leggi della Corte costituzionale italiana, in particolare quelli segnati dall’art. 136 Cost., non miravano invece a distinguere il controllo di costituzionalità da ogni altra forma di “giurisdizione” pensabile e disciplinabile nell’ordinamento costituzionale italiano?

In *cosa poteva o doveva consistere questa differenza?* Nel potere di dichiarare incostituzionale e privare di efficacia norme di legge o di atti con forza di legge, *erga omnes*, potere precluso al giudice comune che, invece, ha il potere di “rendere giustizia” nel caso concreto.

È in questo che risiede la differenza: il giudice comune ha il potere di conoscere e giudicare sul fatto, applicando norme di diritto obiettivo; la Corte ha il potere di giudicare su norme di diritto obiettivo alla luce del fatto, che rileva soltanto perché dimostra che la legge nella sua applicazione produce effetti incostituzionali.

In altri termini, l’art. 136 Cost. impone alla Corte di mantenere «uno sguardo più distaccato alla legge»¹⁰⁰ rispetto a quello che può avere il rimettente nel giudizio in via incidentale (ma anche nel giudizio in via principale).

Se così è, rendere giustizia costituzionale non può mai coincidere né con l’abbracciare le *ragioni politiche* di fondo che una delle parti nel giudizio in via principale può prospettare nel ricorso; né, nel giudizio in via incidentale, con il rendere giustizia in un caso concreto o, al contrario, con l’impedire, mediante il ricorso a specifiche tecniche decisorie, che la giurisdizione possa esercitare le sue funzioni, mantenendo in vigore un quadro normativo che presenta vizi d’incostituzionalità¹⁰¹.

Rendere giustizia costituzionale significa assicurare la normatività e l’unità della Costituzione.

Dunque, l’invito lanciato Gaetano Silvestri sul *rendere giustizia costituzionale* viene qui considerato come una indicazione *di metodo* che va trasposta in un contesto in cui si deve preservare la “distanza” della giustizia costituzionale dal fatto; il “distacco” del giudizio costituzionale dalla legge.

Gaetano Silvestri intende il rendere giustizia costituzionale come il «contribuire, anche in misura minima e marginale, a inverare la Costituzione nell’ordinamento,

⁹⁹ T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell’epoca della ricentralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 128, spec. 129 prospetta il tema in questi termini: “[M]i pare che oggi sia un’altra la preoccupazione che guida i giudici costituzionali, e un’altra la domanda che li accompagna in camera di consiglio, ovvero: “Come ci entriamo?”, nel senso di come possiamo entrarci, come possiamo decidere, evitando che la questione resti irrisolta, che permanga una zona franca sottratta alle garanzie del rule of law costituzionale? E, in definitiva, come possiamo svolgere la nostra funzione, ovvero “rendere giustizia costituzionale”? Sembra che la Corte abbia accantonato i precedenti timori, e sia pronta, anzi, direi, desiderosa, di immergersi pienamente nella complessità del nostro tempo”.

¹⁰⁰ J. LUTHER, *Corte “incappata”?*, in *Forum di Quad. cost.*, 3 luglio 2019, 4.

¹⁰¹ Essendo presente nella Costituzione il diritto di difesa, principio supremo dell’ordinamento costituzionale.

traendola dal rarefatto campo delle norme “super-primarie”, per farla diventare materia viva della convivenza sociale, presente negli accordi e nei conflitti, garanzia molecolare di libertà e di eguaglianza nella società civile e nei rapporti tra questa e l’autorità dello Stato. Un principio costituzionale non può diventare “vivente” o restare lettera morta a colpi di maggioranza, né del Parlamento né della stessa Corte costituzionale. Tra questi due organi costituzionali si instaura, con fasi di alti e bassi, una dialettica continua, molto complessa e i cui sviluppi sono difficilmente prevedibili. Il costituzionalista non può che auspicare che la Costituzione sia davvero considerata, dall’una e dall’altra parte, *higher law* e non sterile insieme di idealità sovrapposto all’ordinamento giuridico “ordinario”, che regola i rapporti quotidiani della nostra vita. [...] Tra una Corte amante del quieto vivere, che spende il suo ingegno a trovare buone motivazioni per non decidere su questioni di grande rilevanza etico-sociale, civile e politica, e una Corte che si sforza – anche eccedendo, talvolta! – di non frustrare l’aspettativa di giustizia di cittadini che ad essa si rivolgono fiduciosi, preferisco nettamente la seconda.»¹⁰².

Il punto è quindi *inverare la Costituzione* flessibilizzando in particolare il limite della discrezionalità del legislatore: bisogna colpire le omissioni e gli eccessi di potere legislativo con nuove tecniche decisorie (il modello Cappato) e con le sentenze sostitutive¹⁰³; temperando l’impatto ove possibile con la manipolazione degli effetti temporali.

È un metodo che presuppone però che l’aspettativa di giustizia dei cittadini sia collegata ad una premessa: che la Costituzione sia *già stata inverata* e sia *patrimonio culturale, giuridico* di una comunità politica, nel senso già descritto da Häberle¹⁰⁴.

Va considerato che questo presupposto, in alcuni momenti della storia, può non essere presente.

Questo impone un *dover essere alla giustizia costituzionale*: ogni pronuncia della Corte deve essere centrata sui parametri normativi di una Costituzione storicamente data e ogni pronuncia deve tener conto che la Costituzione distingue il posto della giustizia costituzionale dalla *giustizia tout court*; dalla giurisdizione e dalla normazione ad opera degli organi costituzionali dotati del potere d’indirizzo politico.

Il ricorso ad altri parametri o al dialogo fra le Corti non può alterare peraltro il patrimonio costituzionale in modo da *circoscrivere gli effetti* o la riduzione delle tutele costituzionali dei diritti né consolidare torsioni della forma di governo o del tipo di stato presenti nella Costituzione repubblicana.

Certo, la Costituzione ha subito un’evoluzione e, per richiamare la sentenza n. 54 del 2022, i parametri costituzionali oggi possono essere integrati e vanno coordinati con altre fonti (integrati con le fonti di diritto internazionale e coordinati con quelle dell’Unione europea) che possono illuminarli ancor di più, salvo poi verificare se è necessario condurre un attento scrutinio di legittimità della legge su quelli costituzionali del 1948, della I parte della Costituzione o alla luce di norme della Costituzione che si

¹⁰² G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit., 2.

¹⁰³ Divenute piuttosto frequenti nel sindacato sulla proporzionalità e l’individualizzazione della pena.

¹⁰⁴ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Jorg Luther (a cura di), Carocci, 2001.

pongono a presidio di distorsioni rispetto al funzionamento della forma di governo e del tipo di stato.

Dunque, questo programma e questo invito per il giudice costituzionale e la dottrina sul rendere giustizia costituzionale deve muoversi anche in modo coerente con il disegno costituzionale¹⁰⁵. Se così non fosse la Corte potrebbe contribuire, paradossalmente, con il suo attivismo, proprio a scardinare quel disegno, a inverare una *nuova Costituzione*, non quella del 1948, revisionata, integrata e coordinata con fonti esterne, ma una Costituzione *materiale* che risulta dalla disapplicazione di quella formale, proprio per rendere giustizia costituzionale essendo *rappresentativa* della moltitudine che compone la *società civile*.

Questo, con riferimento all’equilibrio fra i poteri, può accadere se la Corte, spinta dagli attori che possono attivare il controllo sulle leggi, si orientasse nel senso di percepire se stessa come una “Corte di giustizia di ultima istanza”, al vertice di tutte le giurisdizioni nazionali, come una Corte *politica e giurisdizionale* nel senso che emerge dall’esperienza statunitense.

Ma la Corte costituzionale italiana non è una Corte suprema.

Essa è vincolata dalle norme costituzionali che disciplinano le sue funzioni a dover mantenere «uno sguardo più distaccato alla legge de qua» rispetto a quello che può avere il giudice del fatto.

È lo stesso art. 136 Cost. a richiederlo alla Corte, quando disciplina gli effetti *erga omnes* (e non nel singolo caso) delle sentenze di accoglimento. Se la legge è incostituzionale, lo è *erga omnes* e non nel solo caso in cui “manifesta la sua ingiustizia” rispetto alle specifiche situazioni che il giudice rimettente valorizza nell’ordinanza di rimessione.

Nel controllo sulle leggi, quindi, il *fatto* non può divenire il perno intorno al quale ruota l’intera definizione della questione¹⁰⁶.

Il fatto rileva in modo particolare al fine dell’ammissibilità della questione e per mostrare che la legge ha prodotto effetti incostituzionali, ma la Corte costituzionale, non essendo un giudice di ultima istanza, non può ricostruire le forme e condizioni di esercizio delle sue funzioni al fine di intervenire laddove le altre giurisdizioni non possono giungere per realizzare il valore della giustizia: ancora una volta, non può diventare giudice del *fatto*.

Così, anche l’istruttoria, gli interventi, anche i nuovi istituti degli *amici curiae* e degli esperti, introdotti con la riforma delle norme integrative del 2020¹⁰⁷ introducono elementi di fatto, ma essi mirano solo a mostrare che la norma sottoposta a controllo produce effetti incostituzionali.

¹⁰⁵ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023 riflette proprio su questo.

¹⁰⁶ F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*. *Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 145, spec. 156 ss.. Sul fatto nel giudizio sulle leggi si veda E. OLIVITO, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. BIONDI, M. D’AMICO (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 135 ss.

¹⁰⁷ Su cui G.P. DOLSO, *La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: una prima applicazione*, in *Quad. cost.*, 2/2020, 398 ss.

6. Il contesto nel quale si rende giustizia costituzionale: quali prospettive?

Il contesto nel quale tutto ciò è accaduto è probabilmente l’aspetto più difficile da delineare.

Il XXI secolo si apre con imponenti trasformazioni che hanno investito ogni ambito del fenomeno giuridico: basti pensare alla rivoluzione digitale e alla crisi climatica, che impongono di regolare i nuovi poteri privati che emergono nell’era dell’intelligenza artificiale e della transizione ecologica ed al nuovo assetto geopolitico che dal 1989 in avanti ha stravolto i contorni della geografia politica ed economica europea e mondiale.

Le dimensioni di tali mutamenti ed il loro impatto sulle forme di organizzazione della vita associata in cui è stata pensata la giustizia costituzionale italiana – l’ordinamento giuridico statale, fondato sulla Costituzione del 1948 – conducono a ritenere che sia sempre più difficile rintracciare linee di continuità fra l’esperienza costituzionale italiana del II Novecento e l’esperienza giuridica in cui si è oggi immersi.

Già ben prima della rivoluzione digitale e della crisi climatica, era stato il processo di evoluzione dell’assetto geopolitico europeo a determinare effetti profondi sull’effettività della Costituzione. Già allora le dinamiche di funzionamento del modello italiano di giustizia costituzionale avevano visto la giurisdizione comune come protagonista di questo fenomeno, mentre la giurisdizione costituzionale sembrava osservarlo senza intervenire.

Avevamo potuto osservare una giustizia costituzionale che prendeva le distanze da quel contesto, in cui il processo d’integrazione europea, da un lato, ed il ruolo giocato dal Consiglio d’Europa, attraverso la Corte di Strasburgo e la Commissione di Venezia, dall’altro, avevano inciso profondamente sul funzionamento delle democrazie pluraliste¹⁰⁸, specialmente sui rapporti fra persona e Stato, senza un attivo contributo della giustizia costituzionale italiana: era l’effetto del “cammino comunitario”¹⁰⁹ della Corte costituzionale (che nel 1984 conduceva alla definizione della dottrina dei controlimiti) e delle resistenze della Corte costituzionale italiana ad integrare il parametro di costituzionalità con fonti internazionali che esprimevano le dinamiche evolutive del diritto internazionale dei diritti umani¹¹⁰.

¹⁰⁸ Per il processo d’integrazione europea, chiaramente a partire dal Trattato di Maastricht si apre una riflessione anche sulle possibili rotture dell’ordine costituzionale repubblicano (si vedano ad es. A. MANZELLA, *Il «vincolo europeo» sul governo dell’economia*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, II, Milano, 1992, 1491 ss. e il confronto fra G.U. RESCIGNO, *A proposito di prima e seconda Repubblica* in *Studi. Parl. Pol. cost.*, 1994, 5 ss. e U. De Siervo, *Della vitalità del sistema costituzionale italiano*, ivi, 1995, 5.) e si inaugurano filoni di ricerca che riguardano la costruzione di uno spazio giuridico europeo che assume una struttura solida per effetto della giurisprudenza, del “dialogo” fra le Corti, nel quale viene compresa non solo la Corte di Lussemburgo ma anche la Corte di Strasburgo. Più di recente, a seguito dell’allargamento dell’UE ad Est, si aprono le riflessioni sul ruolo del Consiglio d’Europa ed in particolare della Commissione di Venezia. Su quest’ultimo tema si veda, ancora, S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law. A view of the Venice Commission*, cit..

¹⁰⁹ La famosa espressione è di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406-2420.

¹¹⁰ Corte cost. n. 170 del 1984 e per la CEDU, prima della l. cost. n. 3/2001 e delle sentenze “gemelle” del 2007 (nn. 348 e 349), la giurisprudenza costituzionale non aveva dato copertura costituzionale alla CEDU (spingendosi solo a riconoscerne la natura di “fonte atipica” con Corte cost. n. 10 del 1993).

Qui interessa rilevare soltanto che tutte queste imponenti trasformazioni, politiche, economiche, ambientali, stanno investendo sia il piano della normazione sia quello della giurisdizione e, com'è noto, normazione e giurisdizione sono i due poli entro i quali si è assestata da sempre la dinamica della giustizia costituzionale italiana, in cui ha assunto un rilievo centrale il giudizio sulle leggi, specialmente quello in via incidentale.

Quanto alla normazione è del tutto condivisibile ritenere che oggi «l'esaurirsi dei fattori di legittimazione che caratterizzano il modello costituzionale del sistema delle fonti sia sul versante della conformazione dei processi normativi (ovvero degli *inputs*), sia sul piano dei meccanismi della responsabilità politica (cioè, degli *outputs*), determina il dilagare di rapporti di eteronomia che sono difficilmente compatibili con l'esistenza di una comunità politica “costituita in ordinamento” secondo [...] scelte effettuate dai Costituenti nel 1948»¹¹¹.

Sul piano della normazione costituzionale potevano certamente costituire tentativi di rottura – evidente o silente – la “grande” riforma del Titolo V, parte II della Costituzione (l. cost. n. 3 del 2001); la riforma dei parametri della Costituzione finanziaria (l. cost. n. 1 del 2012) e, direi, specialmente sul piano *simbolico*, l'intervento di riforma sull'art. 9 Cost. effettuato dalla l. cost. 1 del 2022, che, nell'era della “nuova sfera pubblica” costituita da *gated community*, *Artificial Intelligence*, algoritmi e profilazione¹¹², apre una breccia rispetto alla possibilità di incidere anche sulla disciplina costituzionale dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, attraverso un'azione di riforma, apparentemente confinata alla “codificazione” di principi già presenti nell'ordinamento costituzionale, con modifiche al testo dei primi 12 articoli della Costituzione¹¹³.

In questi decenni, insomma, è ritornato prepotentemente al centro l'interrogativo se il diritto costituzionale possa essere configurato come «scienza critica» e se il modello costituzionale italiano «per il quale la democrazia politica è uscita dal puro discorso sul metodo»¹¹⁴, fosse ormai destinato ad abbandonarsi ad una «legittimazione fondata solo sugli appagamenti *sostanziali*»¹¹⁵; se il processo d'integrazione europea o d'internazionalizzazione del diritto costituzionale, attraverso la Costituzione *aperta* non rischiasse di sostituire la legittimazione politica alla base della esperienza costituzionale

Successivamente alle sentenze gemelle si veda almeno D. TEGA, *I diritti in crisi, Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012.

¹¹¹ A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, cit., 250-251.

¹¹² C.R. SUNSTEIN, *#RePublic.com. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017, trad. it. di A. ASIOLI, *#RePublic.com. La democrazia nell'era dei social media*, Milano, 2017; A. CARDONE, *“Decisione algoritmica vs decisione politica?”. A.I., legge, democrazia*, Napoli, 2021; O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, cit.

¹¹³ Il tema era già stato dibattuto in dottrina cfr. A. MORELLI, *Togliere la parola razza dalla Costituzione? Ragioni e rischi di una revisione simbolica*, in *Quad. cost.*, 2021, 461 ss.

¹¹⁴ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982, 109. Si veda anche l'ampio dibattito sulle pagine della rivista *Quaderni costituzionali*: R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss.; A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 311 ss.; O. CHessa, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quad. cost.*, 2008, 41 ss.; G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, in *Quad. cost.*, 2008, 5 ss.

¹¹⁵ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, cit..

con altre fonti di legittimazione, esterne ad essa¹¹⁶, sostituendo l'effettività alla certezza del diritto¹¹⁷ e consentendo così, attraverso la pratica interpretativa, vere e proprie *trasformazioni* della Costituzione¹¹⁸.

Rispetto alla giurisdizione, si continua a registrare, invece, con tutta evidenza, un fenomeno già da tempo noto ed indagato: la «giurisdizionalizzazione del diritto», che secondo un'Autorevole e condivisibilissima opinione «non può aspirare a costituirsi come meccanismo sostitutivo dei processi normativi gestiti dalle istituzioni rappresentative» perché, fra l'altro, esporrebbe la giurisdizione al pericolo della perdita di legittimazione e della impossibilità, per la giurisdizione di esercitare quindi la sua funzione sistemica di garante dei diritti¹¹⁹.

Già Mario Cappelletti, nel suo celebre studio del 1984, ricordava che «nel caso di attivismo giudiziario esplicito nell'ambito del controllo giudiziario delle leggi [...] la creatività del giudice può considerarsi non soltanto come una "deviazione" dalla strada maestra del "processo legislativo", ma addirittura come un "ostacolo" al libero corso dello stesso. E va certamente riconosciuto che perfino un giudiziario inizialmente dedito alla protezione delle libertà dei cittadini, può suo malgrado finire per trasformarsi esso stesso in uno strumento di tirannia se resta per lungo tempo privo di legittimazione democratica. È infatti provato dalla storia che soltanto in sistemi democratici di governo, i diritti sociali e politici hanno una probabilità ottimale di essere rispettati»¹²⁰.

Cappelletti, si sa, riteneva fosse possibile fugare questi dubbi e queste cupe previsioni, ma oggi è davvero possibile riposare sulle virtualità della giustizia costituzionale per custodire il patrimonio del costituzionalismo del Novecento?

Oggi si osserva un'ulteriore ondata trasformativa della giustizia costituzionale in Italia¹²¹ e si temono chiusure e involuzioni direi di sapore nazionalistico. Questo timore impone alla Corte azioni di pedagogia costituzionale e uno spinto attivismo, in mancanza dei quali si determinerebbe un collasso della democrazia costituzionale? È una domanda di *politica costituzionale* che tira dentro la Corte come attore politico.

La Corte ritengo non debba porsi questa domanda né dare delle risposte, ma continuare a muoversi come interprete che innova quando la spinta normativa lo richiede.

La Corte italiana ritengo, anche con il contributo degli attori del sistema di giustizia costituzionale, fra i quali colloco anche gli studiosi, attenti osservatori di questi fenomeni, a differenza di altre giurisdizioni costituzionali non può tendere nella direzione della involuzione e della chiusura dell'ordinamento (patriottismo-nazionalismo

¹¹⁶ Ne discute, ancor prima del Trattato di Lisbona, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

¹¹⁷ Discorso svolto da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit. e da S. Bartole, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e costituzione vivente* in *Rivista AIC*, 1/2019, spec. 40-41.

¹¹⁸ La dottrina italiana, com'è noto, si è lungo interrogata sulla nozione di costituzione materiale e restano fondamentali le considerazioni di S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. soc.*, 1982, 604 ss. sulla necessità di chiarirne l'utilità e di scomporne il contenuto, appunto, in convenzioni e principi e nel loro possibile utilizzo nell'interpretazione della Costituzione.

¹¹⁹ M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023 179.

¹²⁰ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 83.

¹²¹ La metafora delle ondate, con riferimento ad una linea di tendenza delle esperienze di giustizia costituzionale europee è stata utilizzata da T. GROPPI, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019.

costituzionale), dovendo garantire l’unità costituzionale in un ordinamento che si fonda su una Costituzione anti-nazionalista, aperta e che ammette le limitazioni di sovranità già nel testo del 1948 (art. 11 Cost.)¹²².

Non è un caso che la Corte, quando ha attivato i controlimiti rispetto al diritto internazionale generale (Corte cost. n. 238 del 2014), lo ha fatto solo per tutelare effettivamente lo standard costituzionale più elevato di tutela dei diritti (art. 24 Cost.).

Il rischio di chiusura e di involuzione, quindi, non nasce dal *testo* della Costituzione o delle fonti esterne che attraverso essa assumono rilievo nella definizione del quadro delle *norme* che vincolano la normazione e la giurisdizione.

Il rischio può derivare dal riposizionamento della Corte a seguito della revisione costituzionale o della trasformazione delle dinamiche di funzionamento della democrazia rappresentativa che possono aggredire la Corte: il rischio proviene dal “contagio antidemocratico” di cui ci parlano gli studi recenti sulle fonti e la forma di governo già qui richiamati. Tutto ciò potrebbe avere un effetto su come si rende giustizia costituzionale.

Se l’interpretazione costituzionale si risolvesse nella mera *rilevazione di convenzioni, principi, consolidamento di prassi legislative od orientamenti della coscienza sociale* o nella *mera recezione* di orientamenti interpretativi di Corti o Organi internazionali o sovranazionali, ecco che, in ossequio al *principio di effettività*, la normatività della Costituzione si dissolverebbe¹²³.

Ma proprio in questo particolare momento dell’esperienza di giustizia costituzionale, le fonti esterne – quelle dell’Unione europea in particolare – consentono di riconoscere oggi il contributo di civiltà giuridica proprio delle Costituzioni degli Stati (art. 4 TUE; artt. 51 e, soprattutto, 53 CDFUE)¹²⁴ e non consentono di giustificare logicamente – quindi sul piano dell’interpretazione costituzionale – un cedimento all’effettività come interpretazione-recezione di significati di fonti esterne nell’attribuzione di senso alla Costituzione o di reiterate e inveterate prassi normative che disattendono il diritto costituzionale come «scienza critica»¹²⁵ né consentono di

¹²² Si richiama il capitolo III di V. ONIDA, *La Costituzione. I principi fondamentali della Costituzione italiana* in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico, I Diritto pubblico generale*, V ed., Bologna, 1997; sulla natura anti-totalitaria, anti-autoritaria e anti-fascista della Costituzione B. PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1380; su nazione e Costituzione C. DE FIORES, *Le radici della nazione repubblicana. Fondamenti teorici e profili costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2019.

¹²³ Tema affrontato con riferimento alla prassi nelle crisi internazionali da G. AZZARITI, *La Costituzione rimossa*, in *Costituzionalismo.it*, 1-2022, 14.3.2022 e da M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3/2022.

¹²⁴ L’art. 4 TUE è noto come la previsione sugli autolimiti al processo d’integrazione UE; l’art. 53 CDFUE *livello di protezione* dispone che: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

¹²⁵ Espressione già richiamata di M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, cit.. Sul ruolo della dottrina per evitare cedimenti all’effettività si vedano sia M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit.; sia S.

giustificare queste torsioni anti-democratiche sulla base dei trattati né tantomeno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

Peraltro è patrimonio della dottrina che l'interpretazione costituzionale nell'ambito della giustizia costituzionale non possa né debba condurre a trasformazioni costituzionali e, si è cercato di mostrarlo, si possono giustificare logicamente innovazioni nell'interpretazione costituzionale laddove si registrano modifiche, interventi di riforma che incidono sul livello delle norme costituzionali e che costringono a rintracciare il *fil rouge* che deve legare *passato* e *presente*: principi repubblicani e nuovi parametri.

Se si *muove* il testo *si può logicamente giustificare e praticare* l'attivismo nell'interpretazione costituzionale, ma solo in quella direzione: della continuità dell'esperienza repubblicana e dell'*adattabilità* al nuovo contesto¹²⁶. L'interpretazione costituzionale resta astretta «tra il significato delle parole e la volontà del legislatore (tra i confini del linguaggio e quelli della continuità di una volontà politica)»¹²⁷.

Da qui il rilievo che in questa analisi si è voluto dare alle revisioni costituzionali per descrivere l'evoluzione della giustizia costituzionale italiana (per le fonti sovranazionali e internazionali specialmente delle modifiche all'art. 117 c. 1° Cost.): esse hanno *spinto* la Corte a tessere la trama fra *nuovi* e *vecchi* parametri e, in questo senso, anche le decisioni più innovative¹²⁸ si possono condividere nel loro impianto argomentativo laddove ricuciono principi di struttura dell'ordinamento con le disposizioni costituzionali riformate dal legislatore costituzionale. Un'interpretazione costituzionale siffatta non ha consentito di far prevalere l'effettività sulla legalità costituzionale ed ha invece preservato la coerenza dell'ordinamento, dunque, l'unità della Costituzione, che è affidata agli organi di garanzia costituzionale, *in primis* dalla Corte costituzionale.

Per chiudere in tema di diritti e Costituzione aperta, la sentenza n. 54 del 2022 rappresenta bene questa impostazione, mostrandoci la praticabilità di questo schema interpretativo laddove sia necessario coordinare Costituzione del 1948 e *nuove* fonti di *rilievo* costituzionale, quali sono gli atti normativi di diritto primario dell'Unione europea, che possono ben avere *illuminato* la disciplina costituzionale. Questo è vero soprattutto se si riflette sul rapporto fra giustizia costituzionale e *political question* (art. 1 l. cost. 1 del 1953 ed art. 28 l. n. 87 del 1953), ossia su quali e quanti siano i limiti costituzionali alla legislazione.

BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit.; Id., *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali*, cit.

¹²⁶ È il tema dei diritti nell'era del digitale e dei rapporti fra generazioni nella crisi climatica. Si vedano, sul primo tema i contributi di A. SIMONCINI in *BioLawJournal* 1(2019) e 2(2021), il primo dal titolo *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*; il secondo, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*.

¹²⁷ M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 525, spec. 544. Sul tema si veda anche il quadro dei problemi dell'interpretazione costituzionale tracciato da A. Spadaro, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo), alla Costituzione come "processo" (storico. Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 343 ss.

¹²⁸ Su tutte, per la l. cost. n. 3 del 2001, Corte cost. n. 303 del 2003 e per la l. cost. 1 del 2012, Corte cost. n. 275 del 2016.

Va considerato al riguardo quell'insegnamento per cui la Costituzione del 1948 lascia «una vastissima area rimessa alla piena disponibilità del legislatore, sicché sarebbe erroneo ritenere che ogni nuova legge, pur se diretta a disciplinare oggetti rientranti nelle materie in qualche modo contemplate in Costituzione debba trovare in questa, oltre che il limite, anche un fondamento positivo»¹²⁹. Ora, è ben possibile che questi limiti si siano irrobustiti per effetto delle successive revisioni costituzionali, dell'evoluzione del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea, per effetto dei quali, la platea delle norme costituzionali-limite per il legislatore si è arricchita di nuove norme che hanno anche consentito di attivare parametri prima "silenti"¹³⁰.

In particolare in materia di diritti sociali e di immigrazione ed asilo, ambiti materiali dove il patrimonio costituzionale repubblicano mostra punte più avanzate di tutela rispetto al diritto internazionale ed al diritto dell'Unione, la disciplina costituzionale può essere posta alla base del processo di *costituzionalizzazione* del diritto internazionale e dell'Unione europea proprio attraverso la giustizia costituzionale italiana che interpreta una costituzione aperta¹³¹.

¹²⁹ V. CRISAFULLI, *Cinquant'anni di legislazione in Italia*, in *Dir. soc.*, 1982, 1, 12.

¹³⁰ Corte cost. n. 80 del 2010 rispetto all'art. 3 c. 2° Cost. ove si richiama la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità *ex art.* 117 c. 1° Cost., ne è un esempio.

¹³¹ Segnalava già alcune di queste *frontiere* degli studi di diritto costituzionale A. BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, in *Quad. cost.*, 209, 351 ss.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA EN EL S XXI: CUESTIONES ACTUALES Y PERSPECTIVAS FUTURAS

ITZIAR GOMEZ FERNANDEZ

SUMARIO: 1. Introducción: por qué hablamos hoy de las crisis del Tribunal Constitucional. – 2. La crisis funcional y su vinculación con la legitimidad de ejercicio. – 2.1. Un Tribunal cada vez más al servicio de los legitimados institucionales. – 2.2. Un Tribunal cada vez más lejos del recurrente en amparo. – 3. Crisis política contextual y proyección al trabajo del Tribunal. – 3.1. La proyección de la crisis independentista a la labor del Tribunal Constitucional. – 3.2. La proyección de la crisis judicial a la labor del Tribunal Constitucional. – 4. Crisis de nombramientos. – 5. Algunas reflexiones de síntesis.

1. Introducción: por qué hablamos hoy de las crisis del Tribunal Constitucional¹

Desde que el Tribunal Constitucional (TC) dictara su primera resolución, el 11 de agosto de 1980, han pasado algo más de 42 años, a lo largo de los cuales la percepción de este por parte de la ciudadanía, la judicatura, el poder político y la academia ha cambiado de forma notable. Las dos primeras décadas de actividad sirvieron para desarrollar la interpretación constitucional, consolidando la naturaleza normativa y la eficacia directa de la misma, y para marcar claramente la diferencia entre el ámbito de la legalidad, propio de los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, y el de la constitucionalidad, reservado a la jurisdicción que ejerce el Tribunal Constitucional. En ese tiempo se

¹ La primera versión, en italiano, de este artículo, ha sido publicada en la revista *Nuove autonomie*, 1/2023. Disponible en <https://www.nuoveautonomie.it/alcunas-claves-sobre-las-cri-sis-contemporaneas-del-tribunal-constitucional/> (último acceso 7 de julio de 2023).

consolidó la jurisdicción constitucional en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho, y se fraguó una posición protagonista del TC. Pero desde finales de los años 90 la actuación del TC empezó a ser objeto de críticas más o menos severas por parte de la doctrina, y la magistratura constitucional devino objeto del deseo de los principales actores políticos.

Si hasta ese momento el objeto de preocupación de los analistas había sido la cuestión de la sobrecarga de trabajo del Tribunal, así como el tema de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo², y los eventuales conflictos entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, en los albores del S. XXI la justicia constitucional empezó a provocar otras incertidumbres, que se van poniendo de manifiesto por la doctrina de forma progresiva³.

En las páginas que siguen vamos a analizar algunas de las cuestiones más problemáticas a las que se ha venido enfrentando durante los últimos veinte años la jurisdicción constitucional en España⁴, clasificándolas en torno a tres bloques temáticos que identificamos como la crisis funcional, relacionada con las críticas en torno al ejercicio por parte del Tribunal Constitucional de las funciones que le atribuye la Constitución; la crisis de nombramientos, vinculada con los retrasos en la designación de los magistrados y magistradas que deben formar parte del Tribunal y al perfil de las personas elegidas; y la crisis política, que se refiere a las tensiones que pueden llegar a surgir entre el legislador y el legislador negativo en que se convierte el Tribunal Constitucional⁵.

² Son bien conocidos, como contexto de escenificación del conflicto, los casos “Preysler” (SSTC 115/2000, de 5 de mayo y 186/2001, de 17 de septiembre) o “Alberto Alcocer” (SSTC 139/2001, de 18 de junio y 83/2002, de 22 de abril y 300/2006, de 23 de octubre), si bien el punto álgido del mismo se identifica con la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, que condenó a once de los doce magistrados del Tribunal Constitucional por responsabilidad civil en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. A este último episodio se refiere el trabajo de G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional*, in *Revista española de derecho constitucional*, año 35, núm. 105, 2015, 13-49.

³ Me parece muy interesante, a este respecto, el análisis de F.J. GARCÍA ROCA, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, en P. PÉREZ TREMPES (dir.), *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2007, 69.

⁴ Uno de los autores jóvenes más críticos con la deriva del Tribunal Constitucional español es Manuel Fondevila Marón. Aunque no siempre comparto sus planteamientos, ni sus soluciones, me parece interesante que el lector conozca su trabajo. Las obras de referencia sobre este tema son: M. FONDEVILA MARÓN, *Los jueces de la Constitución y del pueblo: un ensayo de Derecho procesal constitucional sobre los fundamentos, cambios y retos de la justicia constitucional*, Madrid, 2021 y *Un Tribunal Constitucional para el Siglo XXI: los retos de la jurisdicción constitucional en España*, en *Revista de Derecho Político*, núm. 111, 2021, 163-190.

⁵ Utiliza una estructura próxima, al analizar los problemas que debieran resolverse con vistas al mejor futuro del Tribunal Constitucional, el profesor Manuel Aragón, que habla de los problemas de orden competencial, los problemas de orden estructural, los problemas de orden funcional y los problemas de orden doctrinal. A pesar de que la aproximación coincide puntualmente, y me parece muy sugerente la clasificación de Aragón, la que yo propongo busca una mayor conexión con la realidad de los acontecimientos, apartándome de consideraciones dogmáticas que, sin duda, también son sumamente interesantes. Véase M. ARAGÓN REYES, *Cuarenta años de Tribunal Constitucional*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, num. 25, 1, 2021, 35-55.

2. La crisis funcional y su vinculación con la legitimidad de ejercicio

El Tribunal Constitucional parece haberse convertido en una institución constitucional omnipresente en el escenario público español. Su aparición en prensa es constante y da la sensación de que no hay problema político u orgánico de nuestro estado de derecho que no termine ante la jurisdicción constitucional. Al mismo tiempo se constata la falta de capacidad del órgano para dar respuestas rápidas y eficaces a esos problemas y ello se asocia a los retrasos en la administración de la justicia constitucional y al elevado nivel de pendencia. Se ha llegado a hablar incluso de colapso del Tribunal Constitucional y se han buscado fórmulas para controlarlo y revertirlo. Pero han sido, en buena medida, soluciones contradictorias y poco eficaces. Adicionalmente esos mismos métodos han alejado a la jurisdicción constitucional de la ciudadanía, al dificultarse el acceso de los legitimados no institucionales al Tribunal.

Identificamos aquí una paradoja singular: si bien la garantía de los derechos fundamentales no es la actividad que tensa políticamente la dinámica interna del Tribunal Constitucional con mayor intensidad, sin embargo, sí es la que tensa funcionalmente la institución debido a la cantidad de recursos económicos y sobre todo personales que debe dedicar el TC a la gestión de los recursos de amparo. De modo que el funcionamiento del Tribunal se ve marcado por estas dos tensiones que no siempre atienden a lógicas idénticas y que exigen un análisis pausado del impacto cruzado que eventuales soluciones pudieran tener. Restringir el acceso al amparo puede traducirse en una falta de legitimidad social del órgano de justicia constitucional que debería ser compensado con un refuerzo de la legitimidad de ejercicio, lo que tiene una relación directa con la cuestión de los condicionantes políticos de la actividad jurisdiccional del TC pero, a su vez, no se aborda desde el mismo enfoque que la gestión del colapso funcional. Pero, sin duda alguna, existe una conexión profunda entre todas estas dimensiones de un mismo problema. Veámoslo en detalle.

2.1. Un Tribunal cada vez más "al servicio" de los legitimados institucionales

La Constitución organiza las funciones del Tribunal Constitucional español en torno a tres ejes: el control de constitucionalidad de la ley, la garantía de los derechos fundamentales y la resolución de los conflictos constitucionales. Para efectuar el control de constitucionalidad se prevé el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales (art. 95 CE), el recurso *a posteriori* de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley [art. 161.1. a) CE] y la cuestión de inconstitucionalidad contra el mismo tipo de disposiciones normativas (art. 163 CE); para articular la garantía jurisdiccional en sede constitucional de los derechos y libertades, se prevé el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 CE [art. 161.1.b) CE]; y en el eje del arbitraje de los conflictos constitucionales, la Constitución consagra los conflictos de competencia entre el Estado

y las Comunidades Autónomas o entre diferentes Comunidades Autónomas [art. 161.1.c) CE].

Pero las previsiones constitucionales estrictas se han visto desbordadas por la acción del legislador orgánico, que o bien ha incrementado la tipología de procesos que integran dos de los tres ejes, o bien ha definido el objeto de los procesos o a los legitimados para incoarlos de forma expansiva, y ello bajo el soporte constitucional del propio art. 161.1.d) CE, que reconoce que el Tribunal Constitucional puede ser competente para conocer de las materias que le atribuyan, más allá de la propia Constitución, las leyes orgánicas. Así, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) prevé:

i) Que el control de constitucionalidad de la ley se ejercita a través de la respuesta al recurso previo y sucesivo de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, pero también a través del control previo de los Estatutos de Autonomía (introducido por la Ley Orgánica 2/1979-LOTC⁶, eliminado para los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas por la LO 4/1985⁷ y recuperado de nuevo para los proyectos de Estatuto de Autonomía con la LO 12/2015⁸); y mediante el control de las normas forales y las cuestiones prejudiciales sobre normas forales (incorporado al sistema por la LO 1/2010⁹);

ii) Que la garantía de los derechos fundamentales solo se articula a través del recurso de amparo constitucional, que ha sido afectado por tres reformas, dos en sentido restrictivo del acceso al recurso, introducidas por las Leyes Orgánicas 6/1988¹⁰ y 6/2007¹¹, y una que previó la creación del recurso de amparo electoral¹².

iii) Y que la resolución de los conflictos constitucionales no se restringe a los conflictos de competencias entre entidades territoriales, sino que se extiende a los conflictos de atribuciones entre órganos del estado (introducidos ya en la LO 2/1979), a los conflictos en defensa de la autonomía local (incorporados con la LO 7/1999¹³), y a las

⁶ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979).

⁷ Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título VI de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional (BOE núm. 137, de 8 de junio de 1985). El preámbulo de la norma dice expresamente: "La experiencia acumulada por más de tres años de justicia constitucional ha venido a mostrar que este recurso previo se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase de procedimiento de formación de la Ley".

⁸ Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación (BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015)

⁹ Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial (BOE núm. 45, de 20 de febrero de 2010).

¹⁰ Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, por la que se modifican los artículos 50 y 86 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 140, de 11 de junio de 1988).

¹¹ Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2007).

¹² Se introduce el recurso a través de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE núm. 147, de 20 de junio de 1985).

¹³ Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 96, de 22 de abril de 1999).

impugnaciones de disposiciones autonómicas sin base competencial (también previstas ya desde la aprobación de la primera versión de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en 1979 y conocidas actualmente con el acrónimo IDA).

Por tanto, a pesar de la constante identificación de una fuerte pendencia y de persistentes retrasos en la jurisdicción constitucional, el legislador ha ido incrementando la carga funcional del TC a través de la previsión de procesos que no contempla la Constitución. Si bien esto puede leerse como un refuerzo de las competencias de la jurisdicción constitucional lo cierto es que, en paralelo, las reformas relativas al recurso de amparo han tenido como objetivo directo limitar la carga de trabajo que supone para el Tribunal su tratamiento. Bien es cierto que, en términos cuantitativos¹⁴, los procesos constitucionales de configuración legal no suponen una carga de trabajo que justifique, por sí sola, la falta de agilidad en la capacidad de respuesta del Tribunal Constitucional, o dicho en otras palabras el incumplimiento de los plazos procesales de resolución previstos en la ley orgánica¹⁵. Pero, a efectos del refuerzo de la legitimidad de ejercicio del Tribunal es difícil justificar que el legislador amplíe el número de recursos a disposición de los legitimados institucionales¹⁶, al tiempo que resta opciones de acceso a los ciudadanos que sólo tienen a su disposición, para acceder al Tribunal sin intermediación, el recurso de amparo constitucional.

2.2. Un Tribunal cada vez más lejos del recurrente en amparo

El legislador, y el propio Tribunal, han venido identificando el bloqueo funcional con el recurso de amparo constitucional y en ese proceso se cifran las medidas restrictivas de acceso a la jurisdicción constitucional. Ello tiene claras consecuencias en relación con la imagen pública de la justicia constitucional, que parece más ocupada en las cuestiones con repercusión política que en la preservación del sistema de garantía de los derechos fundamentales, y es capitalizado por quienes sostienen discursos populistas contrarios a

¹⁴ Para comprobar esta afirmación basta con revisar las memorias estadísticas del Tribunal Constitucional, disponibles en línea en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/Cuadros-estadisticos.aspx> (último acceso 24 de abril de 2023). Solo a título de ejemplo, si analizamos los datos de los últimos cinco años (2018-2022), se han planteado 4 IDA, 2 cuestiones prejudiciales sobre normas forales fiscales, ningún conflicto en defensa de la autonomía local y ningún conflicto entre órganos constitucionales.

¹⁵ Las previsiones de los arts. 34 (recurso de inconstitucionalidad), 37 (cuestión de inconstitucionalidad), 52 (recurso de amparo), 69 (conflicto negativo de competencias), 78 (control previo) atribuyen plazos de resolución que oscilan entre los 10 días y el mes desde que el proceso de que se trate esté concluido, admitiéndose la posibilidad de ampliación de plazos siempre que medie resolución motivada expresando la necesidad de prórroga. Estos plazos no se cumplen casi nunca y no se elaboran resoluciones motivadas que justifiquen la ampliación de plazo en casi ningún supuesto.

¹⁶ Nos referimos al Gobierno, del Estado o de las Comunidades Autónomas, los parlamentos (estatal o autonómicos), el Defensor del Pueblo, o las minorías parlamentarias en el Congreso (50 diputados) o en el Senado (50 senadores) para el recurso de inconstitucionalidad; las Diputaciones Forales o los entes locales, para el conflicto en defensa de la autonomía foral o de la autonomía local; los jueces y magistrados para la cuestión de inconstitucionalidad; el Congreso, Senado, Gobierno y Consejo General del Poder Judicial para los conflictos de atribuciones; y el Parlamento o Gobierno autonómico y el Gobierno para los conflictos de competencias.

la propia existencia de la jurisdicción constitucional¹⁷. Por eso la cuestión de la mutación del recurso de amparo constitucional, desde un proceso subjetivo a una garantía esencialmente objetiva, merece una reflexión de política constitucional más pausada que la realizada hasta la fecha, quizá para llegar a la conclusión de que la introducción del requisito procesal de la especial trascendencia constitucional fue un error.

El 9 de junio de 1988, cuando solo habían pasado 8 años desde la primera resolución publicada del Tribunal Constitucional, ya se percibían las dificultades de gestión de los recursos de amparo. En la memoria de actividades, que resume el trabajo del tribunal de los años 1980 a 1986, ya se dice claramente que, a pesar de crecer cada año el número de resoluciones emitidas crece también, año tras año, el número de asuntos pendientes, lo que significa que el aumento de los asuntos ingresados cada año es muy superior al aumento anual del número de sentencias y autos resolutorios. La memoria identifica que la duración media de los procesos se incrementa progresivamente y se afirma, en palabras que hace suyas Francisco Tomás y Valiente, presidente del Tribunal por entonces, que «(l)os datos hasta aquí expuestos son preocupantes. Para reducir en lo que del Tribunal depende la duración de los procesos, hemos hecho un esfuerzo de reorganización interna y de mayor racionalización de nuestro funcionamiento. (...) Pero no sería prudente, ni casi es posible, intensificar más el ritmo de funcionamiento de la institución. (...) El estudio y la deliberación de cada proceso (...) requieren tiempo, su tiempo, sosiego y silencio -silencio nuestro y en torno a nosotros mientras se elabore cada Sentencia. Y ese ritmo no se puede forzar más, porque en caso contrario lo que ganáramos en rapidez lo perderíamos en calidad»¹⁸.

Esa reflexión caló en el legislador, de modo que la Ley Orgánica 6/1988 modifica los artículos 50 y 86 de la Ley Orgánica 2/1979, introduciendo la posibilidad de inadmitir los recursos por providencia y no por auto, ya que este es una forma de pronunciamiento argumentada, más larga y costosa de elaborar en términos de tiempo. Además, se prevé la posibilidad de inadmitir el recurso cuando la demanda carezca «manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional», o cuando el Tribunal haya desestimado una demanda con el mismo contenido sustantivo. En suma, el art. 50.2 b) LOTC preveía la inadmisibilidad del recurso de amparo en los supuestos en que la demanda careciese “manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional”. La jurisprudencia interpretó que ello exigía que, en un examen liminar del contenido de la demanda, se apreciara con “claridad meridiana”, que la resolución del proceso “en ningún caso podría ser estimatoria” (ATC 52/1980, de 15 de octubre, FJ 2), de modo que podía excluirse,

¹⁷ El partido político VOX planteó, en sus primeros documentos políticos (100 medidas para la España Viva), la «reforma del Poder judicial para una independencia real del poder político. La totalidad de los miembros del Tribunal Supremo y Consejo General del Poder Judicial sean elegidos por concurso de méritos por y entre quienes son parte de la comunidad de la Justicia. Supresión del tribunal Constitucional, sus funciones las asumirá una sala sexta del Tribunal Supremo». Su posición actual se ha moderado ligeramente para prever un régimen transitorio, en la base de su programa electoral, documento denominado Agenda España se dice que «El control de la constitucionalidad de las leyes no puede depender de un órgano político. Transformar la elección de los miembros del Tribunal Constitucional hasta que sus funciones las asuma una nueva Sala del Tribunal Supremo ».

¹⁸ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Discurso, Memoria 1988 del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1989, 12.

prima facie, "cualquier apariencia de lesión" (ATC 272/2009, de 26 de noviembre, FJ 1; en el mismo sentido, AATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1, y 274/2009, de 30 de noviembre, FJ 3).

Esta primera reforma del amparo agilizaba su tramitación, porque permitía al Tribunal prescindir de la tramitación del procedimiento cuando la ausencia de viabilidad del recurso fuera patente, clara y notoria. No obstante, el art. 50.3 LOTC preveía como mecanismo de garantía de los intereses del recurrente en amparo la exigencia de unanimidad de los integrantes de la sección para proceder a la inadmisión a trámite por esta causa. Además, debía abrirse un trámite de audiencia al solicitante de amparo y al Ministerio Fiscal, para adoptar posteriormente por Auto motivado la eventual inadmisión del recurso. Por tanto, la participación del Ministerio Fiscal y de la parte en la valoración de la manifiesta inexistencia de lesión, era un elemento necesario de apertura del debate.

Lamentablemente, entre los años 1987 y 1999 el Tribunal no publicó memoria de actividades, de modo que es difícil valorar el impacto inmediato de la reforma. La recuperación de este instrumento de análisis en el año 1999, de manos de la ya citada presidencia de Pedro Cruz Villalon, permite descubrir que el recurso de amparo sigue siendo identificado como clave en la carga de trabajo del Tribunal. Dice Pedro Cruz: «La importancia histórica del recurso de amparo constitucional en nuestro Estado de Derecho es algo universalmente reconocido. Pero, por otra parte, nadie negará que parte de las dificultades con que se encuentra el Tribunal Constitucional en el desempeño de las tareas que tiene atribuidas trae su origen tanto de la propia idea como de la regulación presente de dicho recurso de amparo». Y continúa: «La cuestión que sigue planteada es si no deberíamos ir, previa la correspondiente reforma legal, hacia una concepción selectiva de la admisión a trámite de las demandas de amparo, tal como se practica en otros Tribunales de este mismo orden (...). Una acaso forzada declaración de carencia manifiesta de contenido me parece, en todo caso, más negativa que la inadmisión por falta de la necesaria relevancia para que pueda ser admitida a trámite»¹⁹.

Debieron pasar cinco años, en los que no faltaron las manifestaciones de las sucesivas presidencias del Tribunal en el mismo sentido expuesto por Pedro Cruz, para que se presentara en el Congreso de los Diputados, el 18 de noviembre de 2005²⁰, el proyecto de reforma de la Ley Orgánica. La propuesta sufrió una larga tramitación, aprobándose el texto definitivo de la reforma en mayo de 2007, con algunas modificaciones sobre la propuesta inicial, pero acogiendo a grandes rasgos lo sugerido por el Presidente del Tribunal Constitucional en el año 2000. Ciertamente, la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007 impactó de forma directa en el acceso a la jurisdicción constitucional, en sentido restrictivo, al modificar las condiciones de admisibilidad del recurso de amparo. En ello coinciden tanto el propio TC como la doctrina, que ha escrito largo y tendido sobre la reforma²¹, o los operadores jurídicos, que se han visto en la necesidad y en la obligación de aplicarla.

¹⁹ P. CRUZ VILLALÓN, *Los problemas del Tribunal Constitucional, Memoria 1999, Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000, p. 7.

²⁰ Iniciativa publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-60-1 de 25/11/2005.

²¹ Son muchos los autores que han trabajado sobre esta cuestión, pero me resulta particularmente interesante la aproximación de M. IGLESIAS BÁREZ, *El recurso de amparo constitucional en España: la*

Como dice la exposición de motivos de la LO 6/2007 «frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado». Esta inversión del juicio se refleja en el art. 50.1.b LOTC, que exige, como requisito de admisibilidad «que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

Como empieza a resultar ya bastante conocido, el concepto jurídicamente indeterminado de la especial trascendencia constitucional (en adelante ETC) se concreta y desarrolla en la STC 155/2009, de 25 de junio, que hace una lectura relativamente restrictiva de los supuestos que pueden estar dotados, en principio, de especial trascendencia constitucional y que ha sido aplicada de modo aún más restrictivo por la jurisprudencia, que ha venido a sumar a la necesidad de que se identifique en el recurso alguna causa de ETC de las indicadas en la STC 155/2009, la exigencia de que existan indicios verosímiles de que se ha producido la lesión del derecho fundamental invocado²². Si a este planteamiento añadimos la crítica, casi unánime en la doctrina, relativa a la falta de transparencia a la hora de aplicar los criterios de especial trascendencia determinados jurisprudencialmente, obtenemos como resultado un sistema de admisión restrictivo y poco claro, incluso después de que se empezaran a especificar las causas de admisión a trámite en aplicación de lo solicitado en el § 46 de la STEDH de 20 de enero de 2015, *asunto Arribas Antón contra España*.

Y el problema mayor es que la restricción no parece haber alcanzado el objetivo buscado. Ciertamente ha existido una primera fase de agilización notable en la tramitación de las demandas de amparo, que ha permitido al Tribunal dedicar mayores esfuerzos a los procesos de control de constitucionalidad y de resolución de conflictos. Pero esa dinámica positiva en términos de gestión de los plazos, las dilaciones y la pendencia se vio interrumpida en cuanto el Tribunal debió afrontar el enorme y complejo número de

difícil articulación entre el diseño normativo del amparo objetivo y la práctica del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales, en *El Tribunal Constitucional español: una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución*, Madrid, 2017, 129-156; y de P. PÉREZ TREMP, *La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre morir de éxito o vivir en el fracaso*, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, 2018, 253-270.

²² Esta previsión coincide con el alcance que había ido dando la jurisprudencia constitucional al contenido de la expresión "carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional". Recuérdese que es esta exigencia la que se añade en el año 1988, en la primera reforma restrictiva del recurso de amparo constitucional. Por tanto, a la reforma normativa de 2007 añade la práctica jurisprudencial las exigencias introducidas en 1988, a pesar de que la reforma sucesiva parecía superar las previsiones anteriores. Critica esta acumulación de óbices de procedibilidad, que se definen de forma pretoria, la Magistrada Maria Luisa Balaguer Callejón, en sus votos particulares a los AATC 119/2018, de 13 de noviembre, y 80/2021, de 15 de septiembre.

procesos asociados al proceso independentista. Una circunstancia imprevisible que ha devuelto al Tribunal a una situación de paralización funcional a la que tampoco ha sido ajena la crisis de los nombramientos a la que nos referiremos más adelante.

Para revertirla, el Pleno del Tribunal Constitucional adoptó un acuerdo, el 15 de marzo de 2023, por el que se regula la presentación de los recursos de amparo a través de su sede electrónica. Este Acuerdo, que se adopta con el objetivo de agilizar la tramitación de la admisión a trámite de los recursos, introduce un formulario que es preciso rellenar con información de síntesis sobre el contenido de la vulneración denunciada y con un resumen de la especial trascendencia constitucional que los recurrentes atribuyen al recurso de amparo. Junto a la previsión del formulario, también se establece un límite de páginas para la demanda de amparo. Y si bien la finalidad es facilitar el trabajo de quienes realizan el trámite de admisibilidad en primera línea, esto es los Letrados y Letradas del Tribunal Constitucional, la razón declarada es otra. Así el Acuerdo afirma que el cumplimiento del requisito de justificación de la especial trascendencia “se ha revelado como un obstáculo para la admisión de un elevado porcentaje de demandas, poniendo de manifiesto la memoria del Tribunal relativa al año 2022 que el 53% de los escritos de demanda adolecen de una absoluta falta o de una insuficiente justificación de esa especial trascendencia constitucional y que, en su conjunto, fueron inadmitidos por defectos de procedibilidad el 76% de los recursos de amparo presentados”. El Tribunal afirma no poder permanecer indiferente ante esta situación, y justifica que la exigencia del formulario tiene por finalidad “facilitar que los recurrentes no incurran en defectos de construcción de la demanda y ayudar al Tribunal a identificar los aspectos esenciales del recurso”.

Las certezas son pocas y las dudas abundantes cuando se analizan todas estas reformas, más o menos profundas, del recurso de amparo constitucional. Y como los problemas de retrasos y pendencia no parecen haber encontrado solución, buena parte de la doctrina aboga por ir más allá en la objetivación del recurso de amparo. Los autores basan su planteamiento en un análisis de la aplicación del criterio de la ETC que constata, por un lado, las incoherencias e inconsistencia de su aplicación que, en muchos casos, no parece encajar adecuadamente en las causas definidas en la STC 155/2009 y, por otro lado, pone de manifiesto la sobrerrepresentación de asuntos relativos al art. 24 CE, una preminencia de la garantía de los derechos procesales que ya se producía antes de la reforma y que parece difícil de explicar en el nuevo modelo. Sin detenernos ahora en esta cuestión que, efectivamente, merecería también una reflexión pausada, lo cierto es que un refuerzo de la objetivación sin una adecuación de otros elementos del sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, tanto en sede constitucional como en sede de la jurisdicción ordinaria, solo puede llevar a una mayor distanciamiento y a una pérdida de posiciones del Tribunal Constitucional como institución garante de los derechos en el marco y contexto del sistema jurídico español.

Ciertamente, a lo largo de estas dos décadas del S. XXI que han visto mutar la jurisdicción constitucional en España, también se han reforzado los procesos jurisdiccionales de garantía de los derechos. La propia reforma del año 2007 introduce una modificación procesal del incidente de nulidad de actuaciones (INA), con la intención

declarada²³ de reforzar la posición de los jueces y tribunales ordinarios como garantes primarios de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE (esto es los que se recogen en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución). Pero el INA ha sido un clamoroso fracaso desde cualquier ángulo que se analice. No ha supuesto un refuerzo de la posición del órgano judicial ordinario como garante de los derechos: un amplísimo porcentaje de los incidentes planteados son inadmitidos a trámite o desestimados. No ha frenado la llegada de demandas de amparo al Tribunal Constitucional: los abogados perciben el incidente de nulidad como un requisito procesal que deben completar antes de plantear el recurso de amparo constitucional, de modo que el incidente se ha convertido en un escalón más antes de llegar al olimpo del TC, y no en una vía de reparación adecuada. No ha logrado reforzar el sistema de garantías: son muy pocos los incidentes estimados, y la complejidad ligada a la identificación de los supuestos en que es necesario interponerlo o no hacerlo antes de acudir al recurso de amparo genera en el justiciable (en realidad en su abogado) la sensación de que es una trampa procesal más que un mecanismo de garantía adicional. Y realmente esta percepción no es en absoluto errónea.

Las dificultades de acceso al recurso de amparo constitucional han provocado un efecto, quizá indeseado y disfuncional, pero no necesariamente pernicioso. Cuando un letrado en España define su estrategia de litigación, especialmente si es experto en litigios en materia de derechos humanos, cada vez con más frecuencia la plantea al margen del TC, construyendo su argumentación sobre la base de los tratados de derechos humanos firmados por España y con el objetivo último de acceder sea al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sea al Comité del Consejo de Europa (Comité de Derechos Sociales), sea a los Comités del sistema de Naciones Unidas en los supuestos en que se haya desarrollado un protocolo de acceso a quejas individuales. La prueba de ello es el incremento de litigiosidad ante el TEDH y ante los Comités, que lleva aparejado un incremento de las resoluciones de estos órganos que tienen por destinatario al Estado español.

Tampoco creo que sea totalmente ajeno a este cambio de definición de la litigación estratégica el hecho de que, en durante las tres últimas presidencias del Tribunal Constitucional o, dicho de otro modo, durante las tres últimas formaciones del Tribunal, este ha dictado sentencias severamente criticadas tanto por la doctrina como por los activistas que trabajan en la defensa de los derechos y de las personas en particular situación de vulnerabilidad. Crítica que también ha sido interna y se ha puesto de manifiesto en un ingente número de votos particulares. Esta situación, contrastable, ha enviado a la sociedad civil el mensaje, quizá no siempre ni en todos los temas ajustado a la realidad, de que el Tribunal estaba atravesando una fase de "contracción" en materia de interpretación y garantía de los derechos fundamentales.

Todo este proceso de deterioro del recurso de amparo está pidiendo con insistencia una intervención tanto del Tribunal Constitucional como del legislador. Pero es necesario que ambos se planteen si se trata de restringir aún más el acceso del justiciable al recurso

²³ Sobre el incidente de nulidad de actuaciones véase I. GÓMEZ FERNÁNDEZ Y C. MONTESINOS PADILLA, *Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión?*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, 2018, 71-102.

de amparo, o de reconocer que la llegada de demandas de amparo es incontrolable y entonces es necesario poner los esfuerzos en una gestión más eficiente de la tramitación de esas demandas y en una definición más clara, coherente y sostenida de las causas de especial trascendencia constitucional. Adicionalmente, sería conveniente reflexionar acerca de otros mecanismos procesales de acceso de la ciudadanía, o de los intereses individuales o colectivos, a la jurisdicción constitucional. La vía principal y habitualmente utilizada de acceso directo sea el perjudicado por la acción de los poderes del Estado una persona física o una persona jurídica, es la que proporciona el recurso de amparo y ya hemos visto los problemas que se asocian a este tipo de procedimiento.

Entonces, quizá debiéramos plantearnos la apertura del control de constitucionalidad a legitimados individuales, quizá cualificados, como por ejemplo organizaciones no gubernamentales cuyos fines sociales se conecten con el interés público en la defensa de los derechos fundamentales, y quizá con requisitos más restrictivos que los que se aplican a los legitimados institucionales. O, eventualmente, también podríamos pensar una intervención del *amicus curiae* que, a diferencia de lo que ha decidido la Corte Costituzionale Italiana²⁴, no existe en ningún tipo de proceso constitucional en España. Si una vuelta al amparo "subjetivo" previo al año 2007 no parece una solución viable, quizá debamos pensar en otras formas de acceso de la ciudadanía a la jurisdicción, o de acercamiento entre ambas, para paliar el doble efecto de distanciamiento de la jurisdicción constitucional del debate social y de empobrecimiento del debate constitucional.

3. Crisis política contextual y proyección al trabajo del Tribunal

El Tribunal Constitucional nunca ha sido un actor jurídico políticamente neutro. Su caracterización, el alcance de sus funciones -especialmente la de legislador negativo y la de árbitro de los conflictos de poder-, y la forma de elección de sus miembros hacen imposible que no esté en el centro del debate político. Cosa distinta es cómo ocupe esa posición, cómo desempeñe sus funciones y cómo legitime sus decisiones.

Ciertamente no es el recurso de amparo ni la función de garantía de los derechos que el Tribunal desempeña a través de aquel, lo que tensiona políticamente al TC, al menos no de forma principal. La experiencia nos muestra que el Tribunal se agita particularmente con el control de la actividad del legislador. Y lo hace mucho más intensamente cuando es llamado, por quienes tienen legitimación institucional para ello, a intervenir en cuestiones que ponen de manifiesto una conflictividad política intensa. Precisamente en este escenario es en el que se ha visto obligado a desempeñar su papel desde el año 2006. Ni los partidos políticos²⁵, ni las instituciones, han dejado al margen

²⁴ Esa decisión fue adoptada el 8 de enero de 2020 por la Consulta, y ha supuesto la modificación, en particular, de los arts. 4 ter y 14 bis de las "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale".

²⁵ Sobre la injerencia de los partidos políticos en la actividad del Tribunal Constitucional escribe M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *La injerencia de los partidos políticos en el Tribunal Constitucional*, en C. GARRIDO LÓPEZ, E. SÁENZ ROYO (dir.), *La reforma del Estado de partidos* editado por, 2016, 121-136.

al Tribunal Constitucional de ninguna de las crisis que ha vivido el Estado y la sociedad española en este tiempo.

El objetivo de estas páginas no puede ser revisar todos los asuntos políticamente complejos que ha resuelto el Tribunal durante las últimas dos décadas porque, realmente, ha intervenido en todos: desde la reforma laboral y las medidas de control del gasto público que siguieron al estallido de la crisis financiera en el año 2008, pasando por el control de las medidas adoptadas para paliar la crisis de la vivienda en España, hasta llegar al tiempo y el control de las medidas principales y accesorias adoptadas para atender a la crisis sanitaria vinculada a la expansión de la COVID-19, destacando en particular el control de la propia declaración del estado de alarma. Solo me voy a detener en la descripción de aquellos elementos de la crisis constitucional que ha vivido y está viviendo nuestro país en los últimos años que han tenido proyección directa en la actividad del Tribunal Constitucional, en su funcionamiento interno y en la percepción que del órgano tiene, en la actualidad, buena parte de la opinión pública. Y me voy a centrar específicamente en dos grandes temas: la crisis independentista y la crisis del poder judicial.

3.1. *La proyección de la crisis independentista a la labor del Tribunal Constitucional*²⁶

La aprobación de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), es el hito histórico que marcó el inicio de la crisis constitucional más grave que ha vivido España desde la aprobación de la Constitución de 1978.

El EAC fue recurrido ante el Tribunal Constitucional por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, el 31 de julio de 2006. En esa misma fecha, se promovió la recusación del Magistrado Pablo Pérez Tremps por haber participado junto a otros investigadores y en desarrollo de su actividad académica precedente, en la redacción de un dictamen encargado por el Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalidad de Cataluña que sirvió para elaborar una propuesta normativa de reforma estatutaria, posteriormente presentada al Parlamento de Cataluña. El Pleno, con una gran división interna que se identifica en los votos particulares, dictó

²⁶ Los comentarios doctrinales sobre la jurisprudencia constitucional en una década de conflicto independentista son numerosos. Pueden citarse aquí los trabajos de A. BAR CENDÓN, *El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial; una visión sistemática*, UNED, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, 187-220; J.M. CASTELLÁ ANDREU, *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán; respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional* UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, 561-592; J. DE M. BÁRCENA, *El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, mayo-agosto, 2018, 136-166 (doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.05>) y, del mismo autor *Justicia constitucional y secesión : el caso del proceso soberanista catalán*, Madrid-Reus, 2019; A. QUERALT JIMÉNEZ, *Algunas reflexiones en torno a la cuestión catalana*, en *Cultura Constitucional en Europea*, editado por J. URÍAS MARTÍNEZ y F. ÁLVAREZ-OSSORIO, Editorial Universidad de Sevilla, 2022, 173-200.; y E. ROIG I MOLÉS, *Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc*, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54, 2017, 24-61.

el ATC 26/2007 acordando estimar la recusación formulada, por apreciar la concurrencia de la causa 13 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los recurrentes utilizaron entonces la recusación como herramienta procesal con la finalidad política de modificar la composición del órgano, en un sentido que creían sería más favorable a sus intereses, sin imaginar que abrirían una puerta que llevaba al espacio de la desconfianza en la imparcialidad del juzgador.

A partir de ese momento se vendrá a utilizar la recusación para tratar de expulsar del trabajo jurisdiccional, de forma puntual o de forma generalizada, a determinados magistrados que, a juicio de las partes, iban a ser desfavorables a sus pretensiones, consideración esta asociada al sesgo político que se presumía al magistrado o magistrada en cuestión, debido al origen partidista de la propuesta de nombramiento que los había llevado a la magistratura constitucional. No obstante, los pronunciamientos sucesivos del TC vinieron a inadmitir las recusaciones planteadas, sobre la base de distinto tipo de argumentos, quedando el ATC 26/2007 como una resolución emblemática que no se reiteró, a pesar de las discrepancias al respecto²⁷. No obstante, el temor a las recusaciones y al impacto que las mismas pudieran tener (por su estimación o por lo contrario) en el funcionamiento y en la imagen del Tribunal ha forzado a los integrantes del Pleno a proponer sus propias abstenciones con mayor intensidad en los últimos años, incrementándose de forma preocupante la conflictividad en torno a esta cuestión. Prueba reciente de ello es el ATC 37/2023, de 8 de febrero, en el que se discute sobre la recusación y subsidiaria abstención de una magistrada en la que podría haber concurrido una causa también presente en otros magistrados. La apreciación de esta causa hubiera llevado a la paralización del órgano en la resolución de un asunto, el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, que llevaba ya, en aquel momento, pendiente de resolución 13 años.

Pero esta cuestión puede ser considerada un problema menor.

Las consecuencias más negativas de la STC 31/2010, de 28 de junio, que resolvió el recurso contra el Estatuto con una sentencia compleja, desestimatoria de la mayoría de las pretensiones de parte e interpretativa en gran medida²⁸, fueron políticas. Este pronunciamiento provocó la reacción de las instituciones de la Comunidad Autónoma. El propio Presidente de la Generalitat en aquel momento, realizó una declaración institucional afirmando que «el Estatut sigue vigente, somos una nación», y que era necesario iniciar una vía política de negociación para desarrollar los preceptos declarados inconstitucionales²⁹. Cinco meses después se convocaron elecciones autonómicas y el gobierno de la Generalitat cambió de color político, pasando a ocupar CIU (partido

²⁷ Véase, por ejemplo, el voto particular del magistrado Luis Ortega al ATC 180/2013, de 17 de septiembre.

²⁸ La STC 31/2010, de 28 de junio apenas declaró inconstitucionales catorce preceptos, después de casi cuatro años de deliberaciones, y formuló la interpretación conforme de otros veintisiete, lo que cuantitativamente no parece demasiado teniendo en cuenta el alcance del recurso y la extensión del Estatuto.

²⁹ Una de las críticas más notables tenía que ver con la legitimación del Tribunal Constitucional para controlar una norma que había sido ratificada en referéndum. Sobre esta cuestión profundiza el trabajo de D. LÓPEZ RUBIO, *Justicia constitucional y referéndum. El control judicial de las normas aprobadas por los ciudadanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

nacionalista catalán) la mayor parte de los escaños del Parlament. En una situación de crisis económica creciente y ante el fracaso de la negociación con el Estado de un nuevo sistema de financiación para Cataluña, la legislatura no llegó al final.

A los dos años, en noviembre de 2012 se volvieron a convocar elecciones, poco después de la gran manifestación independentista del 11 de septiembre de 2012³⁰, y de que el Parlamento Catalán acordase convocar una consulta sobre la independencia. El resultado electoral, que dio la mayoría a los partidos nacionalistas, desembocó recién iniciada la legislatura en la aprobación de la Resolución del Parlament 5/X, por la que se aprueba la "Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña". Dicho pronunciamiento, cuya naturaleza política era clara no siéndolo tanto su carácter jurídico, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por el cauce procesal regulado en los arts. 76 y 77 LOTC (Titulo V), es decir a través del mecanismo de la impugnación de disposiciones autonómicas (IDA) y se resolvió en la STC 42/2014, de 25 de marzo³¹. La primera que abre la serie de las muchas que el Tribunal pronunciaría, a partir de ese momento, en relación con la crisis independentista.

La particularidad de este pronunciamiento, en relación con el funcionamiento interno del Tribunal, tiene que ver con el tipo de procedimiento elegido para impugnar la Resolución 5/X. Durante los primeros veinticinco años de actividad jurisdiccional del TC se interpusieron un total de nueve IDAs. Desde el año 2004 y hasta el año 2013, no se volvió a utilizar este procedimiento, que se reeditó con la impugnación de la Resolución 5/X. Desde entonces el Tribunal ha pronunciado 13 sentencias y 50 autos relacionados con impugnaciones contra disposiciones autonómicas³². En todos los casos, excepto en dos, se trata de pronunciamientos incoados contra resoluciones o declaraciones del Parlamento de Cataluña. En síntesis, en menos de 10 años, el Tribunal ha sido llamado más que en los treinta y ocho precedentes a pronunciarse en el marco de procedimientos de impugnación de disposiciones autonómicas y ha pronunciado muchas más resoluciones en ese mismo marco procesal, todas ellas con un impacto político mucho mayor que el que se asocia a los pronunciamientos dictados en la primera fase. Pero lo verdaderamente relevante exige un análisis más profundo que no es posible hacer en estas páginas³³, y que se refiere a la expansión de su objeto y del parámetro de control de constitucionalidad respecto del que puede ser activado: en la práctica, el proceso ha supuesto una inflación de impugnaciones de disposiciones autonómicas que solo se

³⁰ Esta manifestación se convocó por la Asamblea Nacional Catalana, organización independentista de la sociedad civil, bajo el lema «Cataluña, nuevo estado de Europa» y es considerada, tras la STC 31/2010, como un punto de inflexión en el proceso independentista de Cataluña.

³¹ Para profundizar en el análisis de este pronunciamiento véase A. TORRES GUTIÉRREZ, *La Vertebración de Cataluña en España: Algunas Alternativas Extemporáneas*, en *Civitas Europa*, 33, 2, 2014, 263-268.

³² Muchos de estos autos son de adopción de medidas cautelares (ATC 5/2018), otros se dictan en el marco de incidentes de ejecución (es el caso de los AATC 24, 123, 124, 126, 127, 143 y 151/2017; 141 y 170/2016) y otro porcentaje de estos se pronuncian para mantener el sentido de resoluciones previamente dictadas (por citar solo dos AATC 53/2015 y 156/2013).

³³ Se intenta este análisis más exhaustivo en I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Artículo 161.2*, en A. SAINZ ARNÁIZ (dir.), *Comentario a la Constitución española: 40 aniversario 1978-2018: libro-homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 2219-2230.

justifica por la indefinición de un proceso que, por esa razón, se ajustaba bien a una situación política excepcional.

Siguiendo con el relato histórico-jurisdiccional, debemos recordar, que tras la STC 42/2014, concretamente el 26 de septiembre del mismo año, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 10/2014 de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, que fue declarada inconstitucional por la STC 31/2015, de 25 de febrero, cerrándose así la opción de convocar un referéndum de autodeterminación "legal"³⁴. Esta decisión fue muy mal recibida por las instituciones de la Generalitat y el ruido político fue creciendo progresivamente hasta la convocatoria electoral anticipada, que culminaría con las elecciones de 27 de septiembre de 2015. Aquella campaña electoral estuvo dominada por el tema de la independencia de Cataluña y desde el independentismo se plantearon estas elecciones como un plebiscito sobre la independencia de Cataluña. Los resultados, que dieron la mayoría a la coalición independentista, fueron asumidos como un mandato de avanzar en el proceso. El presidente de la Generalitat elegido para ello fue Carles Puigdemont.

En el ínterin, la deriva de la situación provoca la revisión de la LOTC hasta en dos ocasiones en el otoño de 2015. Por un lado, la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, reintroduce el recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación³⁵. Este procedimiento no ha sido utilizado desde que se reintrodujo, pero dentro del relato político es una herramienta al servicio de la jurisdicción constitucional (y el Estado de Derecho), para evitar futuras revisiones inconstitucionales del Estatuto que, una vez en vigor, generen unas expectativas en la ciudadanía cuya ruptura habría justificado, desde el relato independentista, la exacerbación del sentimiento secesionista.

Por otro lado, la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, establece con muy escaso consenso político un procedimiento detallado de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía, de nuevo, del Estado de Derecho³⁶. Frente a la utilización del recurso previo, el procedimiento de ejecución sí ha sido incoado en varias ocasiones, buena parte de ellas en relación con la ejecución de la STC 259/2015, de 2 de diciembre, que declaró contraria a la Constitución la resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015. El

³⁴ El mismo día en que se aprobó la Ley, también se aprobó el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, y sus anexos. El Decreto fue impugnado mediante IDA y fueron suspendidos sus efectos hasta la declaración de inconstitucionalidad en la STC 32/2015, de 25 de febrero. Comenta las SSTC 31 y 32/2015, A. TORRES GUTIÉRREZ, *La vertebración de Cataluña en España: la respuesta del tribunal constitucional sobre algunas alternativas extemporáneas en materia de consultas populares no referendarias*, en *Civitas Europa*, 34, 2015, 297-302. <https://doi.org/10.3917/civit.034.0297>.

³⁵ Realiza un análisis de estas reformas, conectándolas con sus reflexiones previas sobre la intervención del TC en el proceso soberanista A. TORRES GUTIÉRREZ, *Estudio de las recientes reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en España: La LO 12/2015, de 22 de septiembre, y la LO 15/2015, de 16 de octubre*, en *Civitas Europa*, vol. 35, 2, 2015, 289-298.

³⁶ La controversia política o la falta de consenso en la aprobación la segunda de estas normas se tradujo en su impugnación ante el propio Tribunal Constitucional, que declara la constitucionalidad de las reformas en las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre y 215/2016, de 15 de diciembre. Ambas sentencias cuentan con tres votos particulares.

Tribunal estableció en este pronunciamiento, frente al argumento de que el Parlamento de Cataluña actúa como mandatario de un poder constituyente que derivaría del pueblo catalán, reconocido como sujeto jurídico soberano, que en el Estado social y democrático de Derecho no cabe contraponer una supuesta legitimidad democrática de un cuerpo legislativo a la primacía incondicional de la Constitución, de modo que cualquier aspiración política de modificar el orden constitucional existente solo se puede defender a través de los procedimientos de revisión formal de la Constitución.

La imposibilidad de incoar el trámite para iniciar dicha reforma³⁷ es utilizada como argumento para continuar el proceso de forma unilateral. Durante los años 2016 y 2017 se fueron desarrollando las conocidas como estructuras de Estado, esto es el soporte institucional y normativo necesario para conformar la estructura básica que permitiera dar soporte a un futuro estado independiente. El 6 de septiembre se aprobó la Ley 19/2017 del referéndum de autodeterminación de Cataluña, que fue impugnada y suspendida por el TC inmediatamente, como lo fue el Decreto de convocatoria. La ley, terminaría por declararse inconstitucional en la STC 114/2017, de 17 de octubre, apenas unos días después.

Entretanto, ya se había celebrado, el 1 de octubre de 2017, el referéndum de independencia convocado por el presidente de la Generalidad. Esta consulta no tenía cobertura legal y no respondía a las garantías necesarias para ser reconocida como una consulta realmente representativa. El resultado no tenía valor jurídico alguno a pesar de lo cual, el 27 de octubre de 2017, se aprobó en el Parlamento de Cataluña la declaración unilateral de independencia. Ese mismo día se adoptó el Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, mediante el que se aprobaron las medidas requeridas por el Gobierno del Estado al amparo del artículo 155 de la Constitución. Buena parte de las facultades vinculadas a la autonomía de la Comunidad Autónoma de Cataluña fueron suspendidas y el presidente de la Generalitat fue cesado. La aplicación del art. 155 CE también fue impugnada mediante recurso de inconstitucionalidad, a pesar de no haber adoptado la forma de ley, siendo admitido el recurso y posteriormente desestimado por STC 89/2019, de 2 de julio.

Pero la intervención del Tribunal en el proceso no terminó aquí. Ni mucho menos. Contra una parte de los líderes políticos del proceso independentista se abrió, en vía penal y ante el Tribunal Supremo, la Causa Especial número 20907/2017. Por sentencia de 14 de octubre de 2019 se condenó a penas de entre 9 y 13 años de prisión a los enjuiciados por delitos de sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia. El Tribunal Constitucional intervino a lo largo de toda la causa, conociendo y desestimando en su totalidad los recursos de amparo planteados contra las medidas cautelares y contra los efectos derivados de la adopción de esas medidas provisionales en el ejercicio de los derechos políticos de una parte de los procesados³⁸. Recaída sentencia firme, el Tribunal

³⁷ Sobre esta cuestión véase D. GUÉNETTE, *Initier le processus constituant en contexte plurinational : étude comparative des pouvoirs catalans et québécois de mettre en branle la procédure de révision constitutionnelle de leur État*, en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 24 (Octubre 2016), 46-79.

³⁸ A este respecto pueden citarse las SSTC 130/2018, de 12 de diciembre; 131/2018, de 12 de diciembre; 29/2019, de 28 de febrero; 2/2020, de 15 de enero; 3/2020, de 15 de enero; 9/2020, de 28 de enero; 12/2020, de 28 de enero; 21/2020, de 11 de febrero; 22/2020, de 13 de febrero; 39/2020, de 25 de febrero; 97/2020,

Constitucional sería de nuevo llamado a revisar la sentencia condenatoria, desestimando la totalidad de los recursos de amparo interpuestos contra aquella, si bien en algunos de aquellos pronunciamientos se identificaron ya votos discrepantes³⁹.

La jurisprudencia del proceso ha sido compleja, discutible y discutida y la última palabra no ha sido pronunciada, en la medida en que algunos asuntos han sido elevados a conocimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero, además, ha sido una jurisprudencia con una proyección problemática y, en gran medida, tan imprevisible como inesperada en lo que hace al alcance del control constitucional de los actos parlamentarios.

Los actos parlamentarios sin valor de ley se controlan por el Tribunal Constitucional a través del cauce previsto en el art. 42 LOTC, cuando esos actos puedan afectar a derechos fundamentales susceptibles de protección a través del recurso de amparo, y en particular al derecho de participación política de los representantes de la ciudadanía (art. 23 CE). Se controlan así los conocidos como “*interna corporis acta*”, entre los que se puede encontrar la inadmisión de enmiendas en el procedimiento legislativo, la concesión o denegación de un suplicatorio para proceder contra un parlamentario, el rechazo de preguntas parlamentarias, mociones o comparecencias en comisión, o la aplicación de la normativa anti-transfuguismo, entre muchos otros supuestos. No obstante, existía una gran deferencia del Tribunal a la autonomía política de las Cámaras, y una voluntad predominante de respeto a los *interna corporis*.

Pero el control de los actos del Parlamento de Cataluña provoca un giro en esa jurisprudencia deferente, a partir de las SSTC 46 y 47/2018, de 26 de abril, que vienen a establecer que la Mesa de la Cámara, en los actos de calificación y admisión, no puede tramitar iniciativas contra la indicación y mandato directo de una resolución expresa del Tribunal Constitucional. Se trataba de evitar así la desobediencia parlamentaria a los mandatos del Tribunal, especialmente los relativos a la suspensión de iniciativas parlamentarias. Pero el comportamiento de la Mesa del Parlamento se sofisticó tras estas sentencias, precisamente para evitar su aplicación, y fuerza un nuevo giro jurisprudencial en la STC 115/2019, de 16 de octubre, en la que el Tribunal afirma que no solo se da la vulneración del art. 23 CE de los parlamentarios que se oponen a la tramitación de una iniciativa cuando media instrucción directa del Tribunal de no tramitar, sino también cuando existe un pronunciamiento de inconstitucionalidad previo al que se opone abiertamente la iniciativa objeto de la nueva tramitación. El problema de esta jurisprudencia es que puede colocar a las Mesas de las Cámaras en una posición de control previo de la constitucionalidad de las iniciativas que no les corresponde y que puede ser instrumentalizada políticamente, como efectivamente veremos que sucedería en el mes

de 21 de julio; 193/2020, de 17 de diciembre; 194/2020, de 17 de diciembre; 69/2021, de 18 de marzo; 90/2021, de 22 de abril; 105/2021, de 11 de mayo; 65/2022, de 31 de mayo ; 85/2022, de 27 de junio ; 88/2022, de 28 de junio; 92/2022, de 11 de julio; 93/2022, de 11 de julio ; 95/2022, de 12 de julio ; 96/2022, de 12 de julio; 97/2022, de 12 de julio; 144/2022, de 15 de noviembre; 148/2022, de 29 de noviembre; y 149/2022, de 29 de noviembre.

³⁹ Las sentencias resolutorias de los recursos de amparo contra la condena en la causa especial son las siguientes: SSTC 34/2021, de 17 de febrero; 91/2021, de 22 de abril; 106/2021, de 11 de mayo; 121/2021, de 2 de junio; 122/2021, de 2 de junio; 184/2021, de 28 de octubre; 45/2022, de 23 de marzo; 46/2022, de 24 de marzo y 47/2022, de 24 de marzo.

de diciembre de 2022. Las dudas que genera esta línea jurisprudencial empezarán a ponerse de manifiesto en los votos particulares de los magistrados Juan Antonio Xiol y Ramón Sáez a la STC 15/2022, de 8 de febrero.

En síntesis, el Tribunal ha sido protagonista inequívoco del proceso soberanista, en el que ha intervenido de forma directa; ha sido instrumentalizado abiertamente en el curso de ese proceso por distintos actores; ha visto modificada normativa y jurisprudencialmente el ámbito de su intervención y sus capacidades de acción jurisdiccional, ampliando el objeto de su control y también, materialmente, el parámetro de control; y ha dado lugar a derivas jurisprudenciales que pueden provocar efectos perniciosos en la garantía de la separación de poderes. Con lo cual el balance no puede ser más que negativo.

3.2. La proyección de la crisis judicial a la labor del Tribunal Constitucional

El 3 de agosto de 2018 el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial inició el procedimiento para la renovación de los vocales del Consejo. El nombramiento de esos vocales se había producido el 29 de noviembre de 2013 y el Consejo se constituyó el 4 de diciembre siguiente, de modo que en fechas equivalentes del año 2018 debería haberse procedido al nombramiento y constitución del nuevo Consejo. Las previsiones constitucionales y legales establecen que el mandato del Consejo es de cinco años.

A fecha de hoy (julio de 2023), el procedimiento abierto en agosto de 2018 no ha concluido, ni se prevé una conclusión próxima, máxime si se tiene en cuenta la convocatoria de elecciones generales para el 23 de julio. No se han nombrado nuevos vocales. No se ha constituido un nuevo CGPJ, aunque su presidente dimitió hace algunos meses ante la imposibilidad de proceder a la renovación del órgano. Y no parece que exista una salida viable a esta situación de estancamiento, porque el Grupo Parlamentario Popular tanto en el Congreso de los Diputados (el Congreso elige 10 vocales del Consejo), como en el Senado (este elige a los otros 10), ha decidido usar la minoría de bloqueo de la que dispone para evitar la renovación.

Sin entrar a la valoración política del uso de la minoría de bloqueo, ni a los efectos de esta crisis sobre la imagen de independencia del poder judicial, interesa destacar como esta crisis se ha proyectado a la actividad del Tribunal Constitucional.

En primer término, se ha sometido a su control la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones⁴⁰. Esta medida legislativa tiene por objeto limitar las facultades del Consejo General del Poder Judicial una vez transcurren los cinco años de ejercicio de su mandato, es decir una vez debiera haber sido renovado. La reforma

⁴⁰ Se trata de los recursos de inconstitucionalidad núm. 3101/2021 promovido por 50 diputados del Grupo Parlamentario VOX contra los arts. 570 bis y 598 bis y num. 2379/2021 promovido por diputados del Grupo Parlamentario Popular contra los mismos preceptos.

pretende, claramente, evitar que el Consejo cesante siga nombrando cargos en la carrera judicial y, especialmente, que nombre a los Magistrados del Tribunal Supremo. Pero el efecto indeseado de la limitación funcional es que la misma, tal y como se materializa, también parecía impedir el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional que corresponden al Consejo, es decir dos de los doce integrantes del Tribunal. Habida cuenta que ese nombramiento debía producirse en junio de 2022, la reforma influía directamente en la renovación del Tribunal Constitucional a cuyo control de constitucionalidad se somete esa misma reforma. Ante la inacción del TC, el problema de su renovación es resuelto por el propio legislador, que ajusta la reforma en la Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la LOPJ. Esta ley orgánica devuelve al Consejo General del Poder Judicial en funciones la facultad de nombramiento de los Magistrados constitucionales⁴¹.

Pero, pese a esta restitución de funciones, la renovación no se produce. La mayoría conservadora del Consejo decide bloquear la renovación del Tribunal Constitucional, como medida de presión para que el legislador le devuelva la totalidad de las facultades de nombramiento que le habían sido retiradas por la LO 4/2021, o para que lo haga el propio TC en la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado contra esta ley orgánica. Y aquí es donde la situación de crisis institucional comienza a adoptar un cariz más complejo. El Gobierno nombra en noviembre a los dos Magistrados que le correspondía designar desde junio de 2022, pero el presidente del Tribunal Constitucional se niega a tramitar la incorporación de estos dos magistrados hasta que no se complete la nominación del tercio de cuatro que corresponde, argumentando la necesidad de que el Consejo, que dice estar negociando, nombre a los dos magistrados constitucionales que le compete.

La paciencia se agota en la mayoría parlamentaria (progresista), en el Gobierno y en el seno del propio Tribunal Constitucional, sobre todo porque aparece el temor a que también se bloquee *sine die* la renovación de un TC en que se identifica una mayoría conservadora. En sede parlamentaria el Grupo Parlamentario Socialista introduce, en la tramitación de una ley de modificación del Código Penal, dos enmiendas que prevén la reforma de la LOPJ y la LOTC para evitar el bloqueo en la renovación del Tribunal Constitucional. Y los Grupos Parlamentarios VOX y Popular interponen sendos recursos de amparo contra la decisión de la Mesa de la Comisión parlamentaria de Justicia de tramitar dichas enmiendas. Acuden como argumento para sustentar su recurso, a la obligación de la Mesa de no tramitar iniciativas contrarias a la Constitución. Es decir, a la jurisprudencia desarrollada para el control del Parlament de Catalunya durante el desarrollo del procés independentista. Y radican la inconstitucionalidad manifiesta de las enmiendas en un problema estrictamente formal: la obligación de tramitación solo de enmiendas homogéneas a la iniciativa legislativa en curso tal y como se había establecido en la STC 119/2011, de 5 de julio.

El Pleno del Tribunal, al que se avoca el asunto, admite a trámite el recurso de amparo. Pero, lo que es más sorprendente, también acuerda suspender la tramitación

⁴¹ También la LO 8/2022 ha sido sometida a juicio de constitucionalidad, pero ninguno de los recursos planteados contra las LO 4/2021 y 8/2022 ha sido resuelto hasta la fecha.

parlamentaria de las enmiendas objeto del recurso. Lo hará en el ATC 177/2022, de 19 de diciembre, posteriormente confirmado por el ATC 178/2022, de 21 de diciembre⁴².

El Tribunal entiende que, de acuerdo con la doctrina sobre el ejercicio del derecho a la enmienda y la debida relación de homogeneidad entre esta y la iniciativa legislativa que se pretende modificar las vulneraciones alegadas no carecen de verosimilitud. Además, se entiende que, de conformidad con la doctrina sobre el carácter excepcional de las medidas cautelares, concurren los dos elementos necesarios para su adopción: la irreversibilidad del perjuicio y la urgencia excepcional. El resultado es que el Tribunal, con la totalidad de sus miembros reunidos a pesar de que las enmiendas en cuestión afectaban a la continuidad de tres de los miembros del Pleno, decide intervenir un procedimiento legislativo en curso y, por tanto, actuar sobre el poder legislativo de forma directa. La reacción del Congreso de los Diputados y del Senado fue inmediata y sumamente crítica. Y la del Consejo General del Poder Judicial también. Seguramente se entendió que la crisis había ido demasiado lejos. El 27 de diciembre el CGPJ nombró a los dos magistrados que le correspondían y los cuatro nuevos integrantes del Tribunal Constitucional tomaron posesión de sus cargos el día 9 de enero, dando lugar a la configuración de un nuevo Tribunal Constitucional.

Pero el daño a la credibilidad del órgano ya estaba hecho.

4. Crisis de nombramientos

El capítulo recién descrito conecta con el último de los apartados que me gustaría tratar, aunque lo haré de forma más superficial porque son muchos los trabajos de investigación que se han escrito sobre la cuestión de los nombramientos de los magistrados del Tribunal Constitucional⁴³. A ellos me iré remitiendo puntualmente.

Mucho se ha hablado sobre la voluntad de control del Tribunal por parte de los partidos políticos. Mucho menos de la voluntad de control por parte del Poder Judicial. Pero esta también existe y se ha puesto de manifiesto, en particular, en los hechos que acabo de describir y, finalmente, también en la actual composición del TC, integrado por 8 magistrados de origen jurisdiccional y solo 3 de procedencia académica. Los tres catedráticos de derecho constitucional. El Tribunal Constitucional se creó precisamente como un órgano *ad hoc*, situado fuera del Poder Judicial cuya mayoría siempre conservadora facilitaba determinadas posiciones políticas. La anulación de decisiones judiciales cuando resultaban contrarias a los derechos fundamentales permitió que se produjera una especie de “pedagogía constitucional” entre los jueces. Pero, además, hay que tener presente que el Tribunal Constitucional nació con la voluntad de conformar una institución que actuase como vínculo entre la realidad jurisdiccional, social y política del

⁴² Sobre este auto véase P. MORENO BRENES, *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional: una reforma legal y un auto con polémica servida*, en *Diario La Ley*, num. 10197, 2022.

⁴³ Me interesa resaltar aquí el trabajo de G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional*, en *Revista española de derecho constitucional*, año 35, núm. 105, 2015, 13-49.

país. La forma de razonar no es jurisdiccional, los problemas planteados no son de legalidad ordinaria, el impacto de sus decisiones es a la vez político y jurídico⁴⁴.

Pero, más allá de lo dicho, la opinión pública percibe como un problema la conexión política de los magistrados y magistradas. El vínculo deseable entre realidad y derecho como signo de identidad con el que surgió la jurisdicción constitucional en España se ha convertido en una suerte de yugo. Existe una desconfianza generalizada en el sistema de nombramiento, que se proyecta después hacia la actividad jurisdiccional⁴⁵. Concorre una sospecha de sesgo político en los magistrados constitucionales que quizá sea inevitable y posiblemente pudiéramos concluir que no es tan negativa, que deriva peligrosamente a una sospecha de sesgo partidista. Y esto último no puede recibir una valoración positiva porque, de nuevo, aleja al órgano constitucional de la ciudadanía y lo enfanga en el juego político y en la lucha partidista. Pierde legitimidad y pone en duda su posición como órgano contramayoritario. Pero el debate sobre la legitimidad no tiene sólo que ver con la apariencia de imparcialidad o independencia de los jueces y juezas constitucionales, sino que se termina vinculando también a su representatividad y a ese papel de vínculo al que me vengo refiriendo. El análisis del problema desde esta perspectiva lleva a la cuestión de si deben o no garantizarse determinados equilibrios de género, territorio, edad o, ya me he referido a ello, origen profesional. En el sistema español no existe ninguna previsión a este respecto, porque no existe barrera de acceso por razón de edad, ni cuotas de representación paritaria y el proceso de nombramiento de los magistrados que corresponde al Senado, y que pretendía introducir el elemento de representatividad territorial en ese tercio de magistrados no ha tenido los efectos esperados⁴⁶.

Recuerdo, muy brevemente, que de los doce magistrados del Tribunal Constitucional cuatro son elegidos por mayoría de 3/5 de los integrantes del Congreso de los Diputados; cuatro son elegidos por idéntica mayoría por los integrantes del Senado; dos por mayoría cualificada en el seno del Consejo General del Poder Judicial (aunque este se encuentre con el mandato prorrogado); y otros dos son elegidos por el Gobierno. El mandato de renovación por terceras partes, leído a la luz de la disposición transitoria novena de la Constitución, se traduce en que cada tres años se renuevan cuatro

⁴⁴ Me remito, en este sentido y con carácter general, a las reflexiones de F.J. GARCÍA ROCA, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, en P. PÉREZ TREMPES, *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2007, 47 ss. Y, en un trabajo más reciente, a la reflexión de L.M. LÓPEZ GUERRA, *Los retos al Tribunal Constitucional español, desde la perspectiva del «constitucionalismo político»*, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 25, 1 (enero - junio), 2021, 30.

⁴⁵ Cito en este punto, y por lo que hace al estudio de sistema de nombramientos y a sus debilidades, a L. BAHAMONDE GÓMEZ, *La Magistratura Constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*, Madrid, 2019 y a O. SALAZAR BENÍTEZ, *El nombramiento de los magistrados y las magistradas del Tribunal Constitucional: ingeniería jurídica vs. cultura política*, en *El Tribunal Constitucional español: una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución*, editado por A. VILLANUEVA TURNES, 2018, 27-60.

⁴⁶ El procedimiento se desarrolla conforme a lo establecido en los artículos 184 a 186 del Reglamento del Senado. Los candidatos son propuestos por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, aunque la votación final recae en el Pleno. En la práctica las Asambleas han venido proponiendo un candidato por cada "sensibilidad" política mayoritaria, y ha sido práctica habitual que el candidato propuesto por los diputados autonómicos del PP fuera el mismo en todas las Comunidades y respondiera al criterio marcado desde Madrid.

magistrados, coincidiendo en su renovación los cuatro del congreso, los cuatro del senado y los cuatro restantes. El mandato es de nueve años, que se computa desde la fecha en que la renovación debió efectivamente producirse. De modo que, si existen retrasos, estos se traducen en una reducción temporal del mandato lo que supone, claramente, una alteración de la regla constitucional que marca el período de nombramiento en nueve años⁴⁷.

Durante las primeras tres décadas de actividad del Tribunal los retrasos en las renovaciones fueron menores y casi anecdóticos. En el curso del mismo año en que estaba prevista la renovación esta se producía, aunque pudieran existir dilaciones de algunos meses. Pero en el año 2007 la situación cambió. De nuevo aquí se aprecia la conexión, tanto temporal como causal, con la crisis catalana. En 2007 el Tribunal estaba trabajando en el recurso contra el Estatuto de Cataluña de 2006 y al momento de la renovación, que correspondía al Senado, el Grupo Parlamentario Popular decidió paralizar el nombramiento porque, tras la recusación de Pérez Tremps, creía tener una mayoría favorable a la estimación del recurso en el Pleno del Tribunal. Si bien esta mayoría se modificó por fallecimiento de un magistrado, la renovación quedó paralizada hasta que se resolvió el recurso. Así, la novena renovación, que debía haberse producido en 2007, no se materializó hasta el 12 de enero de 2011. Y la décima renovación, correspondiente al Congreso de los Diputados, tampoco se produjo en plazo. Estando prevista para el 7 de noviembre de 2010, no se concluyó hasta el 23 de julio de 2012. De ahí que los sucesivos nombramientos del Senado (la duodécima, en marzo de 2017) y del Congreso (la decimotercera, en noviembre de 2021) no se hayan correspondido con las cadencias constitucionalmente previstas. La única modalidad de renovación que no había sufrido retrasos, hasta el momento, había sido la correspondiente a los nombramientos de Gobierno y CGPJ. Pero esa regla también se ha roto, como hemos expuesto, en la decimocuarta renovación, que se ha retrasado seis meses (de junio de 2022, hasta diciembre de 2022). El resultado es un Tribunal, el actual, en el que los magistrados del tercio saliente tienen seis años de experiencia, pero el tercio de reemplazo solo tiene año y medio de trayectoria en la jurisdicción constitucional. Y si a esta circunstancia le sumamos la composición esencialmente judicial de sus miembros, a la que ya se ha hecho referencia, se justifican los temores manifestados por la doctrina sobre la calidad decisoria del órgano legítimo.

En suma, si el reparto de cuotas en los nombramientos, la *lotizzazione*⁴⁸, merece innumerables críticas, muchas más dificultades provoca en el funcionamiento y

⁴⁷ La alteración de la previsión constitucional se deriva de lo previsto en el apartado quinto del art. 16 LOTC, que se introduce por la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Cuando se aprobó esta Ley Orgánica, un tercio de los magistrados acumulaban un retraso en su renovación de tres años, lo que suponía *per se* una alteración de otra de las reglas constitucionales y imposibilitaba su cumplimiento a futuro y sin solución. Por eso se estableció esta suerte de cláusula de salvaguarda, para que los retrasos en el nombramiento tuvieran un impacto reducido a la renovación sucesiva a un mandato irregularmente prorrogado.

⁴⁸ Se refiere a uno de los primeros episodios de reparto de cuotas en los nombramientos el trabajo de G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional*, cit.

legitimidad del órgano la falta de voluntad política para llegar a un acuerdo, se impute esa falta de voluntad a la mayoría o a la minoría -que puede actuar en este caso como minoría de bloqueo, al ser necesario un alto grado de consenso para proceder a los nombramientos de los magistrados constitucionales-.

Si no tenemos una regla constitucional que solucione la activación de los bloqueos en las renovaciones, ¿no debería preverse una cláusula de salvaguarda por el legislador? Yo creo que sí. Una cláusula de este tipo es la que preveían las enmiendas a la LOPJ y a la LOTC que pretendían tramitarse en diciembre de 2022 y que no llegaron a formar parte de la ley finalmente aprobada por intervención directa del TC⁴⁹. Desaparecido el problema inmediato, el legislador abandonó la idea de regular ese mecanismo de salvaguarda frente a la minoría de bloqueo. Y ese legislador, ya no existe, una vez convocadas elecciones generales. El problema, por tanto, puede volver a producirse en el futuro, por más que ese futuro no llegue sino transcurridos ocho años a contar desde la fecha presente. Un plazo en exceso lejano para los tiempos políticos que nos ocupan.

Podríamos hablar también, en este apartado, sobre la calidad de los jueces constitucionales, o sobre su independencia e imparcialidad. Pero no es sencillo controlar ninguna de estas características una vez superadas unas revisiones mínimas sobre el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para devenir juez constitucional o sobre la concurrencia de causas de recusación vinculadas a la existencia de un interés o conexión personal con la causa, esto es con el proceso constitucional o con quienes intervienen en él.

Entiendo que ni siquiera las figuras de la recusación y la abstención son realmente útiles en el marco de la jurisdicción constitucional para asegurarnos la imparcialidad objetiva. Ambas figuras se prevén, en el seno de los procesos de que conoce la jurisdicción ordinaria, para evitar que el interés personal del juez condicione su posición como juzgador. Pero lo cierto es que la jurisdicción constitucional es distinta. Salvo en materia de recurso de amparo, en que existen mayores similitudes con los procesos ordinarios a estos efectos, cuando hablamos de control de constitucionalidad de las normas o de la función de arbitraje de los conflictos constitucionales, el interés en el resultado del proceso es un interés público y general y todos los magistrados, por su mera posición profesional, deberían (o al menos pueden) participar de ese interés. Otra cosa es que pudieran obtener una ventaja individual de su pronunciamiento. Pero, si este fuera el

⁴⁹ La enmienda 61 a la Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, preveía una modificación del art. 599.1.1.^a de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establecía las siguientes cláusulas de salvaguarda: a) El Consejo General del Poder Judicial debe iniciar el proceso de nombramiento de los dos magistrados del TC que le corresponden en el plazo máximo de tres meses a contar desde el día siguiente al vencimiento del mandato anterior; b) si no se cumple esta regla el presidente del CGPJ debe iniciar un procedimiento que se regula en el mismo artículo; c) la votación, que debe celebrarse en un plazo tasado tras la iniciación del procedimiento, se realizará sin que sea requerido quorum mínimo de vocales presentes; d) la elección se hará por mayoría, sin previsión de minoría de bloqueo y con voto de calidad del presidente del CGPJ en caso de empate; d) del incumplimiento de la obligación de nombrar, se derivarán responsabilidades, incluso penales. Por su parte, la enmienda 62 a la misma ley proponía la supresión del trámite de placet que el Pleno saliente debía realizar respecto de los magistrados electos (art. 2.1.g) LOTC), limitando de este modo la posibilidad de bloqueo de la renovación que pudiera derivarse de dicho trámite.

caso, quizá estaríamos hablando de algo que supera la mera consideración de la concurrencia de una causa de abstención o de recusación. Ya hemos visto como estas figuras se han venido instrumentalizando desde el año 2007, de modo que merece una consideración la posibilidad de modificar el modelo y prever uno específico para los magistrados constitucionales que se aparte del que prevé, con carácter general, la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5. Algunas reflexiones de síntesis

Durante los últimos veinte años la imagen que proyecta el Tribunal Constitucional español a la opinión pública y a la opinión académica se ha ido deteriorando progresivamente. En particular en la última década.

Pero un sistema constitucional no puede permitirse el lujo de que uno de los pilares fundamentales de ese sistema pierda su legitimidad sin responder ante ello, porque esa situación alimenta los discursos corrosivos contra el propio sistema. Es posible denostar estos planteamientos populistas, seguramente sea legítimo hacerlo, pero sin negarles parte de la razón que subyace en los mismos. Identificar esa base razonable del discurso puede permitirnos identificar algunos fallos en el sistema de justicia constitucional para tratar de repararlos, reforzando la legitimidad del modelo para contra argumentar con mayor fuerza frente al discurso destructivo que no ofrece alternativas.

Se critica el elitismo judicial y la posibilidad de que los magistrados corrijan la voluntad del legislador que, según estas posiciones críticas, es la voluntad del pueblo. Recordemos el efecto en cadena que provocó la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Al tiempo se cuestiona el sistema de nombramientos de los magistrados, que conduce a reproducir mayorías parlamentarias en el seno del Tribunal Constitucional, con algunos sesgos como el centralismo⁵⁰ o la sobrerrepresentación de los dos grandes partidos clásicos del sistema bipartidista. Sin embargo, ambas críticas no parecen compatibles entre sí: o el Tribunal debe ser una institución representativa de la pluralidad política o no debe serlo. Y si debe serlo podemos discutir sobre la adecuada modalidad de nombramiento, del mismo modo que si no debe serlo también habrá que revisar esas modalidades de nombramiento. Pero no parece coherente criticar el sesgo político del Tribunal porque ese sesgo es uno determinado, pero admitir que podría tener sesgo en otro sentido y entonces no sería criticable. Tampoco parece realista pensar que en un Tribunal Constitucional debe estar ausente todo sesgo político cuando interpreta el texto constitucional que es, en esencia, un texto jurídico que traza y sintetiza las opciones políticas fundamentales de una comunidad nacional.

Por otro lado, el legislador y el propio Tribunal Constitucional están llamado a atender las quejas de los operadores jurídicos, particularmente de la abogacía, sobre la reforma del recurso de amparo del año 2007. La objetivación de la garantía individual de

⁵⁰ A este respecto véase R. BUSTOS GIBERT, *La controvertida composición y renovación de los órganos judiciales situados en la cúspide*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018, 217-256.

los derechos fundamentales no ha solventado las dificultades funcionales del Tribunal, pero ha alejado al Tribunal de los ciudadanos. Si se analizan los datos estadísticos de los últimos años se puede verificar que el muy exiguo porcentaje de admisión a trámite de los recursos de amparo, que ha estado rondando el 1% durante mucho tiempo, muestra una tendencia al incremento en los últimos tres años. Habrá que verificar si la tendencia se mantiene o no, pero en caso de mantenerse quizá ello demuestre que no es necesaria una nueva modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino una aplicación de la reforma del 2007 más flexible. Y quizá también más transparente. La cuestión que todavía está por estudiar es si la aplicación reduccionista de la reforma del amparo que se ha verificado durante más de una década ha sido o no ha sido dañina para la legitimidad del Tribunal Constitucional como juez de los derechos y libertades y, como consecuencia, también como institución básica del sistema de garantías de la Constitución.

En todo caso hay que plantear seriamente la recuperación de la legitimidad de ejercicio del Tribunal Constitucional⁵¹ analizando las posibilidades de reforma del sistema de nombramientos de un lado, y a través de recuperación del Tribunal Constitucional como corte de los derechos y las libertades por otro lado.

⁵¹ Sobre la idea de la legitimidad de ejercicio también reflexiona A GARCIA MARTÍNEZ, *El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la legitimidad de ejercicio*, en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, diciembre, 2009, 107-143.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

ASCESA, TRASFORMAZIONE E CRISI DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*.
IL MODELLO TEDESCO DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE ALLA PROVA
DELL'ESPERIENZA

GIORGIO REPETTO

SOMMARIO: 1. L'influenza del *Bundesverfassungsgericht* e l'ideale della protezione della democrazia attraverso il diritto. – 2. L'affermazione del *Bundesverfassungsgericht* come organo costituzionale contiguo alla decisione politica. – 3. Le specificità del sistema tedesco di giustizia costituzionale. Un terzo modello? – 4. Al fondo della centralità del BVerfG: una certa idea della prescrittività costituzionale e il ruolo della dogmatica. – 5. Le difficoltà di conciliare il diritto con la politica. Quattro casi esemplari. – 6. Tra eccessi di tutela, sconfinamenti e spoliticizzazione. Le critiche all'operato del BVerfG nel periodo più recente.

1. *L'influenza del Bundesverfassungsgericht e l'ideale della protezione della democrazia attraverso il diritto*

Se messa a raffronto con altre esperienze di giustizia costituzionale proprie di sistemi liberal-democratici, quella tedesca mostra tratti distintivi specifici se non, in certa misura, eccezionali.

Da diverse prospettive, infatti, l'azione del *Bundesverfassungsgericht* (d'ora in avanti: BVerfG) è collocata stabilmente al centro della vita giuridica e istituzionale tedesca, e le sue decisioni hanno ricevuto, col tempo e in misura crescente negli ultimi decenni, un'attenzione che trascende i soli confini nazionali. Anche un osservatore distratto, infatti, ha potuto notare il peso attribuito, nell'opinione pubblica specializzata e non solo, alle decisioni del giudice di Karlsruhe in occasione di tornanti decisivi del

processo di integrazione europea, il cui rilievo è andato ben al di là dei soli confini nazionali.

Il segno più tangibile, ai nostri occhi, dell’attenzione costantemente ricevuta dalla giurisprudenza del BVerfG è rappresentato dal tentativo di celebrare quel modello di giustizia costituzionale come un’alternativa capace, come pochi altri sistemi sono riusciti a fare, di coniugare e di mettere “in asse” la salvaguardia della democrazia e l’attuazione della costituzione, o per meglio dire: di garantire la democrazia tramite metodi e strumenti, presidiati dal medesimo BVerfG, di interpretazione costituzionale¹. Al di là e prima di qualsiasi discussione sulle singole sentenze e sui metodi interpretativi, il ruolo del BVerfG sembra, in altre parole, il prodotto di una sintesi pienamente riuscita tra i due poli della democrazia e della supremazia della costituzione². Ciò è dovuto anche al fatto che quella tedesca è un’esperienza che non ha dovuto misurarsi con i dilemmi posti altrove dalla *countermajoritarian difficulty*. Come ha efficacemente notato Dieter Grimm, il problema della legittimazione democratica delle corti costituzionali è sentito laddove, come negli USA, la democrazia preesiste al *judicial review*, mentre nel caso tedesco l’istituzione del BVerfG e l’attribuzione ad esso di una panoplia di strumenti operativi hanno avuto la funzione di rimediare ai fallimenti della prima metà del secolo e, così, di garantire l’avvio e il consolidamento di una solida democrazia costituzionale³.

Su questa premessa, non pare quindi difficile comprendere sino a che punto e con quale pervasività l’azione del BVerfG si sia collocata al centro dell’equilibrio tra i poteri, non solo influenzando in profondità l’operato del decisore politico e del complesso della giurisdizione, ma attivando, più in profondità, risorse simboliche sulla piena identificazione tra il rispetto garantito della Legge fondamentale e la democrazia; risorse che hanno contrassegnato in profondità la stessa evoluzione storica della Repubblica federale, sempre più spesso e non a caso contrassegnata, nel periodo più recente, come la *Karlsruher Republik*⁴.

Anche per effetto dell’attribuzione al BVerfG di un ricchissimo arsenale di forme e strumenti di intervento⁵, è ormai acquisita la consapevolezza che la sua giurisprudenza

¹ Proprio il binomio salvaguardia della democrazia-interpretazione costituzionale è al centro di alcune delle più significative riflessioni volte a far conoscere, fuori dai confini tedeschi, l’operato del BVerfG, a partire da un classico come quello di D. P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Londra, 1989 (ora 3rd ed., 2012 con R. A. MILLER), e dai successivi lavori di J. COLLINGS, *Democracy’s Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*, Oxford, OUP, 2015, M. HAILBRONNER, *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, Oxford, 2015, e A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande: Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Parigi, 2021.

² Il BVerfG è qualificato come “arguably the most powerful and influential CC in the world” da A. STONE SWEET, *Constitutional Courts*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 823.

³ D. GRIMM, *Das Bundesverfassungsgericht im Überblick*, in ID., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Suhrkamp, 2021, 29.

⁴ Il termine si deve al discorso pronunciato da Gerhard Casper in occasione del cinquantenario dell’istituzione del BVerfG, disponibile al presente indirizzo: https://web.stanford.edu/group/gcasper_project/cgi-bin/files/papers/karlsruhe.pdf

⁵ Basterebbe pensare alle quattordici vie d’accesso tipizzate dalla dottrina: v. D. GRIMM, *Probleme einer eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, in ID., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., 280 e, *amplius*, E. BENDA, E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 4. Aufl., Heidelberg, 2020, 689 ss., anche per utili prospetti statistici. Un quadro complessivo delle competenze e delle modalità di esercizio dei poteri del

esercita una notevole forza conformativa innanzi tutto sul legislatore, le cui decisioni – come si vedrà più avanti – non vengono solamente vagliate dall’esterno, ma propriamente “codeterminate” dal BVerfG⁶, con la conseguenza che, attualmente, molti ritengono che non esista una decisione politica di qualche rilievo che non venga sottoposta, prima o poi, al suo controllo⁷. Un’analoga, penetrante, forza conformativa è poi esercitata dal BVerfG anche rispetto al complesso dei giudici, e agli organi di vertice delle diverse giurisdizioni, in ragione della possibilità che le loro decisioni vengano sindacate nella forma del ricorso diretto individuale (*Urteilsverfassungsbeschwerde*) e, eventualmente, annullate per contrasto con una norma costituzionale. Da ultimo, la pervasività e la centralità dell’azione del BVerfG trascende anche il piano dei rapporti tra giurisdizioni e tra poteri, influenzando in modo determinante i sentieri di svolgimento della dogmatica giuridica, di cui sono intessute in profondità le sue decisioni e di cui esso, con l’autorità che viene dal carattere vincolante dei suoi percorsi argomentativi, si è per tanti versi messo alla guida⁸.

A tal punto, si diceva, è stata realizzata questa autoaffermazione del BVerfG e efficacemente rivendicata e ottenuta la sua centralità, che il problema della giustizia costituzionale ha investito, negli ultimi anni, strati profondi della vita costituzionale, arrivando a identificare l’operato dei giudici di Karlsruhe nei termini dell’esercizio di un vero e proprio potere di esplicazione dei significati costituzionali (*Deutungsmacht*), che si traduce nella “predisposizione e mobilitazione di diverse risorse di senso e di valore (*Sinn- und Geltungsressourcen*), che nel loro complesso contribuiscono alla produzione di un significato accettato come legittimo”⁹. In questa chiave, l’operato del BVerfG assume un rilievo ben maggiore di qualsiasi altro attore politico e giurisdizionale, con la conseguenza che le sue pronunce hanno finito, nella sostanza, per dettare tempi, modi e direzioni di svolgimento dei significati costituzionalmente rilevanti che animano il discorso pubblico.

Da ultimo, l’attribuzione di un simile monopolio sull’attribuzione di senso ai principi costituzionali è l’elemento che è stato, anche in chiave storiografica, valorizzato come perno di una strategia istituzionale volta alla stabilizzazione della conflittualità politica e al consolidamento delle strutture democratiche come cifre identificative della storia tedesca del dopoguerra; una strategia secondo la quale “la democrazia ha beneficiato del fatto che il potere politico venisse esercitato in una forma

BVerfG è, volendo, anche in G. REPETTO, F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli 2020.

⁶ J. MASING, *Das Bundesverfassungsgericht*, in M. HERDEGEN, J. MASING, R. POSCHER, K. F. GÄRDITZ (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, Monaco, 2021, 986, cui devo anche la formula della “forza conformativa” (*Prägekraft*).

⁷ Così, letteralmente, D. GRIMM, *Das Bundesverfassungsgericht im Überblick*, cit., 27.

⁸ Anche su questi aspetti si misura la forza conformativa del BVerfG, secondo J. MASING, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 989 ss.

⁹ H. VORLÄNDER, *Deutungsmacht – die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in ID. (Hrsg.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006, 17. È sintomatico di quanto si sta dicendo il fiorire di studi sul BVerfG come attore politico-istituzionale: tra i più significativi, v. almeno O. W. LEMBCKE, *Hüter der Verfassung. Eine institutionstheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts*, Mohr Siebeck, 2007 e R. C. VAN OUYEN, M.H.W. MÖLLERS (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.

costituzionalmente guidata, e la costituzione del fatto che la politica democratica fosse ben disposta ad adeguarsi ai principi costituzionali e alle decisioni del giudice delle leggi, anche quando gli obiettivi da essa perseguiti ne venivano significativamente alterati”¹⁰.

Dopo anni di incontrastata affermazione, non incrinata da episodi di critica anche veemente nei confronti di singole pronunce¹¹, questo modello pare negli ultimi anni entrato in una crisi profonda, segnata, soprattutto, da una montante ondata di posizioni critiche proveniente da larghi strati della dottrina, e soprattutto delle generazioni più giovani.

Un primo segnale d’allarme può essere intravisto nelle dure posizioni di un decano della scienza costituzionalistica come Josef Isensee, che già a metà degli anni ’90 si domandava se, a fronte di una politica incapace di fondare autonomamente i suoi presupposti di valore, il BVerfG – titolare del diritto all’ultima parola e chiamato a decidere dalle alture celestiali della dogmatica giuridica – fosse in grado di reggere il peso di un simile sforzo di integrazione tra diritto e politica¹².

Negli anni successivi, come attestato dai fronti di una giurisprudenza sempre più interventista sul terreno dei limiti all’integrazione europea come della conformazione dei rapporti tra organi costituzionali, questa critica ha trovato un terreno sempre più fertile, al punto che, sempre più spesso, ci si domanda se il BVerfG vada incontro a un declino della propria influenza¹³, quando non a una più marcata “perdita di significato”¹⁴.

L’impressione è, in definitiva, quella di un progressivo indebolimento che deriva da un eccesso di forza originario¹⁵; di una crisi, in altre parole, dovuta a un eccesso di interventismo (rispetto al Parlamento, ai giudici, alle istituzioni e alle corti europee) che ha finito per minare alla radice quel capitale di legittimazione che il BVerfG aveva faticosamente accumulato nei primi decenni della sua storia.

Nelle pagine che seguono, ci si soffermerà sulle direzioni di questa complessiva trasformazione, muovendo dal presupposto che in essa, prima di altro, debba essere ravvisato il tratto distintivo della giurisprudenza costituzionale tedesca nel XXI secolo. Per far questo, ci si soffermerà in prima battuta sui tratti originari del modello (par. 2) e, in un secondo momento, sulle sue progressive trasformazioni, con l’intenzione di mettere in luce il suo tratto assolutamente eccezionale rispetto alle tradizionali modellistiche della giustizia costituzionale (par. 3). Nei paragrafi successivi, si cercherà di spiegare come le ragioni di questa peculiarità vadano individuate nella peculiare tipologia di prescrittività costituzionale che contrassegna la Legge fondamentale e nel supporto offerto dalla

¹⁰ D. GRIMM, *Die Historiker und die Verfassung. Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetzes*, Beck, 2022, 316.

¹¹ J. COLLINGS, *Phasen der öffentlichen Kritik am Bundesverfassungsgericht*, in F. MEINEL (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik. Aspekte einer Geschichte der Bundesverfassungsgerichts*, Tubinga, 2019, 63 ss.

¹² J. ISENSEE, *Bundesverfassungsgericht – quo vadis?*, in *JuristenZeitung*, 1996, 1085 ss., spec. 1087.

¹³ A. VOBKUHLE, *Das Bundesverfassungsgericht – “Bright Future” oder “Decline of Influence”?*, in *Europäische GrundrechteZeitschrift*, 2022, 598.

¹⁴ R. SCHMIDT, *Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgerichts?*, in *JustistenZeitung*, 2022, 853.

¹⁵ Uso l’efficace coppia oppositiva forza/debolezza impiegata, per valutare in controluce l’esperienza del BVerfG e della Corte costituzionale italiana, da A. VON BOGDANDY e D. PARIS, *La forza di manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 2020, 9 ss.

dogmatica alla centralità dell’opera interpretativa del BVerfG (par. 4), per concludere con l’analisi di alcuni casi recenti, che possono ritenersi emblematici di un eccessivo protagonismo di quest’ultimo (par. 5). Nella parte conclusiva (par. 6), verranno prese in esame le posizioni critiche emerse in dottrina nell’ultimo decennio, tutte segnate – diversamente ma invariabilmente – dalla richiesta di una progressiva normalizzazione dei poteri del BVerfG.

2. L’affermazione del Bundesverfassungsgericht come organo costituzionale contiguo alla decisione politica

Sin dagli esordi del periodo costituente, sulla figura e sui compiti del BVerfG si registrava, allo stesso tempo, la consapevolezza del rilievo centrale che avrebbe rivestito il nuovo organo e l’incertezza sulla sua complessiva fisionomia.

Con riguardo alle esperienze precedenti, a influire sulla scelta di istituire un giudice delle leggi fu sicuramente l’influenza della tradizione statunitense della Corte suprema, mediata e veicolata dalle forze d’occupazione nel periodo post-bellico, combinata però con la tradizione tedesca dei grandi tribunali, che dal Sacro Romano Impero aveva lasciato le proprie tracce sino alla Costituzione di Weimar¹⁶. L’effetto di una simile combinazione, a cui resta in linea di principio estranea la tradizione austriaco-kelseniana¹⁷, si percepisce chiaramente nella scelta di mantenere, conformemente alle peculiarità della storia costituzionale tedesca, un tribunale accentrato, con funzioni *ad hoc* ma facente parte dell’organizzazione della magistratura, cui demandare funzioni non solo arbitrali (come avveniva in quella tradizione, secondo il modulo della c.d. *Staatsgerichtsbarkeit*), ma anche di presidio della superiore forza normativa della costituzione (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) e, infine, di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali in occasione di controversie concrete (*Grundrechtsgerichtsbarkeit*).

Pur a fronte di ciò, molte furono sin dall’inizio, come si diceva, le incertezze intorno al concreto modo di funzionamento dell’organo, che il lavoro costituente non riuscì a sciogliere. E non si trattava – non dissimilmente da quanto avvenuto nell’esperienza italiana – di aspetti marginali: basti pensare all’articolazione del Tribunale in due distinti senati, alla durata del mandato dei giudici, allo spazio per le opinioni dissenzienti, ma anche alla stessa possibilità per i singoli di presentare un ricorso diretto a tutela dei propri diritti fondamentali. Su ciascuno di questi aspetti, spettò al legislatore ordinario, in sede di adozione della legge sul BVerfG (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BVerfGG) risolvere i nodi lasciati aperti dal costituente, giungendo tuttavia a disciplinare istituti e

¹⁶ La continuità con quella tradizione è stata rimarcata in uno studio pionieristico quale quello di T. MARTINES, *Lineamenti della giustizia costituzionale in Germania* (1954), ora in ID., *Opere*, t. II, Milano, 2000, 640 ss.

¹⁷ Lo nota correttamente M. JESTAEDT, *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlino, 2011, 81.

procedure che si ponevano quanto meno *praeter constitutionem*, come lo strumento della *Beschwerde* individuale¹⁸.

La collocazione istituzionale del BVerfG dipese, in quei primi anni, più che altro da alcune vicende estranee all'esercizio in senso stretto della sua giurisdizione.

Un'importanza capitale venne assunta, nei primissimi anni di attività, dalla c.d. *Statusfrage*, vale a dire il duro scontro istituzionale che contrappose il primo collegio di giudici e il Ministro della Giustizia del primo governo Adenauer, Thomas Dehler, in ordine alla riconducibilità del BVerfG al potere organizzatorio del ministero, come avveniva (e avviene) per il resto della giurisdizione. La questione aveva risvolti di capitale importanza per il neonato Tribunale, venendone investiti aspetti centrali per la sua azione, quali l'autonomia organizzativa, di bilancio e lo stesso ordine protocollare. Nelle annotazioni al celebre parere (*Denkschrift*), redatte da Gerhard Leibholz, la rivendicazione dell'autonomia del BVerfG passava attraverso la necessità di una sua qualificazione come organo costituzionale, al pari dei due rami del Parlamento, del Governo e del Presidente federale. Con l'evidente ricaduta dell'attribuzione, connessa a tale riconoscimento, di un ruolo espressamente qualificato di "custode e garante della costituzione" (*Hüter und Garant der Verfassung*), per il quale "non dovrebbe sorprendere che un'autentica giustizia costituzionale implichi, in certa misura, anche l'esercizio di una funzione di governo e di legislazione"¹⁹.

In realtà, la questione dello *status* non era che un aspetto, apparentemente laterale ma significativo, di un atteggiamento particolarmente aggressivo del "primo" BVerfG nei confronti della maggioranza politica guidata da Adenauer, che si manifestò in una serie di eclatanti sentenze, in cui scelte connotate da un marcato ed evidente indirizzo politico vennero contrastate dal Tribunale sul presupposto di una lettura via via più totalizzante della Legge fondamentale²⁰. E lo stesso avvenne nei periodi successivi, rispetto a scelte altrettanto fondamentali assunte da maggioranze politiche di colore diverso, soprattutto nel primo periodo di *große Koalition*, sul finire degli anni sessanta, e nel decennio successivo²¹, fino ad arrivare all'annullamento di leggi di revisione costituzionale²².

Anche alla luce di questi casi, ben presto è maturata l'impressione che le decisioni fondamentali riguardanti la collettività "non fossero dettate in modo vincolante dagli organi del fronte democratico come il governo federale, il *Bundestag* e il *Bundesrat*, ma dall'idillio dello *Schlosspark* di Karlsruhe", dove ha sede il BVerfG²³.

Una simile tendenza, manifestatasi sin dai primi anni e dispiegatasi in misura pressoché incontrastata nei decenni successivi, rinviene il suo fondamento e le sue ragioni

¹⁸ Che trovò, come è noto, una consacrazione nel testo della Legge fondamentale solamente con la riforma intervenuta nel 1969.

¹⁹ G. LEIBHOLZ, *Bericht zur "Status"-Frage* (1957), in P. HÄBERLE (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, 238 s.

²⁰ Un caso emblematico è quello della dichiarazione di illegittimità della legge istitutiva di una televisione pubblica patrocinata dal governo in carica: BVerfGE 12, 205 (*Deutschland-Fernsehen*).

²¹ Il rinvio è a casi quali BVerfGE 35, 79 (*Gruppenuniversität*); 36, 1 (*Grundlagenvertrag*); 39, 1 (*Fristenlösung*).

²² BVerfGE 94, 49 (*Asylrecht*); 109, 279 (*Großer Lauschangriff*).

²³ M. JESTAEDT, *Phänomen Bundesverfassungsgericht*, cit., 90.

nel modo in cui si è venuto affermando il rapporto tra diritto e politica alla luce delle coordinate di fondo ricavabili dal testo costituzionale.

Anche le letture meno proclivi ad assecondare lo slittamento verso lo *Justizstaat* hanno messo in evidenza come la Legge fondamentale, accanto alla proclamazione della sovranità popolare, fissi limiti traducibili in un vincolo *diretto e immediato* che l'insieme delle norme costituzionali esercitano sulla legislazione e su ogni altro pubblico potere²⁴. Di ciò vi è diretta testimonianza nell'art. 20, par. 3, LF ("Il potere legislativo è vincolato all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e quello giudiziario alla legge e al diritto") e, soprattutto, nell'art. 1, par. 3, LF, che assegna – come è noto – a tutti i diritti fondamentali ivi previsti il rango di "diritto immediatamente valido" (*unmittelbar geltendes Recht*) in grado di vincolare (*binden*) ogni singolo potere.

Una volta, quindi, che alle norme costituzionali, a *tutte* le norme costituzionali, viene riconosciuta la capacità di operare come vincolo immediatamente gravante sul legislatore, e lo spazio dell'attuazione discrezionale viene a restringersi al massimo grado in ragione, soprattutto, di un'efficacia immediatamente vincolante ai diritti fondamentali²⁵, si comprende perché il compito del BVerfG non venga percepito qualcosa di strutturalmente differenziato dalla decisione politica, ma come "la parte del processo politico istituzionalizzata in forme giurisdizionali"²⁶. Secondo tale lettura, la differenziazione (*Ausdifferenzierung*) di cui è capace la giustizia costituzionale sta nel fornire agli attori politici un luogo da cui aspettarsi un'attenzione che non è né quella partigiana degli organi investiti, direttamente o indirettamente, dalla legittimazione politica, ma neanche quella puramente tecnica e specializzata della giurisdizione *tout court*, ma nel quale i conflitti politici possono trovare un'istituzionalizzazione semplicemente mediata dalle forme giurisdizionali. In questo senso, con un paradosso solo apparente, si aggiunge che "la relativa politicizzazione di un certo tribunale costituzionale serve proprio alla sua neutralizzazione politica"²⁷.

3. Le specificità del sistema tedesco di giustizia costituzionale. Un terzo modello?

Un esito di questo tipo è stato, del resto, anche favorito dall'assenza di una controparte giurisdizionale in grado di insidiare il primato rivendicato dal BVerfG.

²⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsgerichtsbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, in ID., *Staat, Nation, Europa*, Berlino, 1999, 161, M. Jestaedt, cit., 102.

²⁵ Ciò ha fatto sì che l'esercizio del potere legislativo, più che frutto di un'attività discrezionale vincolata dall'esterno al rispetto delle prescrizioni costituzionali, sia stato configurato come un'attività di creazione del diritto vincolata dall'interno alla concretizzazione, all'attualizzazione e all'esecuzione (*Vollzug*) della costituzione: M. JESTAEDT, *Phänomen Bundesverfassungsgericht*, cit., 102.

²⁶ G. ROELLECKE, *Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der Gerichtsbarkeit*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, 3. Aufl., 2005, 1223.

²⁷ G. ROELLECKE, *Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, cit., 1213. Sui rischi di un'impropria attribuzione di sovranità al BVerfG v. O. MASSING, *Recht als Korrelat der Macht? Überlegungen zu Status und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit*, e H. RIDDER, *In Sachen Opposition: Adolf Arndt und das Bundesverfassungsgericht*, entrambi in P. HÄBERLE (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., 426 e 429 ss.

In un sistema giurisdizionale quale quello creato dalla Legge fondamentale, costituito da diversi plessi giurisdizionali aventi ciascuno al vertice una propria corte specializzata (per i settori civile/penale, amministrativo, sociale, lavoristico e finanziario), il consolidamento della posizione di primazia del Tribunale di Karlsruhe è stato reso possibile da due fattori concomitanti.

Il primo, e più noto, è costituito – come si vedrà nel dettaglio più avanti – dall’attribuzione ai diritti fondamentali della capacità di conformare direttamente i rapporti tra privati, in forza di quella “efficacia di irradiazione” (*Ausstrahlungswirkung*) predicata a partire dalla celebre sentenza *Lüth* del 1958²⁸, in cui il BVerfG arrivò ad affermare che ai *Grundrechte* si dovesse attribuire una funzione non solo di garanzia individuale, ma anche espressiva di un “ordine di valori” (*Werteordnung*) oggettivo, capace di dispiegare i suoi effetti conformativi su ogni tipologia di rapporto, sia esso di pertinenza del diritto pubblico o privato²⁹.

Il secondo aspetto, meno noto ma altrettanto significativo, sta nel venir meno della struttura originariamente bicefala del vertice del potere giurisdizionale, che il costituente aveva congegnato come affidata al BVerfG e al Tribunale supremo federale (*Oberstes Bundesgericht*), la cui funzione sarebbe stata quella di garantire l’unità dell’interpretazione del diritto di rango legislativo seguita dalle giurisdizioni ordinarie³⁰. La mancata istituzione di quest’ultimo organo, e la successiva modifica degli artt. 92 e 95 della Legge fondamentale avvenuta nel 1969, ha da quel momento in poi spianato la strada all’attribuzione al BVerfG di una funzione di unico vertice della giurisdizione³¹, qualificata dalla pervasività del suo controllo sulle decisioni degli altri giudici nel quadro del suo controllo sui ricorsi diretti dei cittadini e dalla definitiva consacrazione del suo ruolo come di una *Superrevisionsinstanz*.

La “conquista” della giurisdizione da parte del BVerfG, oltre che per le ragioni istituzionali legate all’assenza di un’unica controparte, è stata resa possibile anche dalla

²⁸ BVerfGE 7, 198.

²⁹ Per un’approfondita analisi di questi tornanti e delle loro implicazioni, v. A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos’è un diritto fondamentale?*, Editoriale scientifica, 2017, 126 ss.

³⁰ R. WAHL, *Das Bundesverfassungsgericht der Gründungsphase. Entwicklungsgeschichte der Institution und der Rechtsprechung*, in F. MEINEL (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*, cit., 36 ss.

³¹ Tra le conseguenze di questa mancata attuazione si può annoverare anche l’esito, favorevole al BVerfG, del c.d. *Gutachten-Streit*, relativo ai termini di esercizio del rinvio di legittimità “incidentale”: secondo il testo originario del BVerfGG, il giudice intenzionato a sollevare una questione di legittimità in via incidentale avrebbe dovuto chiedere alla propria giurisdizione di vertice di trasmettere l’ordinanza al BVerfG. Nell’esercizio di questa funzione, le giurisdizioni superiori hanno preteso per lungo tempo di offrire un proprio parere (*Gutachten*) sulle questioni poste, contrariamente ai convincimenti fatti valere dal Tribunale di Karlsruhe. La posizione di quest’ultimo ha finito per prevalere nel momento in cui il legislatore, modificato il § 80 BVerfGG, ha in radice eliminato la funzione di filtro delle giurisdizioni superiori e, conseguentemente, garantito a ogni giudice di rivolgersi direttamente al giudice delle leggi. I termini del problema e le sue implicazioni sono state ricostruite da O. BACHOF, *Bundesverfassungsgericht und obere Bundesgerichte. Zum Streit über die Auslegung des § 80 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, in *JuristenZeitung*, 1956, 272 e, più di recente, M. BALDUS, *Frühe Machtkämpfe. Ein Versuch über die historischen Gründe der Autorität des Bundesverfassungsgerichts*, in T. HENNE, A. RIEDLINGER (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlino, 237 ss.

peculiare evoluzione che ha contrassegnato il modello tedesco di giurisdizione costituzionale volta alla tutela dei diritti fondamentali (*Grundrechtsgerichtsbarkeit*).

Le premesse di questa evoluzione poggiano su un duplice ma concorrente presupposto, in parte richiamato nelle pagine precedenti ma che merita ora di essere approfondito.

Il primo è costituito dalla costruzione di una dogmatica dei *Grundrechte* secondo la quale questi ultimi rappresentano una disciplina che abbraccia ogni aspetto della vita associata, dovendo la Legge fondamentale essere interpretata nel senso che essa non presenta lacune quanto agli ambiti di applicazione dei diritti stessi, poiché ogni ambito o attività non espressamente oggetto di disciplina deve essere ricompreso nell'art. 2 LF, che riconosce il diritto al libero sviluppo della personalità, ritenuto una vera e propria clausola residuale (*Auffanggrundrecht*)³². Ciò ha condotto ad attribuire alle norme costituzionali sui *Grundrechte* dei singoli una portata (anche) oggettiva, operando questi come direttive capaci di strutturare in profondità non solo qualsiasi momento e fase di manifestazione del pubblico potere, ma anche i rapporti tra privati, anche in considerazione del rilievo da attribuire all'art. 2 LF³³. Su questa scia, nella di poco successiva sentenza *Lüth*, la capacità conformativa dei diritti fondamentali anche nei rapporti tra i singoli è stata ulteriormente rafforzata, come si è detto, nel senso che il sistema di valori (*Werteordnung*) che da essi promana si impone come diritto immediatamente valido, e quindi vincolante per ciascun giudice, in ogni controversia giurisdizionale. L'effetto che da ciò è conseguito è, quindi, che ogni rapporto giuridico assume potenzialmente le vesti di un rapporto in cui sono in gioco diritti fondamentali, così che ogni indebita intromissione nella sfera giuridica altrui può essere potenzialmente configurata come una violazione dei rispettivi diritti fondamentali, che, come tale, deve essere rimossa dal giudice in applicazione della Legge fondamentale³⁴.

La portata sistemica di questa evoluzione è stata letteralmente dirompente, perché ha attribuito al BVerfG la competenza a intervenire, applicando le categorie del controllo di costituzionalità (a partire dal controllo di proporzionalità), anche alle controversie attinenti a rapporti orizzontali, con l'effetto di attivare, nel tempo, un processo di inarrestabile e pervasiva "costituzionalizzazione dell'ordinamento"³⁵. Un processo capace non solo di modificare in profondità i presupposti di esercizio del potere legislativo³⁶, ma di rafforzare parallelamente anche la posizione del BVerfG rispetto al

³² A partire da una sentenza capostipite come BVerfGE 6, 52 ss. (*Elfes*).

³³ Sulle implicazioni della sentenza *Elfes*, v. per tutti D. GRIMM, *Ein Blick hinter die Kulissen. Die Entstehung des Elfes-Urteils*, in ID., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., 204 ss.

³⁴ Il carattere propriamente fondativo di queste due pronunce va ravvisato nel fatto che esse avrebbero spianato la strada a una funzione di tutela dei diritti fondamentali in cui assume rilievo sia (con *Elfes*) la *soggettivizzazione del diritto oggettivo* (ogni tipo di pretesa individuale può essere rivestita nelle forme di un diritto fondamentale potenzialmente azionabile davanti al BVerfG), sia (con *Lüth*) la *oggettivizzazione del diritto soggettivo* (ogni tipologia di rapporto, anche di diritto privato, è suscettibile di essere regolata e influenzata da un bilanciamento tra diritti fondamentali): O. LEPSIUS, *Die maßstabsetzende Gewalt*, in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht*, cit., 182 ss.

³⁵ G. F. SCHUPPERT, C. BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des einfachen Rechts*, Berlino, 2000.

³⁶ Rispetto a un esito del genere, E.-W. BÖCKENFÖRDE ha paventato il rischio di un "lento scivolamento dallo stato parlamentare-legislativo nello stato giurisdizionale imperniato sul giudice di costituzionalità",

complesso della giurisdizione, perché la “quasi-onnipresenza”³⁷ dei diritti fondamentali fa fatto sì che, in linea di principio, non residui alcun ambito riservato alla giurisdizione comune che non si presti, prima o poi, ad essere sindacato da quest’ultimo³⁸.

Ma le ricadute di questo orientamento non si sarebbero probabilmente manifestate nella loro pienezza se il BVerfG non avesse avuto a disposizione lo strumento processuale preordinato a renderlo pienamente effettivo, vale a dire il ricorso individuale diretto contro le sentenze dei giudici (*Urteilsverfassungsbeschwerde*).

Manifestatosi sin dai primi anni come lo strumento maggiormente impiegato per sottoporre questioni di costituzionalità al BVerfG, esso ha finito nel corso del tempo per assorbire pressoché integralmente lo sforzo decisionale del Tribunale, se solo si pensa che la percentuale di decisioni rese sul punto rappresenta mediamente più del 95% delle decisioni complessive e che, di queste, la massima parte viene risolta e affrontata nella sede camerale, in una composizione semplificata di tre giudici i quali possono, all’unanimità, dichiarare manifestamente inammissibili o irricevibili tali ricorsi (o anche manifestamente fondati, ma è un’evenienza assai più rara a verificarsi)³⁹. Per avere un termine di paragone con gli altri procedimenti di competenza del BVerfG, può essere sufficiente osservare come la percentuale complessiva di decisioni promananti dal controllo in via incidentale (c.d. *konkrete Normenkontrolle*) è nettamente inferiore⁴⁰.

Non stupisce, alla luce di ciò, che le ricorrenti perplessità intorno allo strumento – al suo grado di pervasività e al monopolio che esso esercita rispetto al complesso delle attribuzioni del BVerfG – si alimentino anche delle modalità apertamente contraddittorie della sua introduzione, avvenuta nel 1951 in via legislativa ordinaria, come si è detto, dopo che il costituente aveva apertamente escluso l’opportunità di inserire lo strumento nella Legge fondamentale, temendo i rischi di un sovraccarico di funzioni dell’organo e la sua impropria sovrapposizione ai compiti degli altri giudici, con i connessi rischi anche di incertezza nell’applicazione della legge⁴¹. In ogni caso, a seguito della sua introduzione, il successo ottenuto dallo strumento e l’efficacia di esso nel conformare nel

nel quale la discrezionalità del legislatore è chiamata a svolgersi tutta e solo sul terreno della “concretizzazione della costituzione” (*Verfassungskonkretisierung*): *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in ID., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Berlino, 1991, 190.

³⁷ M. JESTAEDT, *Phänomen Bundesverfassungsgericht*, cit., 122.

³⁸ R. WAHL, *Lüth und die Folgen: Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung*, in T. HENNE, A. RIEDLINGER, *Das Lüth-Urteil*, cit., 371 ss.

³⁹ Secondo le statistiche disponibili nel sito del BVerfG (https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/statistik_2020_node.html), la percentuale media di ricorsi diretti individuali che giungono alla decisioni di merito si aggira intorno a poche unità percentuali (2-5%).

⁴⁰ Per gli anni 1951-2010, le decisioni complessivamente rese (in sede camerale e nei due senati) nei casi di *Beschwerde* sono pari a più del 97%, mentre quelle nei casi di giudizio incidentale ammontano a meno dell’1%. Con riguardo alle decisioni assunte nel merito dai due senati, le due percentuali sono, rispettivamente, del 72% e del 18% (i dati si ricavano dalla sezione sulle statistiche del sito del BVerfG, cfr. nota prec.).

⁴¹ Dà conto del dibattito W. LÖWER, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, cit., 1451. V. anche la ricostruzione del problema di F. SAIITO, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti fra giurisdizioni in Germania*, in G. REPETTO, F. SAIITO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, cit., 44 ss.

profondo il modo di operare del BVerfG ha spinto il legislatore di revisione costituzionale a emendare, sul punto, la Legge fondamentale, introducendo un titolo di competenza specifico nell’art. 93, n. 4a, LF.

La competenza così attribuita al BVerfG ha posto, in misura crescente nel corso degli anni, il problema di operare una qualche delimitazione funzionale del suo ruolo rispetto al resto della giurisdizione, così da evitare il rischio che questo venisse assumendo il ruolo improprio di una giurisdizione di ultima istanza. In concreto, tale rischio è stato scongiurato mediante l’elaborazione di una serie di criteri, riassumibili nella cosiddetta *Heck’sche Formel*, secondo i quali il potere di revisione (*Nachprüfung*) del BVerfG sarebbe stato esercitato unicamente in relazione alla violazione di specifiche regole di diritto costituzionale (*spezifisches Verfassungsrecht*), e dai *Grundrechte* in particolare, così escludendo dalle sue competenze le ipotesi di (semplice) violazione del diritto legislativo (*einfaches Recht*) o gli aspetti processuali o di inquadramento della fattispecie, di pertinenza delle giurisdizioni comuni di vertice⁴².

Anche in ragione della perdurante incertezza nella sistemazione di questi rapporti, ovunque rimarcata in dottrina⁴³, proprio l’*Urteilsverfassungsbeschwerde* è diventato il banco di prova di uno dei principali problemi di collocazione del BVerfG nel sistema, coincidente con la delimitazione delle sfere di intervento di quest’ultimo e del resto della giurisdizione. Un problema tanto più significativo, e su cui la riflessione della dottrina pare inesauribile, perché, pur avendo ad oggetto solamente le decisioni dei giudici, il controllo effettuato in quella sede opera indirettamente come sindacato di costituzionalità della legge, potendo incidere (in quella sede) non tanto sulla sua validità, ma sulla sua interpretazione. Applicando al giudizio sull’interpretazione, così effettuato, le consuete tecniche interpretative usate nel giudizio sulle leggi, come il *test* di proporzionalità, il bilanciamento o l’interpretazione conforme, le sentenze del BVerfG si mostrano capaci di plasmare in profondità i percorsi applicativi del resto della giurisdizione, tanto più se consideriamo che esse non sono limitate alle sole ipotesi delle controversie “verticali” (individuo/autorità), operando senza limiti significativi anche nelle controversie “orizzontali” tra privati⁴⁴.

Ci si è soffermati sull’*Urteilverfassungsbeschwerde* individuale perché, al di là del dato quantitativo, il suo concreto modo di operare ha, nei fatti, trasformato in profondità i caratteri del sindacato di costituzionalità prefigurato dal costituente, inducendo una dinamica di rafforzamento del ruolo e dell’azione del BVerfG tale da fare di esso lo strumento distintivo del modello tedesco⁴⁵. E si tratta di una specificità che spinge a qualificare quello tedesco come – pur con tutte le perplessità che possono aversi nei confronti di modellistiche ormai inadeguate – un terzo modello rispetto a quello

⁴² D. GRIMM, *Probleme einer eingenständigen*, cit., 289 nonché, per ulteriori e ampi riferimenti, F. SAIITO, *Il ricorso individuale diretto*, cit., 69 s., il quale giustamente rimarca “la costante incertezza che avrebbe connotato la giurisprudenza costituzionale in proposito” nel periodo successivo.

⁴³ E.-W. BÖCKENFÖRDE ha parlato, a riguardo, di un “Arkanum des Gerichts”, in *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung, 1990, 33.

⁴⁴ Insiste su questo aspetto, da ultimo, J. MASING, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 1003.

⁴⁵ M. JESTAEDT, *Phänomen Bundesverfassungsgericht*, cit., 113 osserva che: “Die Urteilverfassungsbeschwerde bildet daher ein – wenn nicht das – specificum des deutschen Weges in puncto Verfassungsgerichtsbarkeit”.

statunitense e austriaco, caratterizzato da una sintesi e una fusione tra i punti di forza dell'uno e dell'altro. Del primo, infatti, ha finito per assorbire il carattere di un controllo via via più integrato nell'esercizio della giurisdizione, della quale si pone al vertice, seppure nella consapevolezza (sempre meno convinta) di una specificità funzionale del suo ruolo. Del modello austriaco, il BVerfG tiene fermi i caratteri del controllo accentrato e dell'istituzione deputata allo svolgimento di un controllo *ad hoc*.

Come si può facilmente comprendere, i limiti derivanti da una delle due caratterizzazioni antagoniste viene compensata dagli elementi di forza propri dell'altra. Così, l'isolamento del modello austriaco dal resto della giurisdizione è compensato dall'integrazione delle pronunce del BVerfG rispetto all'ordinario esercizio della giurisdizione⁴⁶. Specularmente, il rischio della perdita del plusvalore politico proprio del modello americano, derivante dall'appartenenza della Corte suprema a un potere tra gli altri, è risolto dalla natura di organo costituzionale del BVerfG e dalla panoplia di attribuzioni che gli consentono di operare anche come unico arbitro dei conflitti tra gli altri poteri, in veste di unico legittimo interprete dei contenuti della Legge fondamentale⁴⁷.

4. Al fondo della centralità del BVerfG: una certa idea della prescrittività costituzionale e il ruolo della dogmatica

Alla base dell'affermazione del BVerfG e del consolidamento del modello tedesco di giustizia costituzionale vi sono, tuttavia, ragioni più profonde che precedono la sistemazione degli aspetti processuali e istituzionali di cui si è rapidamente dato conto, e che affondano le proprie radici in variabili di carattere culturale, attinenti al valore centrale rivestito dalla dogmatica giuridica e, più in generale, alla tradizione tedesca, portata a depoliticizzare i conflitti costituzionali e a inquadrarli come problemi di diritto costituzionale.

Al fondo della originaria connotazione del *Rechtsstaat*, sviluppatasi in Germania dalla metà del diciannovesimo secolo, vi era l'idea per cui la limitazione del potere dovesse avvenire primariamente per effetto di una rigida ed esaustiva caratterizzazione e funzionalizzazione dei compiti dello Stato in vista della garanzia degli spazi di libertà del cittadino, all'interno della quale il concetto di legge smarrisce sin da subito il suo contatto con la fonte della legittimazione popolare, per assumere piuttosto le vesti di cornice entro la quale si dispiega la funzione di garanzia della libertà del singolo rispetto all'agire dell'amministrazione, presidiata per sua natura dal controllo giurisdizionale realizzato

⁴⁶ Accanto a questo elemento, e forse anche prima di esso, si può rimarcare la lontananza del sistema tedesco dal modello kelseniano in ragione del fatto che, in quest'ultimo, “la sottolineatura del legame fra giustizia costituzionale e democrazia è essenzialmente interna al funzionamento del parlamentarismo” (così P. RIDOLA, *Costituzione e potere politico nella democrazia di massa: tra Machtstaat e politische Legitimation*, in *Stato e costituzione in Germania*, Torino, 2016, 110).

⁴⁷ Nella diagnosi critica di J. ISENSEE, *Bundesverfassungsgericht – quo vadis?*, cit., 1086, il punto si traduce nella constatazione secondo cui il BVerfG “non ha da temere alcuna controparte istituzionale” (“Das BVerfG aber fürchtet keinen staatsorganisatorischen Widerpart”).

mediante categorie certe e prevedibili⁴⁸. In questo schema teorico, i diritti fondamentali (*Grundrechte*) rivestono un’importanza centrale per il fatto di porsi come istanza originariamente antagonista rispetto alla decisione politica del legislatore e come matrice tendenzialmente esclusiva della normatività costituzionale. Se questa si traducesse nell’indicare al legislatore le direttive della sua azione e nell’affidargli la funzione di provvedere autonomamente all’attuazione dei diritti fondamentali, pur con i limiti del controllo di costituzionalità, si tratterebbe di una normatività dimidiata, perché – analogamente a quello che pensavano i giuristi dell’età liberale rispetto ai contorni essenziali del *Rechtsstaat* imperniato sulla funzione garantistica della legge – “quando una norma dello Stato è emanata, essa deve *sempre e comunque* essere applicata, in primo luogo proprio dai giudici”⁴⁹.

Contrariamente all’idea per cui la normatività costituzionale si esprime primariamente nel processo politico-rappresentativo, che veicola la legittimazione popolare nella forma della decisione legislativa e in quella sede dà propriamente corpo ai diritti fondamentali contenuti nella costituzione, nell’esperienza tedesca – con l’evidente eccezione del periodo weimariano – quella medesima normatività richiede di essere quanto più possibile sottratta all’attuazione legislativa, dispiegandosi nella sua interezza solo nel momento dell’applicazione giudiziaria, con le forme e i limiti predisposti dalla scienza giuridica e dal suo linguaggio proprio, costituito dalla dogmatica giuridica⁵⁰.

Nel contesto creato dalla Legge fondamentale, l’appello alla preservazione del *Rechtsstaat* così inteso ha potuto trovare terreno fertile nell’esigenza di contrastare il potere delle maggioranze politiche e di evitare, così, il ripetersi della barbarie nazista, che proprio sulla visione sostanzialistica di un diritto “senza forme”, affidato al sentire della maggioranza, aveva saputo far leva per abbattere le esili garanzie previste dalla Costituzione di Weimar⁵¹.

Questo dato di fondo, riscontrabile specificamente nella storia e nell’esperienza costituzionale tedesca, ha un enorme rilievo per comprendere l’affermazione e le trasformazioni del ruolo del BVerfG.

Se infatti è vero che la prescrittività costituzionale, anche nel modello edificato dalla Legge fondamentale, richiede che al legislatore residui un necessario spazio per l’esercizio della sua discrezionalità e che le norme costituzionali, incluse quelle sui diritti fondamentali, non vengano intese come suscettibili solamente di un’attuazione vincolata

⁴⁸ Sull’evoluzione del *Rechtsstaat* v. le magistrali pagine di E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in Id., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgechichte*, Berlino, 1991, 143 ss. nelle quali, pur nel variare delle epoche e dei termini essenziali di impiego della categoria dello stato di diritto (che ha visto mutare i suoi referenti, nel tempo, dall’accezione liberale del *Konstitutionalismus* alle torsioni statualistiche della dottrina labandiana, sino alle connotazioni sociali del periodo weimariano), permane il tratto originario di un concetto che mostra sempre una finalizzazione alla tutela della libertà del singolo, ma non necessariamente una tendenza democratica (“[d]er Rechtsstaatsbegriff hat eine freiheitliche, aber nicht unbedingt eine demokratische Tendenz”, 148).

⁴⁹ Così M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, Torino, 2021, 117.

⁵⁰ Secondo le efficaci parole di J. MASING, “[d]as Leben der Verfassung stellt sich als Rechtsanwendung dar, ihre Hüter sind letztlich Juristen. Hierin liegt historisch ein grundlegend neues Verständnis” (*Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 991).

⁵¹ J. MASING, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 1033.

dalle direttive del giudice delle leggi⁵², resta il fatto che quest’ultimo ha sempre preteso di stabilire il confine lungo il quale correva la linea di demarcazione tra le sue funzioni e quelle del legislatore, oltre che del resto della giurisdizione⁵³. In un testo costituzionale come la Legge fondamentale, caratterizzato da una prescrittività rivolta immediatamente all’attuazione giurisdizionale e contrassegnata – soprattutto nelle disposizioni sui diritti fondamentali – da clausole formulate in termini assai elastici, ogni “interpretazione concretizzante” delle norme costituzionali finisce inevitabilmente per limitare lo spazio d’azione del legislatore e per restringere il perimetro dell’interpretazione dei giudici comuni, sottoponendo l’operato di entrambi al controllo del BVerfG⁵⁴, così nella sostanza funzionalizzandolo al rispetto dei diritti fondamentali per come da esso interpretati⁵⁵.

I dati di fondo costituiti dalla peculiare prescrittività costituzionale e dall’affidamento al BVerfG del compito di stabilire autonomamente, in ultima istanza, i presupposti di esercizio dei suoi poteri e delle sue funzioni, hanno trovato un punto di convergenza nel rilievo affidato alla dogmatica come principale veicolo di espressione del BVerfG e come modalità per convalidare gli esiti delle sue decisioni.

Per uno studioso straniero, e italiano in particolare, non può non destare impressione l’elevato spessore teorico delle decisioni del BVerfG, in cui il dialogo del Tribunale con la dottrina appare particolarmente serrato, al punto che intensi e frequenti sono i rimandi che questa effettua alle posizioni della scienza giuridica, in particolare – ma non solo – del diritto costituzionale. Questo elemento ha prodotto, col tempo, una progressiva occupazione, nella scienza e nella dogmatica del diritto costituzionale, del lessico e delle posizioni avanzate dal BVerfG, col connesso rischio, paventato da più di uno studioso, che l’autonomia di quella ricca e secolare tradizione culturale finisse per ridursi in una mera esegesi della giurisprudenza costituzionale, in un *Bundesverfassungsgerichtspositivismus*⁵⁶.

⁵² C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß*, in H. DREIER, P. BADURA (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, 2001, Band I, 7, anche con rinvio a P. LERCHE, *Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?*, in J. BURMEISTER (Hrsg.), *Verfassungstaatllichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, Monaco, 1997, 197 ss.

⁵³ O. JOUANJAN, *Demokratietheorie als Verfassungslehre*, in *Der Staat*, 2019, 223 ss.

⁵⁴ H. SCHULZE-FIELITZ, *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists. Zur Metadogmatik der Verfassungsinterpretation*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1997, 14. Di un Tribunale che, come Atlante, vuole “caricarsi l’intero mondo giuridico sulle sue spalle” ha scritto, criticamente, J. ISENSEE, *Bundesverfassungsgericht – quo vadis?*, cit., 1091.

⁵⁵ Proprio sui limiti da opporre a questa funzionalizzazione si era interrogato, a suo tempo, K. HESSE, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Recht als Prozeß und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berna, 1981, 261 ss., ma non risulta che quella lettura, volta a codificare uno spazio di *self restraint* per il BVerfG, abbia trovato un qualche riscontro nella giurisprudenza: v. già le ragioni di perplessità di G. F. SCHUPPERT, *Self-restraints der Rechtsprechung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1988, 261.

⁵⁶ L’espressione si deve a B. SCHLINK, *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Der Staat*, 1989, 161 ss. Del resto, già Rudolf Smend, celebrando i primi dieci anni di attività del Tribunale, aveva affermato che la Legge fondamentale sarebbe stata quello che ne avrebbe deciso il BVerfG, e la dottrina ne avrebbe tratto le inevitabili conseguenze: R. SMEND, *Das Bundesverfassungsgericht* (1962), in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 4. Aufl., Berlino, 2010, 582: “Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne”.

Costituisce, effettivamente, un dato indiscutibile che, attualmente, ogni discussione scientifica su temi di rilevanza centrale per il dibattito costituzionalistico – dai diritti fondamentali alla forma di governo, dai metodi interpretativi al principio di proporzionalità, dall’interpretazione conforme ai rapporti col diritto dell’Unione europea – non possa fare altro che muoversi sulla falsariga di quanto, sul punto, ha affermato, in una giurisprudenza ormai alluvionale, il Tribunale di Karlsruhe.

Si comprendono quindi le ragioni per cui si sia arrivati a parlare di quest’ultimo come di un “oracolo costituzionale” (*Verfassungsurakel*), che per molti ha finito per diventare un sostituto teorico dell’intero diritto costituzionale⁵⁷, mentre per alcuni una differenziazione funzionale andrebbe ancora oggi tenuta ferma nelle diverse prospettive di fondo rappresentate dalla funzione conoscitiva e di quella propriamente decisionale, siccome invariabilmente connessa al caso da decidere⁵⁸.

Al di là di questo aspetto, resta il fatto che la rivendicazione del BVerfG di gestire “in solitudine” la pretesa di valore della Legge fondamentale, affidandone l’efficacia in concreto a costruzioni dogmatiche elaborate in stretto dialogo con la dottrina, testimonia un aspetto qualificante del suo operato, che sin da primi anni della Repubblica federale un decano quale Rudolf Smend aveva saputo identificare prima di altri. A suo dire, dopo il fallimento dell’esperienza weimariana e l’esperienza totalitaria, la ricostituzione dei fondamenti della convivenza civile sarebbe dovuta passare attraverso un processo di integrazione dei nuovi valori contenuti nella Legge fondamentale nella vita della collettività, senza che a ciò potessero contribuire gli attori politici, privi della legittimazione derivante dall’essere stati protagonisti dell’opposizione al nazismo⁵⁹. In questo quadro, un simile compito di integrazione sarebbe dovuto spettare in primo luogo al Tribunale costituzionale, perché proprio attraverso la funzione di garanzia prestata dalla *Beschwerde* individuale il cittadino avrebbe avuto la percezione di non essere “un granello di polvere in una società di massa, ma una persona che vede tutelati singolarmente i suoi diritti fondamentali come espressione della sua dignità”⁶⁰.

5. Le difficoltà di conciliare il diritto con la politica. Quattro casi esemplari

Quanto si è detto finora ha messo in evidenza quello che è, al tempo stesso, l’elemento di forza e di intrinseca debolezza della posizione del BVerfG, consistente nel suo operare secondo due logiche istituzionali diverse, se non apertamente contrapposte.

⁵⁷ M. JESTAEDT, *Phänomen Bundesverfassungsgericht*, cit., 127.

⁵⁸ D. GRIMM, *Verfassungsgrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft*, in ID., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., 270 ss.

⁵⁹ C. SCHÖNBERGER, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht*, cit., 43.

⁶⁰ R. SMEND, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 587. Sull’eredità della riflessione smendiana sul punto v., tra i molti, H. DREIER, *Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Grundrechtsdemokratie*, in F. HUFEN Hrsg.), *Verfassungen. Zwischen Recht und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans-Peter Schneider*, Baden-Baden, 2008, 86 ss. Critico nei confronti dell’utilizzo della categoria dell’integrazione per comprendere ruolo e funzioni del BVerfG è C. MÖLLERS, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht*, cit., 299.

Da un lato, nel momento in cui opera come giudice, si muove nel contesto della giurisdizione, e da essa trae codici, forme e aspettative di prestazione. Dall'altro lato, all'atto di operare come organo costituzionale, si muove nel contesto del confronto politico con gli altri organi della forma di governo, e afferma la sua posizione nel momento in cui impone agli attori politici un determinato significato ricavabile dalla costituzione.

Come è stato felicemente osservato, questa contraddizione può essere risolta in modo virtuoso o in modo negativo. Nel migliore dei casi, questo doppio registro può andare a vantaggio sia del linguaggio della politica che di quello della giurisdizione, per il fatto di ricondurre la prima a una qualche ragione di ordine giuridico e di innestare nel tronco della giurisdizione un meccanismo in grado di introdurre significati che trascendono le prassi interpretative ordinarie. Ma la contraddizione può anche manifestarsi producendo un doppio risultato negativo, che è quello di irrigidire la politica mediante una codificazione troppo stringente dei suoi presupposti di esercizio e di privare l'esercizio della giurisdizione della sua ordinaria razionalità⁶¹.

Nella fase più recente, la mole crescente di critiche che ha investito il BVerfG ha rilevato, da più punti di vista, la crescente insostenibilità del suo tentativo di conciliare la sua doppia natura, criticando, in particolare, gli eccessi derivanti tanto da un continuo e pervasivo condizionamento dello spazio della decisione politica, quanto da una progressiva e inarrestabile alterazione delle forme di esercizio della giurisdizione. Nelle forme e nei contenuti delle sue decisioni, nel rilevato attivismo e interventismo del suo operare rispetto ai più svariati fronti della vita politica, istituzionale e giurisdizionale si sottolinea, con un'intensità critica cresciuta negli ultimi anni, la sua difficoltà di mantenere in equilibrio i poli del diritto e della politica come sfere sì connesse quanto ai valori da preservare, ma funzionalmente distinte quanto alle forme e alle modalità di assunzione delle rispettive decisioni⁶².

Alcune decisioni assunte negli ultimi anni possono ritenersi emblematiche delle crescenti difficoltà incontrate dal BVerfG nell'operare una sintesi nel senso di cui si è detto.

Il punto di partenza non può che essere quello della sentenza del 5 maggio 2020 sul programma d'acquisto dei fondi del settore pubblico da parte della Banca centrale europea (*Public Sector Purchase Program* – PSPP) con cui per la prima volta il BVerfG è giunto a dichiarare *ultra vires* un atto emanante da un'istituzione europea, quale il programma d'acquisto straordinario messo in campo dalla BCE e, indirettamente ma ancor più significativamente, la decisione con cui la Corte di giustizia dell'UE aveva ritenuto, come noto, conforme al riparto di competenze questo programma e rispettoso del principio di proporzionalità⁶³. Nella mole sterminata di commenti ricevuti da questa pronuncia epocale, può essere sufficiente rimarcare due aspetti in apparenza laterali, ma che sono stati presi ad esempio dell'ormai insostenibile approccio interventista del

⁶¹ C. SCHÖNBERGER, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, cit., 52.

⁶² C. MÖLLERS, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht*, cit., 311.

⁶³ 2 BvR 859/15 (PSPP). Il riferimento nel testo, ovviamente, è alla sentenza della Corte di giustizia UE dell'11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss*.

BVerfG, oltre che della strumentalizzazione dell'apparato dogmatico che essa si è andata costruendo nel corso degli anni.

Al di là del merito della decisione, merita attenzione la circostanza che, anche in tale occasione, il controllo del Tribunale è attivato per il tramite di un ricorso individuale diretto volto a contestare l'omissione del controllo, ad opera del *Bundestag* e del Governo, sulla conformità della decisione della BCE ai requisiti fissati dal BVerfG stesso in relazione alla natura *ultra vires* degli atti dell'UE e, in particolare, alla loro incidenza sull'identità costituzionale. Il punto che vale la pena sottolineare è che la legittimazione a promuovere il ricorso diretto è fondata, nel caso di specie come nei precedenti, sull'attribuzione al singolo cittadino di un "diritto fondamentale alla democrazia" (*Grundrecht auf Demokratie*) che, ricavato dal diritto di voto di cui all'art. 38 LF, attribuisce a ciascuno (*jedermann*) la possibilità di impugnare di fronte al BVerfG qualsiasi atto dell'Unione europea in quanto lesivo delle forme e dei limiti di esercizio del principio democratico stabiliti dalla Legge fondamentale. Secondo la formulazione contenuta nella sentenza stessa (al par. 98):

Il diritto di voto per il Bundestag tedesco garantito ai cittadini dall'art. 38 comma 1 frase 1 GG non si limita a una legittimazione formale del potere statale (federale) (1.). Il diritto dei cittadini all'autodeterminazione democratica si applica anche all'integrazione europea (2.) e li tutela, nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 23, paragrafo 1, della Legge fondamentale, contro le violazioni evidenti e strutturalmente significative delle competenze da parte di istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione europea (3.) e contro tali misure che superano i limiti dei principi dell'articolo 1 o dell'articolo 20 della Legge fondamentale, che sono dichiarati inviolabili dall'articolo 79, paragrafo 3, della Legge fondamentale (4.).

Come già nel *Lissabon-Urteil*, il BVerfG forgia un diritto fondamentale del singolo a rivendicare il mantenimento e la conservazione della statualità⁶⁴, da brandire ogni qualvolta i Trattati vengano modificati o, in ogni caso, vengano assunte decisioni politiche fondamentali a livello sovranazionale, senza che quella costruzione consenta di prestare un'adeguata considerazione alle trasformazioni che in quella sede sono intervenute, a partire – in quel caso – dalla decisione degli Stati membri di rafforzare i compiti di stabilizzazione dei debiti pubblici affidati alla BCE⁶⁵. A ciò si aggiunga che l'attribuzione al singolo di un "diritto fondamentale alla democrazia", incentrato sull'art. 38 LF nel senso che si è detto, riproduce e aggrava quel processo di *soggettivazione della tutela oggettiva* che è al fondo del meccanismo della *Beschwerde*, che finisce per sovrarappresentare i singoli ricorrenti e le loro pretese⁶⁶ e, lungo questa via, per aumentare

⁶⁴ M. NETTESHEIM, *Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon Entscheidung des BVerfG*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, 2869.

⁶⁵ A. KULICK, J. J. VASEL, *Das konservative Gericht. Ein Essay zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts*, Tubinga, 195.

⁶⁶ C. MÖLLERS, *Legalität, Legitimität, Legitimation*, cit., 319. Approfondisce questo aspetto come un carattere strutturale del rimedio F. SAIITO, *Il ricorso individuale diretto*, cit., 63.

i rischi di politicizzazione derivanti dal fatto che il Tribunale si erge a garante dei diritti dei cittadini contro le decisioni (o le omissioni) del legislatore⁶⁷.

A fondamento della decisione, peraltro, come delle altre pronunce in cui il BVerfG aveva attivato il meccanismo dei controlli *ultra vires*, è facile rinvenire anche una mentalità tutoria, rivolta questa volta nei confronti della Corte di giustizia e delle altre istituzioni europee: come se, in altre parole, queste fossero chiamate a risentire del (se non, evidentemente, a sottostare al) controllo operato dal Tribunale di Karlsruhe quanto alla corretta ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri⁶⁸. Anche alla base di questo orientamento si può ravvisare la ripetuta e ostentata valorizzazione di uno strumento dogmatico rivolto all'inquadramento degli effetti prodotti dal diritto sovranazionale nel diritto interno, i quali richiedono di essere convalidati da un “ordine interno di applicazione” (*nationaler Rechtsanwendungsbefehl*). I limiti all'integrazione europea costruiti nel corso del tempo, e soprattutto a partire dalla sentenza *Maastricht*, riposano in ultima istanza anche sulla costruzione dogmatica secondo cui il fondamento dell'efficacia del diritto sovranazionale risiede nella legge di autorizzazione alla ratifica dei Trattati, dalla quale si ricavano anche i limiti al trasferimento dei poteri sovrani (*Hoheitsrechte*) nonché, in ultima istanza, i termini di efficacia del diritto dell'Unione⁶⁹. Questa costruzione, alla quale il BVerfG si attiene fedelmente, sconfessa tuttavia un carattere originario del diritto dell'Unione, vale a dire la capacità autonoma dei Trattati, come interpretati dalla Corte di giustizia, di produrre *autonomamente* effetti diretti nell'ordinamento degli Stati membri, senza alcuna necessaria mediazione costituita dalla volontà politica affidata alla legge di esecuzione, la cui funzione non può essere quella di mediare l'efficacia del diritto dell'UE, affidandone le sorti al custode della costituzione (nel nostro caso: il BVerfG)⁷⁰.

Un'altra decisione al centro della discussione è stata quella con cui, nell'aprile del 2021, il BVerfG ha dichiarato l'incostituzionalità della legge federale sulla riduzione delle emissioni inquinanti, nella parte in cui non ha anticipato al 2030 il raggiungimento degli obiettivi previsti⁷¹. Dal punto di vista che qui interessa, la decisione – che ha suscitato reazioni di segno del tutto contrario a quella PSPP, largamente e duramente criticata – si caratterizza per un approccio del tutto innovativo, se non apertamente rivoluzionario, al tema della tutela delle generazioni future. L'accoglimento delle questioni muove, infatti, nuovamente da un ricorso individuale diretto, che il BVerfG ha ritenuto fondato per il fatto che la riduzione degli *standard* di tutela ambientale, a fronte dei gravi fattori di rischio promananti dal riscaldamento globale, è suscettibile di incidere sulla *generalità dei diritti fondamentali*. Anche in questa vicenda, a meritare attenzione è

⁶⁷ In questo senso, del resto, l'esplicita presa di posizione dell'allora Presidente del BVerfG e membro del secondo senato, ANDREAS VOBKUHLE, *Erfolg ist eher kalt*, in *Die Zeit*, 14 maggio 2020.

⁶⁸ Un quadro del genere emerge con grande chiarezza, da ultimo, in P. M. HUBER, *Der Gerichtshof der Europäischen Union und das Bundesverfassungsgericht als Hüter der unionalen Kompetenzordnung*, Berlino, 2023.

⁶⁹ BVerfGE 73, 339 (375); 75, 223 (244); 99, 145 (158); 2 BvE 2/08, 333 ss. (*Lissabon*).

⁷⁰ Una lettura critica nei confronti di tale costruzione è venuta, da ultimo, da C. D. CLASSEN, *Der nationale Rechtsanwendungsbefehl für das Unionsrecht – eine dogmatische verfehlte Kontruktion mit praktisch verfehlten Konsequenzen*, in *Europarecht*, 2023, 4 ss.

⁷¹ 1 BvR 2656/18 (*Klimaschutz*).

la circostanza che il Tribunale ha, ancora una volta, valorizzato la componente *individuale* della spettanza del diritto fondamentale a fronte di un percorso che avrebbe potuto mettere in evidenza l’obbligo delle autorità di salvaguardare il principio *oggettivo* della tutela ambientale, consacrato nell’art. 20a della Legge fondamentale, eventualmente come risvolto dell’obbligo di protezione (*Schutzpflicht*) del diritto fondamentale dei singoli. Come sottolineato in dottrina, ciò ha fatto sì che il rispetto di un principio di struttura dell’ordinamento costituzionale, affidato primariamente alle cure del legislatore, sia stato tramutato in un (nuovo) diritto fondamentale di non ingerenza sulla libertà del singolo, di cui il BVerfG si pone a garanzia⁷².

Sul fronte dell’efficacia diretta dei diritti fondamentali, ad alimentare un’accesa discussione è stata, sempre di recente, una decisione con cui il BVerfG è stato chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità con il principio di uguaglianza di una disciplina privata adottata dalle associazioni di categoria delle squadre calcistiche, mediante la quale si impedisce l’accesso allo stadio a tifosi che si rendano responsabili di atti di violenza⁷³. La decisione, adottata anch’essa sulla base di un ricorso individuale diretto, si pone sulla scia dell’orientamento consolidato e di cui si è dato conto, secondo cui i diritti fondamentali vincolano anche i privati nei rapporti orizzontali, poiché sono dotati di un’”efficacia di irradiazione” tale da imporsi al di là dei rapporti puramente verticali tra individuo e autorità.

Nel caso di specie, a destare il maggiore interesse è la circostanza che il Tribunale, pur avendo respinto il ricorso a causa del carattere non apertamente discriminatorio del divieto alla luce del carattere mediato dell’efficacia orizzontale (*mittelbare Drittwirkung*), ha offerto una sistemazione particolarmente approfondita degli obblighi gravanti sui soggetti privati quali soggetti obbligati al rispetto dei diritti fondamentali (*Grundrechtspflichten*), stabilendo anche la necessità che, nel caso di specie, tali provvedimenti siano adottati a seguito dell’instaurazione di un procedimento paragiurisdizionale, che garantisca il diritto del tifoso ad essere ascoltato. Tale è il livello di dettaglio della sistemazione operata dalla pronuncia, che l’attribuzione delle posizioni di vantaggio e di svantaggio, all’esito del giudizio di proporzionalità, mostra una volta di più l’esercizio di una funzione propriamente sostitutiva nei confronti del legislatore, tenuto conto che tutto questo complesso bilanciamento si svolge su una normativa privata, senza alcuna intermediazione da parte del legislatore, con l’effetto di attribuire portata generale alle risultanze di un caso concreto⁷⁴. In un caso del genere, il sospetto gravante sul Tribunale è, quindi, di aver nuovamente trasceso i limiti del suo potere, per avere conferito efficacia generale a una situazione dotata di una valenza meramente privatistica,

⁷² “Auf diese Weise wird eine Schutzpflicht in ein Abwehrrecht umgedeutet”: C. CALLIESS, *Das “Klimaurteil” des BVerfG: Subjektivierung des Art. 20a GG?*, in *Zeitschrift für Umweltrecht*, 2021, 357. Analogamente, C. MÖLLERS, N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *JuristenZeitung*, 2021, 1069 ss.

⁷³ 1 BvR 3080/09 (*Stadionverbot*).

⁷⁴ A. KULICK, J. J. VASEL, *Das konservative Gericht*, cit., 211. Secondo un’ottica speculare, ma convergente, altri hanno criticato l’impropria funzione di sostituzione che la decisione del BVerfG avrebbe prodotto rispetto all’autonoma autodeterminazione dei soggetti privati coinvolti: K.-H. LADEUR, *BVerfG und Privatrecht: Das Exempel der Stadionverbotsentscheidung*, in Id., *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise? Deutschland, Europa, Nord- und Südamerika*, Tubinga, 160 ss.

con l’effetto – di segno inverso a quello rilevato nei casi precedenti – di una *oggettivizzazione della tutela soggettiva*.

Un quarto caso può essere segnalato, da ultimo, a riprova dell’estensione dell’ambito oggettivo del sindacato del BVerfG e della sua capacità di penetrazione in ambiti connessi ai poteri degli organi costituzionali nella forma di governo.

Con una decisione del 15 giugno 2022, il BVerfG è stato chiamato a decidere della legittimità costituzionale di una dichiarazione resa alla stampa da Angela Merkel nella quale, in occasione di una visita ufficiale in Sudafrica, rilevava l’inopportunità che il partito da lei presieduto, la CDU, stringesse un’alleanza di coalizione con il partito della destra populista dell’AfD a seguito delle elezioni nel *Land* della Turingia, che non avevano restituito una chiara e univoca maggioranza.

Il giudizio ha condotto all’accoglimento del ricorso presentato dal gruppo parlamentare dell’AfD contro il Governo nell’ambito di un conflitto tra organi (*Organstreitverfahren*), poiché una simile dichiarazione si è posta in contrasto con l’obbligo di neutralità gravante sugli organi costituzionali (compreso il Governo), che si traduce nella necessità di assicurare parità di *chances* a tutte le forze politiche nel concorrere nell’agone politico nazionale. Operando uno scrutinio particolarmente stretto sui presupposti e i confini del potere di dichiarazione del cancelliere, il BVerfG ha rilevato come, in quel caso, un intervento del genere non fosse giustificato alla luce dei requisiti che devono avere i suoi interventi, in quanto necessariamente finalizzati a garantire la stabilità del governo, a tutelare la reputazione internazionale della Germania, ovvero a divulgare nelle forme adeguate l’attività del Governo.

In un caso del genere, pur riprendendo alcuni precedenti sul punto⁷⁵, l’effetto assolutamente eclatante della decisione non è stato solo quello di aver preteso di sindacare l’esercizio di un potere informale come quello di comunicazione del Cancelliere federale, giungendo addirittura a dichiararlo incostituzionale. Come è stato notato, il carattere emblematico della pronuncia sta nell’aver consacrato una trasposizione del principio di neutralità quale requisito che dovrebbe contraddistinguere l’agire amministrativo degli organi di governo alla sfera della massima politicità, quale quella rivolta a dare indicazioni sulla formazione delle alleanze politiche. In questo modo, il già rilevato effetto di sostituzione dell’operato del BVerfG a quello degli organi politici assume contorni di sempre più difficile sistemazione, perché a venirne radicalmente sacrificato è il potere di indirizzo che deriva al Governo dal raccordo con la sua maggioranza, compreso nelle maglie regolative del principio di neutralità laddove esso richiederebbe un esercizio conseguente al carattere politicamente orientato del rapporto di fiducia. Le conseguenze ultime, stigmatizzate dalla dottrina, sono significative: mentre il Tribunale, con riguardo alla sua giurisprudenza relativa ai limiti dell’UE, fonda i suoi poteri di intervento sulla necessità di rispettare il principio di maggioranza come correlato della democrazia, e su questa premessa costruisce un’*actio popularis* contro la supremazia del diritto UE, esso si mostra assai meno sensibile a farsi carico delle conseguenze che

⁷⁵ La decisione, infatti, si inserisce all’interno di una serie di precedenti sul punto, ricostruiti nel dettaglio da S. FILIPPI, *Il concetto di neutralità del governo negli ordinamenti tedesco e italiano. Spunti ricostruttivi, tra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Oss. cost.*, 2021, 47 ss.

dall’esercizio dei poteri della maggioranza si producono a livello interno, sul piano ordinario di funzionamento della democrazia parlamentare⁷⁶.

6. Tra eccessi di tutela, sconfinamenti e spoliticizzazione. Le critiche all’operato del BVerfG nel periodo più recente

I commenti ai casi rapidamente affrontati nel paragrafo precedente segnalano una condizione di progressiva e crescente insofferenza nei confronti dell’eccesso di protagonismo del BVerfG, che ha prodotto negli ultimi anni una serie di riflessioni sempre più critiche riguardo agli effetti complessivamente distorsivi prodotti dalla sua giurisprudenza sulle prassi interpretative dei giudici, sulle dinamiche della forma di governo e, più in generale, sull’eccesso di normativizzazione costituzionale che essa alimenta.

Secondo un primo filone critico, il ricorso sempre più frequente a usi “totalizzanti” dell’interpretazione costituzionale, quali quelli sottesi alla lettura per cui il sistema dei diritti fondamentali opera come “ordinamento di valori” oggettivo⁷⁷, ha prodotto effetti negativi sia sull’eccesso di uniformizzazione dei metodi interpretativi, oggi interamente presidiati dal BVerfG, sia sulla progressiva trasformazione delle decisioni dei giudici come referente privilegiato, nell’individuazione del diritto da applicare, rispetto alla stessa decisione legislativa⁷⁸. Riprendendo e approfondendo una prospettiva critica inaugurata da una serie di fondamentali saggi di Böckenförde⁷⁹, l’auspicio di queste posizioni è di un ritorno all’interpretazione dei diritti fondamentali come diritti a (prevalente) valenza negativa (*Abwehrrechte*), nella quale la limitazione della loro sfera di operatività si traduce in un più elevato potenziale di differenziazione dei metodi seguiti nelle varie branche del diritto e, più in prospettiva, in una riespansione della sfera di decisione del legislatore, in grado di tornare a una “ripoliticizzazione” di ambiti oggi eccessivamente giuridificati, come il diritto civile o il diritto del lavoro⁸⁰.

In una prospettiva diversa ma convergente, questi motivi critici vengono utilizzati per evidenziare il conservatorismo metodologico del BVerfG, in cui la costruzione e l’uso di molte delle categorie dogmatiche di cui si è discusso nelle pagine precedenti nascondono, al fondo, una strategia politica di carattere conservativo (anche se non necessariamente conservatore). Una strategia prettamente tedesca, volta a inquadrare tanto i diritti fondamentali quanto l’esercizio democratico del potere a partire da una

⁷⁶ F. MEINEL, *The Merkel Court: Judicial Populism since the Lisbon Treaty*, in *European Constitutional Law Review*, 2023, 22.

⁷⁷ Di recente, si è sostenuto come proprio la sentenza *Lüth* presenti i caratteri di una decisione propriamente “costituente”: S. MÜLLER-MALL, *Verfassende Urteile. Eine Theorie des Rechts*, Berlino, 2023, 62.

⁷⁸ Emblematico di questa lettura è il volume di B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, 2. Aufl., Tubinga, 2016, 29 ss.

⁷⁹ In part. *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation e Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, entrambi in Id., *Staat, Verfassungs, Demokratie*, cit., 115 ss. e 159 ss.

⁸⁰ B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution*, cit.

visione totalizzante della dimensione collettiva, in cui la forza di resistenza delle categorie della dogmatica equivale a mantenere ostinatamente ferma la centralità delle funzioni dello Stato⁸¹.

Un tentativo, quest’ultimo, secondo altri irrimediabilmente destinato al fallimento, perché intimamente contraddittorio rispetto alla perdita di punti di riferimento indotta dalle trasformazioni della statualità e, ancora prima, della perdita di centralità dei partiti politici, il cui effetto di lungo periodo starebbe nel privare i metodi di interpretazione delle categorie costituzionali del sostrato rappresentato dalle grandi agenzie collettive (partiti, sindacati, confessioni religiose) e dalla riduzione dei compiti del Tribunale alla risoluzione di controversie tra attori privati⁸².

A un livello di critica ancora più profondo e radicale, già da tempo si è messo in luce come la piena occupazione da parte della giurisdizione di ogni spazio di esercizio della discrezionalità politica, unita a una moralizzazione indotta dall’interpretazione di formule costituzionali vaghe e indeterminate come, più di altre, la dignità umana, ha favorito un disseccamento della responsabilità politica e l’emergere della giurisdizione come una coscienza profonda della nazione, un “super-io collettivo” cui affidare, in ultima istanza, i riferimenti di valore ultimi della convivenza sociale e politica⁸³.

Non meno intensi e serrati sono stati i motivi di critica nei confronti delle ricadute della giurisprudenza costituzionale sulle modalità di funzionamento della forma di governo e, in particolare, sulla conformazione della democrazia parlamentare.

Valorizzando la portata e le implicazioni di alcuni dei casi discussi nelle pagine precedenti (dalla giurisprudenza europea successiva al *Lissabon Urteil* sino al sindacato sulle dichiarazioni di Angela Merkel sulle elezioni in Turingia), è stato sottolineato, nel decennio successivo al 2009, un mutato atteggiamento del BVerfG rispetto ad alcuni nodi strutturali della forma di governo. In particolare, la proceduralizzazione del controllo di identità, l’estensione del ricorso individuale per violazione dell’art. 38 LF, come anche la canonizzazione del principio di neutralità dei titolari degli incarichi governativi sono stati interpretati come il segno di un tentativo del Tribunale di sottrarre alcuni principi di struttura della Legge fondamentale alle modifiche potenzialmente indotte da maggioranze governative di grande coalizione, che hanno segnato la politica tedesca tra il 2005 e il 2009 e, successivamente, tra il 2013 e il 2021. A fronte del rischio di un ipermaggioritarismo, vale a dire di maggioranze capaci di disporre ad esempio del potere di revisione costituzionale, l’operato del BVerfG è andato nella direzione di erigere contrafforti procedurali quali quelli di cui si è detto poco fa, che hanno tutti in comune la persistente sfiducia, se non l’aperto sospetto, nei confronti della capacità delle

⁸¹ A. KULICK, J. J. VASEL, *Das konservative Gericht*, cit., *passim* ma in part. 215 ss. Ricostruisce invece il ruolo del BVerfG all’interno della dialettica tra stabilità e “apertura al futuro” (*Zukunftsoffenheit*) A. VOBKUHLE, *Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung. Die Pflege des verfassungsrechtlichen »Quellcodes« durch das Bundesverfassungsgericht*, in ID., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlino, 2021, 241 ss.

⁸² K.-H. LADEUR, *Die neue Konstellation: Das Bundesverfassungsgericht nach dem Niedergang der Volksparteien*, in *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise?*, cit., 27 ss.

⁸³ I. MAUS, *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Funktion von Rechtsprechung in der »vaterlosen Gesellschaft«*, in *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie*, Berlino, 2018, 17 ss.

maggioranze parlamentari di garantire la continuità rispetto agli equilibri tra gli attori politici garantiti sino a quel momento dalla Legge fondamentale.

Così, ad esempio, la creazione della categoria dell’identità costituzionale è servita a sottrarre il nucleo duro presidiato dalla clausola di eternità di cui all’art. 79, par. 3, LF a maggioranze di governo troppo ampie, oppure l’estensione del diritto individuale dei singoli di contestare il processo di integrazione ha assunto una valenza marcatamente antiparlamentare, perché rivolta a censurare le supposte omissioni del legislatore⁸⁴. Nel caso della giurisprudenza sull’obbligo di neutralità dei titolari di cariche governative, si rimarca il fatto che a beneficiare di quest’ultimo non è tanto l’opposizione, ma sia lo stesso Parlamento nel suo insieme, come a voler separare istituzionalmente quest’ultimo dal Governo (come emanazione della sua maggioranza, per il tramite del rapporto di fiducia) e a voler oggettivare e proceduralizzare la responsabilità politica del secondo nei confronti del primo, rendendola così una variabile indipendente rispetto alle volontà degli attori politici⁸⁵. E la percezione di un’esplicita volontà in tal senso da parte del BVerfG è dimostrata dal fatto che, mentre sul terreno dei diritti fondamentali la giurisprudenza costituzionale è segnata da un eccesso di *test* e di *standard*, nel campo dei rapporti tra organi costituzionali si assiste a un’estrema labilità di parametri di giudizio, quando non a un’esplicita assenza di teorizzazioni⁸⁶.

La perseguita svalutazione della democrazia parlamentare come circuito che lega insieme la maggioranza parlamentare e il suo governo avrebbe quindi prodotto, nella giurisprudenza dell’ultimo quindicennio, una trasformazione radicale del funzionamento della forma di governo, che vede in particolare la funzione del governo dirottata dal circuito della responsabilità politica nei confronti della sua maggioranza a quello della responsabilità giuridico/costituzionale che gli deriva dal fatto di essere il vertice dell’amministrazione. E sarebbero proprio gli stilemi del diritto amministrativo a irregimentare l’azione di un organo la cui legittimazione è fondata – questa l’accusa – su un ideale di depoliticizzazione burocratica, in cui di volta in volta non assume rilievo la componente discrezionale della formazione della volontà politica, ma il rispetto formale della titolarità e dei criteri di esercizio delle sue competenze⁸⁷, sul cui rispetto vigila il BVerfG anche a dispetto della contraria volontà del Parlamento⁸⁸. Molto si potrebbe aggiungere sul punto, insistendo sul contributo della giurisprudenza costituzionale più recente alla legittimazione di una modalità di governo in cui prevale nettamente l’idea della politica come amministrazione, contrassegnata dalla neutralità e da un’*allure*

⁸⁴ F. MEINEL, *Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Grossen Koalition: zur Rechtsprechung seit dem Lissabon Urteil*, in *Der Staat*, 2021, 54.

⁸⁵ F. MEINEL, *Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Grossen Koalition: zur Rechtsprechung seit dem Lissabon Urteil*, cit., 72.

⁸⁶ O. LEPSIUS, *Die maßstabsetzende Gewalt*, cit., 223: “In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht ist der gesamte Bereich des Staatsorganisationsrechts erstaunlich theoriefrei, man könnte auch sagen: konzeptionslos geblieben”.

⁸⁷ Significativo, a riguardo, l’uso pervasivo e codificato del principio di proporzionalità, del quale vengono messi in evidenza, per un verso, la labilità dei fondamenti (ricondotti, di volta in volta, allo stato di diritto o al principio di minimo sacrificio dei diritti di libertà) e, per altro verso, la sua estrema versatilità di impiego, in quanto capace di mediare tra caso e sistema, tra rispetto della coerenza interna della decisione e orientamento al risultato: O. LEPSIUS, *Die maßstabsetzende Gewalt*, cit., 210 e 233.

⁸⁸ F. MEINEL, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 65 ss.

tecnocratica, che ribadisce l’ostilità della cultura tedesca a riconoscere un qualsiasi primato della politica⁸⁹ e, con essa, la preferenza per le forme giuridiche come principale elemento di legittimazione⁹⁰. E, allo stesso modo, si potrebbe risalire alle radici culturali di tale atteggiamento, rinvenendole nel costante tentativo di spolticizzazione che ha contrassegnato sin dalle origini la tradizione dello *Staatsrecht*, attenta a costruire le forme di esercizio del potere politico a partire da categorie promananti dal diritto amministrativo, prima fra tutte quella – autenticamente fondativa – di competenza (*Kompetenz*)⁹¹.

Il punto che vale la pena sottolineare, in conclusione, è che tutte queste critiche, pur nella diversità delle ragioni ispiratrici, convergono nell’accusa al BVerfG di essere ormai un’istituzione senza limiti, “sconfinata”⁹², il cui operato rischia, in ultima istanza, di alterare in profondità le funzioni sistemiche della costituzione, prima fra tutte quella di garantire un adeguato interscambio tra diritto e politica: evitando, certamente, che la seconda sfugga alla prima, ma anche non predeterminando le linee di svolgimento della seconda sulla base dei significati ricavabili dalle norme costituzionali, per di più sulla base di percorsi interpretativi sempre più imprevedibili e, soprattutto, non sottoponibili a critica⁹³.

Taluni di questi motivi critici possono probabilmente essere ritenuti eccessivi, sia perché disconoscono l’insostituibile funzione del Tribunale, convalidata anche dall’elevato grado di adesione da parte della popolazione⁹⁴, sia perché equivalgono, in alcuni casi, a delle “grandi narrazioni” non prive di componenti arbitrarie⁹⁵, sia, da ultimo, perché anch’essi vanno letti nel quadro di una fase di critica all’operato delle corti costituzionali, ben più significativa e pericolosa al di fuori dei confini tedeschi⁹⁶.

⁸⁹ Oltre che in F. MEINEL, *The Merkel Court*, cit., 1 ss., le posizioni di cui si discute nel testo sono ampiamente sviluppate in ID., *Germany’s Dual Constitution. Parliamentary Democracy in the Federal Republic*, Hart, 2021.

⁹⁰ Nella critica di J. ISENSEE, *Bundesverfassungsgericht – quo vadis?*, cit., 1087, il punto è colto con estrema lucidità: “la politica tedesca è, nel profondo, bisognosa di costituzione (*verfassungsbedürftig*), perché la costituzione rappresenta la permanente e affidabile fonte di consenso della collettività (*die stetige und verlässliche Konsensquelle des Gemeinwesens*)”. La rappresentazione del modello oggetto di critica può essere intravista nelle posizioni di A. VOßKUHLE, già Presidente del BVerfG e esponente di spicco della *neue Verwaltungsrechtswissenschaft* (v. l’articolo omonimo in M. EIFERT, C. MÖLLERS, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Monaco, 2022, 3 ss.). Questi, in un significativo libretto di qualche anno fa, ha accreditato l’immagine della Legge fondamentale come di un impianto che fa del raggiungimento di compromessi e accordi tra le forze politiche un vero e proprio “compito costituzionale” (*Verfassungsauftrag*): A. VOßKUHLE, *Die Verfassung der Mitte*, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 2015, 48.

⁹¹ Un affresco estremamente affascinante di questo percorso storico-teorico è nella ricca monografia di C. NEUMEIER, *Kompetenzen. Zur Entstehung des deutschen öffentlichen Rechts*, Tubinga, 2022.

⁹² Così recita il titolo di un volume, già citato in precedenza (M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht*, cit.), cui si deve l’indubbio merito di aver segnato il punto di svolta nell’adesione, talvolta acritica, della dottrina costituzionalistica alle decisioni del BVerfG.

⁹³ C. MÖLLERS, *Legalität, Legitimität, Legitimation*, cit., 311 inquadra questa funzione sistemica nella coesistenza e nel necessario raccordo tra queste due convergenti pretese di legittimazione (*Legitimationsansprüche*), laddove il BVerfG favorirebbe una loro progressiva unificazione.

⁹⁴ R. SCHMIDT, *Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgerichts?*, cit., 853 ss.

⁹⁵ A. VOßKUHLE, *Das Bundesverfassungsgericht – “Bright Future”*, cit., 660, 53.

⁹⁶ D. GRIMM, *Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in ID., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., 357 ss. Non è un caso che i protagonisti di alcune delle decisioni richiamate nei paragrafi precedenti, e di quella sul *PSPP* in particolare, si impegnino a dimostrare la differenza tra l’approccio seguito dal

Tuttavia, non pare sufficiente insistere sui vincoli derivanti dal rispetto delle forme giurisdizionali⁹⁷ per eludere il problema ultimo con cui è chiamata a confrontarsi, anche nel periodo a venire, la giurisprudenza costituzionale in Germania, vale a dire l'eccesso di tutela prestato dal BVerfG nei confronti tanto del sistema giurisdizionale quanto degli attori della forma di governo. Un eccesso segnato anche dalla difficoltà di prendere atto del grado di consolidamento dell'impianto democratico e delle trasformazioni radicali che hanno segnato la scienza giuridica, sempre più insofferente rispetto a una dogmatica "ottriata" quale quella veicolata dal BVerfG. Un eccesso, per concludere con una metafora usata in dottrina, che è stato paragonato a quello di un genitore troppo apprensivo, che non intende modificare in nulla la sua funzione educativa anche quando i figli sono ormai cresciuti, con l'effetto di creare crisi di rigetto ancora più gravi dei problemi che vorrebbe risolvere⁹⁸.

BVerfG e quello di altre corti costituzionali come quella polacca e ungherese, che pure l'hanno espressamente presa a modello di un atteggiamento ostile nei confronti della Corte di giustizia dell'UE: A. VOßKUHLE, *Applaus von der »falschen« Seite. Zur Folgenverantwortung von Verfassungsgerichten*, cit., 334 ss.

⁹⁷ A. VOßKUHLE, *Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., 314 ss.

⁹⁸ C. SCHÖNBERGER, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, cit., 45.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA CORTE SUPREMA AMERICANA NELL'ERA DELLA POLARIZZAZIONE:
UNA RIFLESSIONE COSTITUZIONALE SU *JUDICIAL ACTIVISM* E *JUDICIAL SUPREMACY*

LUCA PIETRO VANONI

SOMMARIO: 1. La Corte suprema nel nuovo millennio: una premessa. – 1.2. (segue). Le nomine giudiziarie tra politica e diritto: la prospettiva americana. – 2. *The less Dangerous of Branches?* Il ruolo della Corte suprema nello sviluppo del costituzionalismo americano. – 3. La Corte suprema e la *countermajoritarian difficulty: judicial activism v. judicial restraint*. – 4. Un criterio di classificazione distorto? La(e) Corte(i) Roberts tra *judicial activism* e *judicial restraint*. – 5. Alla ricerca di un diverso criterio. *Originalism* e/o *Popular Constitutionalism*. – 6. La (seconda) Corte Roberts tra originalismo e *judicial supremacy*. – 7. Conclusioni.

1. La Corte suprema nel nuovo millennio: una premessa

Lo sviluppo della giurisprudenza della Corte suprema americana nel XXI secolo, soprattutto se letto con gli occhi dell'opinione pubblica, sembra essere dominato dalla contesa tra giudici liberal e giudici conservative per il controllo della maggioranza rispetto ad alcune spinose tematiche. Non è un mistero, infatti, che la battaglia sulle nomine apertasi con l'improvvisa morte del giudice Scalia e proseguita a colpi di interpretazione delle regole del Senato anche durante gli anni della contestata presidenza Trump, abbia fortemente inciso sulla percezione di una istituzione che, storicamente

considerata dal popolo americano come la più affidabile dell'intero sistema, vive oggi una profondissima crisi di fiducia e di legittimazione¹.

Per molti, questa delegittimazione nascerebbe dal tentativo di “cattura” delle Corti da parte del potere politico, che – conseguenza anche della crescita del ruolo sempre più incisivo occupato dai giudici nazionali e sovranazionali nei sistemi costituzionali – sembra condizionare lo scontro istituzionale non solo negli Stati Uniti ma altresì in altre democrazie occidentali. Note sono, a riguardo, le critiche sulle riforme ungherese e polacca² con cui si è modificato il ruolo e la composizione dei giudici delle rispettive Corti costituzionali, e che sono considerate un sintomo del c.d. *democratic backsliding* che affligge i sistemi costituzionali occidentali contemporanei³. In realtà, il fenomeno è più risalente: basti pensare al tentativo del presidente argentino Carlos Menem nel 1990 di accrescere il potere esecutivo mediante l'integrazione della Corte con quattro giudici costituzionali di nomina presidenziale, e – più di recente – le riforme di Hugo Chavez che hanno inciso sulla indipendenza dei giudici attraverso l'espansione del numero dei componenti della Corte da venti a trentadue membri⁴. Questi esempi, insieme a molti altri, mettono in luce una problematica costante del costituzionalismo contemporaneo che ha portato la dottrina a leggere in termini di polarizzazione politica populista le battaglie sulle nomine dei giudici costituzionali e, per quel che qui ci interessa, anche lo scontro sulle nomine dei giudici supremi americani, spesso richiamato come esemplificazione di una tendenza oggi comune ad altri ordinamenti.

Arrestarsi ad una lettura esclusivamente politico-partitica delle nomine dei giudici della Corte suprema non consente però di cogliere interamente né le sfumature del quadro costituzionale esistente né, tantomeno, dei suoi mutamenti futuri. Sebbene le peculiarità del meccanismo di *advise and consent* collochino naturalmente i candidati nell'alveo progressista o conservatore, la storia americana insegna che la battaglia sulle nomine dei giudici non costituisce una novità del nuovo millennio e, proprio per questo, essa non può essere l'unica o la principale chiave di lettura per comprendere a fondo gli orientamenti dell'attuale Corte Roberts. Pur ritenendo comprensibile la preoccupazione dell'area liberal per l'attuale composizione della Corte, giudicare le nomine di Trump solo alla luce dei «risultati pratici» potrebbe risultare «fuorviante»⁵. Una corretta valutazione dei candidati dovrebbe infatti anzitutto interrogarsi sulla loro idea di Costituzione, nel

¹ L. STROTHER, S. KUSHNER GADARIAN, *Public Perceptions of the Supreme Court: How Policy Disagreement Affects Legitimacy*, in *The Forum*, vol. 20, no. 1, 2022, 87-134.

² Cfr., per tutti, N. CHRONOWSKI, A. KOVÁCS, Z. KÖRTVÉLYESI, G. MÉSZÁROS, *The Hungarian constitutional court and the abusive constitutionalism*, MTA Law Working Papers, 2022/07 - <https://hdl.handle.net/1814/74522>; M. ZIÓLKOWSKI, *Two Faces of the Polish Supreme Court After “Reforms” of the Judiciary System in Poland: The Question of Judicial Independence and Appointments*, in *5 Eur. Papers* 347, 2020, 350.

³ Cfr., da ultimo, L.M. BARTELS e altri, *The Forum: Global Challenges to Democracy? Perspectives on Democratic Backsliding*, *International Studies Review*, https://doi.org/10.1093/isr/viad019_2023, 1 ss.

⁴ Cfr., rispettivamente, J. FINKEL, *Judicial Reform in Argentina in the 1990s: How Electoral Incentives Shape Institutional Change*, 39 *Lat. Am. Rsch. Rev.* 56, 2004, 63 ss.; S. LEVITSKY, J. LOXTON, *Populism and Competitive Authoritarianism in Latin America*, in C. DE LA TORRE (a cura di) *Routledge Handbook Of Global Populism*, 2018, 116 ss.

⁵ A. PIN, *Le corti degli Stati Uniti, l'interpretazione giuridica e il diritto costituzionale comparato dei prossimi decenni. L'era Trump ha lasciato un segno?*, in *DPCE*, 2021, 187.

tentativo di comprendere se e come essa possa migliorare l'interpretazione pluralista del diritto americano.

È tenendo conto di questa prospettiva che si vuole dunque provare ad analizzare il ruolo della Corte suprema all'interno del sistema costituzionale americano del XXI secolo. Dopo aver brevemente descritto il problema politico delle nomine giudiziarie nella prospettiva americana, il presente scritto si occupa pertanto di indagare l'annoso problema della *countermajoritarian difficulty* e della *judicial supremacy* nel nuovo millennio alla luce delle tendenze della dottrina e della giurisprudenza americana, provando così ad andare alla ricerca delle ragioni profonde dell'attuale polarizzazione politica.

1.2. (segue). *Le nomine giudiziarie tra politica e diritto: la prospettiva americana*

Per comprendere perché non sia opportuno affrontare il tema delle contese del potere politico sulle nomine dei giudici della Corte esclusivamente come la diretta conseguenza dell'attuale polarizzazione politica occorre tornare all'origine. Il procedimento di nomina dei giudici supremi americani è stato ideato all'interno dei meccanismi *checks and balance* che costituiscono una delle architravi del sistema costituzionale statunitense; per rispondere all'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra chi preferiva che le nomine fossero affidate al legislativo, e chi invece preferiva un controllo di scelte operate da un forte esecutivo, l'art. III Cost. prevede che la designazione dei giudici sia condivisa da Presidente e Senato⁶. Tale norma riflette il pensiero espresso da Alexander Hamilton in *The Federalist* n. 66, secondo cui «sarà compito del Presidente proporre i candidati e quindi si procederà ad una vera e propria nomina con l'approvazione e il consenso del Senato. Il Senato, pertanto, non opererà alcuna scelta. Esso potrà respingere una scelta dell'esecutivo, ed obbligarlo ad operarne un'altra, ma non potrà scegliere direttamente – dovrà limitarsi a ratificare o respingere la scelta del Presidente»⁷. La scelta di questo meccanismo di nomina era stata pensata per bilanciare due poteri che, per loro conformazione, attingono la propria legittimazione da circuiti democratici diversi: se l'attribuzione al Presidente di una responsabilità primaria avrebbe consentito di evitare il rischio di incorrere in pregiudizi di carattere regionale, affidare il controllo al Senato avrebbe potuto contribuire a correggere eccessivi personalismi⁸. Questo argomento di carattere istituzionale richiede di essere letto in

⁶ Cfr. A.J. WHITE, *Toward The Framers' Understanding Of "Advice And Consent": A Historical And Textual Inquiry*, Harv. J.L. & Pub., 2005, 103 ss.: «By the conclusion of the Convention, the delegates were divided into clear camps on the question of appointments. One group of delegates, led by James Wilson, Nathaniel Gorham, Alexander Hamilton, and Gouverneur Morris favored control of appointments by a strong executive. The opposing camp, led by Charles Pinckney, Luther Martin, George Mason, Roger Sherman, Oliver Ellsworth, and John Rutledge, favored legislative control of the appointment process».

⁷ A. HAMILTON, *The Federalist* n. 66, ed. It. M. D'Addio G. Negri, il Mulino, 1997, 553.

⁸ Così, acutamente, A.J. WHITE, *Toward the Framers' Understanding Of "Advice and Consent": A Historical And Textual Inquiry*, cit., 162: «Hamilton's defense of joining the President and the Senate in appointments echoed a major argument from the Convention: vesting primary responsibility in the President would provide for responsibility and freedom from regional bias, while Senate consent would provide security from personal attachment».

combinato disposto con quanto rilevato da Hamilton secondo cui il potere giudiziario è da annoverarsi, per sua natura e per le funzioni conferitegli dalla Costituzione, come un potere sprovvisto di «force or will» e dotato, piuttosto, di «mere judgment»⁹.

Più che figlie della attuale polarizzazione, pertanto, le contese del potere politico sulle nomine dei giudici della Corte sono storicamente legate a quella caratteristica unica del costituzionalismo americano che vede nello scontro tra poteri politici, più che nella loro formale o sostanziale collaborazione, la realizzazione di un sistema plurale e democratico. Del resto, dal punto di vista storico, la contesa politica ed istituzionale sulle nomine giudiziali è così radicata nel sistema statunitense che già nel 1799 il Presidente John Adams aveva sollecitato una radicale revisione del sistema giudiziario federale, ritenuta «indispensabile» al fine di «dare effettività al potere esecutivo e assicurare una giusta esecuzione delle leggi»¹⁰, poi sfociata nell’approvazione del Judiciary Act del 1801.

Quel momento ha ineluttabilmente condizionato il lungo dibattito politico sulle regole, sulla composizione, sulle nomine del sistema giudiziario federale che ha attraversato tutte le epoche della giustizia costituzionale americana. Già nel primo secolo della Federazione, anche al fine di influenzare «the future course of the Supreme Court decisions»¹¹, «Congress revised in many occasion the Judiciary Act (1789, 1801, 1802, 1807, 1837, 1863, 1866, e 1869)», espandendo o contraendo il numero dei giudici della Corte. Durante l’era Jackson, in particolare, la riforma del Judiciary Act del 1837 cambiò la struttura dei circuiti federali, al fine di adattarla all’espansione della Nazione. L’aggiunta di due seggi alla Corte suprema, che permise a Jackson di nominare ben sette giudici (più di ogni altro presidente da Washington a Taft), segnò quella che al tempo fu celebrata come «the closing of an old, and the opening of a new, era in history»¹².

Ancor più nota, è poi la riforma minacciata da Roosevelt per aggirare la ritrosia dei giudici conservativi a sostenere la costituzionalità di numerose norme del secondo New Deal; riforma che non venne però mai realizzata in parte per la contrarietà del Congresso e, in parte, per il cambiamento di orientamento dei giudici supremi, non a caso definito come «the switch that save the nine»¹³. Si ricordi, infine, quanto avvenuto negli anni

⁹ A. HAMILTON, *The Federalist* n. 78: “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments”.

¹⁰ J. ADAMS, *Third Annual Message* 3 Dec. 1799, <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/december-3-1799-third-annual-message>

¹¹ Come rilevato dalla *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, Final report, Dicembre 2021, <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final.pdf>, 74.

¹² *The Supreme Court of the United States*, 1 U.S. Mag. & Democratic Rev. 143, 1838 riportato da *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, Final Report, cit., 45.

¹³ Il termine, riferimento all’aforisma inglese “a stitch in time save the nine”, è il nome dato a quello che è stato percepito come un improvviso cambio di giurisprudenza da parte di Justice Owen J. Roberts nel

Ottanta dello scorso secolo (periodo al quale i politologi riconducono l’inizio dell’attuale polarizzazione¹⁴) quando il Senato a maggioranza democratica respinse, forse anche per ragioni politiche, la candidatura dell’originalista Robert Bork designato dall’allora Presidente Reagan. Secondo alcuni autori, da questo episodio è scaturito un «continuous cycle of escalation of partisan conflict over nominations» che contraddistingue i nostri giorni, segnando una forse irreversibile frattura in quella political fairness che aveva invece consentito, anche nel recente passato, di confermare le nomine presidenziali con un consenso bipartisan quasi unanime¹⁵.

Non è quindi un caso che la recente Commissione sulla riforma della Corte suprema voluta dal Presidente Biden abbia concluso i suoi lavori ricordando che lo scontro politico/istituzionale sul ruolo e sul numero dei giudici della Corte Suprema «is old as the Constitution»¹⁶, a conferma del fatto che sarebbe parziale soffermarsi solo sulle critiche sorte a partire dalle nomine di Trump per descrivere, e comprendere, l’attuale crisi politico-istituzionale americana.

Ciò non significa, peraltro, che tali nomine non abbiano influito sulla polarizzazione, né che l’attuale Corte non sia potenzialmente in grado di produrre modifiche, anche divisive, all’interno del sistema. Innanzitutto, occorre ricordare che il millennio si è aperto con la famosa sentenza *Bush v. Gore* che, per l’importanza e il contesto in cui è stata emessa, ha certamente alimentato la spaccatura politica tra Repubblicani e Democratici¹⁷. In secondo luogo, con la morte di due protagonisti assoluti del pensiero giuridico americano quali Justice Scalia e Justice Ginsburg si è conclusa (anche simbolicamente) un’epoca nella quale – in Corte così come nel Congresso e nella pubblica piazza – opinioni diverse sulla natura e sulle finalità del costituzionalismo hanno potuto confrontarsi aspramente ma sempre lealmente all’interno di condiviso spirito di rispetto per le istituzioni. Infine, le nomine di Trump hanno sicuramente alterato gli

caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* 300 U.S. 379 (1937). I resoconti storici convenzionali ritraggono l’opinione di maggioranza della Corte come una mossa strategica per proteggere l’integrità e l’indipendenza della Corte dal progetto di legge di riforma dei tribunali del Presidente Franklin Roosevelt (noto anche come “Court Packing Plan”), che avrebbe ampliato fino a 15 i componenti della Corte. Sul punto v. (per tutti) J.L. CARSON, B.A. KLEINERMAN, *A Switch in Time Saves Nine: Institutions, Strategic Actors, and FDR’s Court-Packing Plan*, Public Choice, vol. 113, 2002, 301 ss.

¹⁴ Così, tra gli altri, M. LILLA, *The Once Future Liberal: after Identity Politics*, New York 2018. Più di recente, J. BALKIN *Cycles of Constitutional Times*, Oxford, 2020, passim identifica l’inizio della rottura del vecchio ordine costituzionale e l’inizio di un nuovo, che ha nella polarizzazione politica una delle sue caratteristiche di rilievo, proprio nell’avvento della Presidenza di Ronald Reagan.

¹⁵ Così la testimonianza resa da Benjamin Wittes il 20 luglio 2021 alla *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/07/Wittes-Testimony.pdf>, 3 ss. : «Put simply, there would be no significant debate about court reform and enlargement today, except in certain academic circles, but for the confirmation process. There is no grave problem with the courts that requires reform. Rather, the perception of the need for change is driven by the disruption of a long-term equilibrium in the manner in which judges and justices are named and seated on the bench. (...) The actual history of the decline of the process reveals a continuous cycle of escalation over three decades in which neither side refrained from seizing momentary advantage when it had the chance. (...) The simple reality is that we have run out of possible escalations within the narrow confines of the mere treatment of nominees. We have already reached the point at which a nominee can expect unanimous or near-unanimous opposition from the party not in control of the White House—irrespective of his or her qualifications».

¹⁶ *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, Final Report, cit., 59.

¹⁷ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

equilibri della Corte suprema non tanto rispetto al presunto posizionamento politico dei nuovi giudici, quanto piuttosto con riferimento alla loro metodologia interpretativa, oggi decisamente orientata alla ricerca dell’original public meaning delle disposizioni costituzionali. Ed è proprio la metodologia interpretativa dei giudici a rappresentare un elemento determinante per cogliere le dinamiche costituzionali che agitano i conflitti politici attorno alla c.d. seconda Corte Roberts. Le nomine di Kavanaugh e Barrett al posto di Kennedy e Ginsburg, infatti, hanno sancito l’avvento di quella che è stata definita «the greatest originalist Court in history»¹⁸, modificando l’equilibrio del precedente collegio a favore di una tecnica interpretativa che – secondo i suoi critici – favorirebbe lo smantellamento di quei diritti civili e sociali che sono stati in passato garantiti tramite l’interpretazione evolutiva operata dalle corti Warren e Burger.

L’insieme di questi fattori ha dunque inciso (e sembra destinato ad incidere in futuro) sul ruolo della Corte all’interno del sistema statunitense. Ma vi è di più; l’ordinamento americano sta infatti vivendo una crisi che non riguarda solo le modifiche sulle regole o sulle modalità di accesso alla Corte ma che è figlia di una più ampia tensione e di un disallineamento tra poteri costituzionali che sembra interessare anche il ruolo dei giudici¹⁹. In questa prospettiva si vuole dunque rileggere il ruolo e il peso occupato dalla Corte suprema negli anni duemila, tenendo conto del fatto che, come si avrà modo di approfondire, molti dei cambiamenti costituzionali sono storicamente stati generati, favoriti o ratificati dalle decisioni – o dall’orientamento – dei giudici della Corte suprema.

2. The less Dangerous of Branches? Il ruolo della Corte suprema nello sviluppo del costituzionalismo americano

L’importanza e il ruolo assunto dalla Corte suprema all’interno dell’ordinamento statunitense è testimoniata da decisioni che sono scritte nella storia. Molte delle trasformazioni del costituzionalismo riguardano, infatti, alcuni *landmark cases* che, per usare l’espressione di Bruce Ackerman, hanno segnato i c.d. *constitutional moments* del sistema americano. E così, ad esempio, la sentenza *Marbury v. Madison*²⁰ ha sancito la nascita di un potere, quello di *judicial review*, originariamente non previsto dalla Costituzione, mentre la decisione del caso *Dred Scott v. Sandford*²¹ (non a caso definito come «the most dreadful case that changed history»²²) ha funzionato come detonatore delle tensioni esistenti nel paese sul dramma della schiavitù, favorendo l’elezione del Presidente Lincoln e, di conseguenza, il precipitare degli eventi che hanno portato alla

¹⁸ D.H. GANS, *This Court Has Revealed Conservative Originalism to Be a Hollow Shell*, in *The Atlantic*, 20 giugno 2022, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/07/roe-overturned-alito-dobbs-originalism/670561/>

¹⁹ A questo si riferisce, ad esempio l’incontenibile espansione dello Stato amministrativo, su cui si permetta di rinviare a L.P. VANONI, «Never Let a Good Crisis Go to Waste». *Il principio della separazione dei poteri prima e dopo la pandemia*, Giappichelli, Torino, 2023.

²⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 1803.

²¹ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 1856.

²² P. FINKELMAN, *Scott v. Sandford: The Court's Most Dreadful Case and How It Changed History*, 82 Chi. Kent L. Rev., 2007, 3.

guerra civile. Anni più tardi, la tensione tra Corte e Presidente sulla legittimità del secondo New Deal ha favorito il passaggio dalla c.d. fase matura del liberalismo, allo stato democratico-sociale il quale, a sua volta, ha portato ad un disallineamento dei poteri che ha reso i giudici sempre più protagonisti nella scena politica²³. Questi sono solo alcuni dei possibili esempi che testimoniano la trasformazione del «least dangerous branch of the American government»²⁴ in quello che è ora «the most extraordinarily powerful court of law the world has ever known»²⁵.

Le ragioni della progressiva ascesa del ruolo della Corte suprema sono molteplici. In primo luogo, la struttura del sistema, che poggia originariamente su una teoria rigida della separazione dei poteri temperata da meccanismi di checks and balances oltre che sulla «doppia garanzia» federale dei diritti²⁶, tende a incoraggiare lo scontro istituzionale e, con esso, il ricorso all'organo inizialmente concepito come ultimo interprete della Costituzione e primo arbitro dei conflitti.

In secondo luogo, la Costituzione americana, scritta in un'epoca storica lontana, chiede necessariamente all'interprete di adeguare clausole pensate per un diverso contesto sociale alla complessità della realtà presente; come già ricordato dal Chief Justice Marshall in *McCulloch v. Maryland* (1819), «we must never forget that it is a *constitution* we are expounding» ovvero sia un documento che «is intended to endure for ages to come, and, consequently, to be adapted to the various crises of human affairs»²⁷. In aggiunta, le difficoltà ad emendare la Costituzione spingerebbe, anche solo informalmente, la Corte suprema a «rileggere» le norme costituzionali alla luce dei cambiamenti della società²⁸, e il combinato disposto tra «a very powerfull court» e «a nearly-impossible-to-amend constitution»²⁹ porta inevitabilmente un ordinamento a stabilizzarsi attorno alle decisioni dei suoi giudici.

Infine, il ruolo della Corte suprema è stato storicamente influenzato dalla judicial philosophy dei suoi giudici, che, unitamente alla regola del life tenure, può consentire loro di operare una lettura trasformativa del diritto costituzionale americano anche molto pervasiva. La regola del mandato a vita era stata introdotta come primario strumento di garanzia dell'indipendenza dei giudici: essa mirava non solo a mantenere un certo grado di isolamento dalla politica partigiana del momento, ma anche quella necessaria distanza critica che permette di operare come un argine contro l'eventuale tirannia delle maggioranze. L'idea che i giudici non potessero essere rimossi dal loro incarico during the good behavior era però strettamente connessa ad una concezione *debole* del potere

²³ Cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del Costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000.

²⁴ A. HAMILTON, *The Federalist* n. 78.

²⁵ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale, 1962, 1.

²⁶ J. MADISON, *The Federalist* n. 51.

²⁷ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 407 (1819).

²⁸ Cfr. J.O. MCGINNIS, M. RAPPAPORT, *Where Have all the Amendments Gone?*, Law & Liberty, 1 Nov. 2021, <https://lawliberty.org/forum/where-have-all-the-amendments-gone>

²⁹ Così la testimonianza scritta di K.L. SHEPPEL, in *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States* 2, 30 giugno, 2021 <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/Scheppele-Written-Testimony.pdf>

giudiziario che «has no influence over either the sword or the purse» e, pertanto, «depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments»³⁰.

Se costruita in questo modo, l'indipendenza del giudiziario non può essere sganciata dalla riflessione sui suoi limiti e, primariamente, con la previsione per cui i giudici devono decidere esclusivamente in base alla legge e alla Costituzione. Nel corso del tempo, però, i contorni di cosa significhi realmente decidere «in accordance with law» si sono fatti via via più sfumati³¹, perché (soprattutto) la Corte suprema è talvolta chiamata a decidere controversie sulle quali esiste un significativo disaccordo che spinge i giudici ad appellarsi a «[h]istory or custom or social utility or some compelling sentiment of justice»³². Accade così che un collegio possa, attraverso l'interpretazione della Costituzione orientata ad una certa judicial philosophy, imprimere una direzione all'ordinamento che, sfruttando il life tenure dei giudici, sia in grado di superare l'indirizzo politico degli organi politici democraticamente eletti ogni quattro (o sei) anni. Soprattutto oggi che la media del mandato di un giudice supremo è arrivata a 26 anni (contro i 15 degli anni sessanta e i 10 della prima metà del Novecento), la regola del mandato a vita può quindi trasformarsi, da scudo contro le pressioni politiche, in spada capace di imporre, per via interpretativa, una certa idea di giustizia.

Ed è così che la Corte ha maturato una giurisprudenza creativa che le ha permesso di «occupare un ruolo centrale e spesso contestato nel plasmare la vita politica e civile americana», assumendo decisioni che – specialmente nell'era moderna – «continuano ad avere effetti immediati e a lungo termine sul benessere e sui diritti degli individui e delle comunità in tutto il Paese»³³. A partire dal disallineamento dei poteri generato dalla rivoluzione del New Deal, i giudici hanno iniziato ad esplorare nuove tecniche interpretative delle disposizioni costituzionali, promuovendo il riconoscimento dei diritti civili e sociali proprio attraverso una rilettura della Costituzione come living document. Qualche decennio più tardi, la rivoluzione avviata dal Chief Justice Warren ha segnato un ulteriore constitutional moments della storia americana che vede la Corte suprema dar voce al popolo americano attraverso le proprie pronunce, seguendo una lettura della Costituzione che affiderebbe a se stessa il compito di intercettare, e poi inverare per via

³⁰ A. HAMILTON, *The Federalist* n. 78.

³¹ Come ricordato dalla *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, Final report, Dicembre 2021, cit., 24 «Of course, it is incontrovertible that judges should decide cases according to law. But there are difficult questions—they have been debated, literally, for centuries—about what making decisions according to law means. In particular, legal decisions, especially those of a court like the Supreme Court that has responsibility to resolve the most challenging issues facing our system, will sometimes require the exercise of judgment on legal issues about which there can be reasonable disagreement (...) Difficult decisions of those kinds, especially when they involve controversial social issues, can leave judges and Justices open to the accusation that they have compromised judicial independence by advancing a partisan or otherwise improper agenda».

³² B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921, 43.

³³ *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, Final report, Dicembre 2021, cit., 18: «The Court has long occupied a central and often contested role in shaping American political and civic life. In the modern era, its decisions continue to have both immediate and long-term effects on the welfare of individuals and communities throughout the country, including by affecting the rights of people of the same sex to marry, the right to bear arms, religious liberty, property ownership, women's reproductive rights and freedoms, access to health care, participation in the political process and voting, the structure of government and the separation of powers, the operation of the criminal justice system, diversity in higher education, and the regulation of workplaces and the right to organize

interpretativa, i cambiamenti della coscienza sociale³⁴. Questa lettura, tuttavia, che incarica non un organo democraticamente eletto ma un organo giurisdizionale del compito di invertere i diritti civili a maggior ragione trattandosi di una autoinvestitura da parte della Corte stessa, ha fatto sorgere il dubbio sul fatto che «un potere non rappresentativo e non periodicamente soggetto a controllo popolare» sia davvero indicato a «determinare discrezionalmente sviluppi del diritto cui la stessa volontà popolare, espressa dai poteri politici, debba piegarsi»³⁵.

3. La Corte suprema e la countermajoritarian difficulty: judicial activism v. judicial restraint

A partire dalla seconda metà del Novecento, il dibattito teorico sul peso occupato dalla Corte all'interno del costituzionalismo americano è stato così dominato dalla tensione tra i confusi limiti della judicial review e la necessità di garantire una majoritarian governance. Da un lato, infatti, il living constitutionalism ha consentito al sistema americano di colmare la distanza tra una Costituzione scritta oltre duecento anni fa per tredici colonie e qualche milione di persone ad una realtà sociale fatta di cinquanta Stati e centinaia di milioni di cittadini provenienti da molte parti del mondo³⁶. Dall'altro, però, l'idea che una Corte possa interpretare tanto estensivamente la Costituzione al punto da ricavare significati nuovi e non scritti ha generato un persistente conflitto tra judicial review e processo democratico, dando vita a quella che è stata definita come countermajoritarian difficulty³⁷.

A lungo, la tematica ha appassionato la dottrina americana al punto da divenire «the dominant paradigm of constitutional law»³⁸ o «the central obsession of modern

³⁴ B. ACKERMAN, *We the People. Civil Rights Revolution*, cit., 5 secondo cui «while the presidency or the Congress had initiated the previous rounds of constitutional politics, this time the Supreme Court initially seized the initiative *Brown v. Board of Education* put the issue of racial equality at the very center of a great generational debate». In realtà, le due stagioni possono forse essere lette congiuntamente in ragione del disallineamento dei poteri generato dalla trasformazione avviata dal New Deal. Se inizialmente il revirement giurisprudenziale avvenuto durante la presidenza Roosevelt era stato visto come una sconfitta per i giudici supremi rispetto all'indirizzo politico presidenziale, proprio la loro elasticità nel rileggere gli assetti costituzionali del tempo adattandoli ai nuovi cambiamenti sociali ha ampliato il loro potere nell'interpretare estensivamente la Costituzione.

³⁵ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000, 312.

³⁶ Cfr. D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, 27 settembre 2010, <https://www.law.uchicago.edu/news/living-constitution>: «A living Constitution is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended. On the one hand, the answer has to be yes: there's no realistic alternative to a living Constitution. Our written Constitution, the document under glass in the National Archives, was adopted 220 years ago [...] Meanwhile, the world has changed in incalculable ways. The nation has grown in territory and its population has multiplied several times over. Technology has changed, the international situation has changed, the economy has changed, social mores have changed, all in ways that no one could have foreseen when the Constitution was drafted. And it is just not realistic to expect the cumbersome amendment process to keep up with these changes».

³⁷ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, cit., 16.

³⁸ E. CHERMERINSKY, *The Supreme Court, 1988 Term-Foreword: The Vanishing Constitution*, 103 Harv. L. Rev. 43, 1989, 61.

constitutional scholarship»³⁹ tanto da costituire, ancor oggi, un nodo irrisolto del costituzionalismo americano. Al di là delle dispute dottrinali, inoltre, essa ha generato conseguenze significative sul piano politico e sociale, perchè posti al centro dell'arena politico-costituzionale, i giudici supremi sono stati chiamati a risolvere «some of the most pertinent and polemical political controversies a democratic polity can contemplate»⁴⁰. In questo modo, il luogo delle decisioni politiche ha cominciato a spostarsi dal Congresso alle aule giudiziarie, spingendo sempre di più la società (e in particolare gruppi di interessi e lobbies) a rivolgersi ai giudici per colmare la lacuna tra il disaccordo politico sul riconoscimento di nuovi diritti e l'evoluzione della coscienza sociale. Sicchè tanto gruppi di interesse liberal quanto conservative hanno cominciato a costruire, attraverso la strategic litigation, casi sempre più articolati che permettessero ai giudici di risolvere certe controversie ma, soprattutto, di fornire una lettura delle norme costituzionali orientata al riconoscimento di soluzioni politiche difficilmente perseguibili attraverso il circuito democratico.

Pertanto, mentre la dottrina tentava di risolvere la difficoltà contromaggioritaria sul piano teorico⁴¹, lo scivolamento del potere dal Congresso alle Corti, frutto della tensione tra judicial review e majoritarian governance, ha inciso sulle argomentazioni dei giudici supremi e sulla loro judicial philosophy. È in questa logica che deve essere ricompresa la critica mossa da Chemerinsky alla prima Corte Rehnquist, colpevole, a suo dire, di aver assunto un comportamento eccessivamente deferente nei confronti delle scelte politiche della maggioranza e di aver abbracciato «a vision of the bounds of judicial behavior rather than working to define constitutional values»⁴². E in modo del tutto analogo devono essere lette le critiche, più tardive, mosse allo stesso collegio, accusato di essere «highly activist» in materie quali il federalismo, l'Establishment clause, la libertà religiosa, tanto da averle portato il conferimento dell'epiteto di «the most activist Court of history»⁴³.

Attraverso queste critiche emerge plasticamente uno dei criteri che ha a lungo dominato il modo con cui le sentenze dei giudici supremi sono state lette e commentate

³⁹ B. FRIEDMAN, *The History Of The Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road To Judicial Supremacy*, 73 NY Law Rev. 2, 1988, 334. Come ricordato dallo stesso Friedman, "The problem is this: to the extent that democracy entails responsiveness to popular will, how to explain a branch of government whose members are unaccountable to the people, yet have the power to overturn popular decisions? Academic fixation with the problem is apparent everywhere; it is referred to variously as an "obsession", a "preoccupation," and even-could anything be more damning?-a "platitude"".

⁴⁰ R. HIRSCHL, *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, 75 Fordham L. Rev. 721, 2006, 722.

⁴¹ Cfr. B. ACKERMAN, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale Li. 1013, 1984, 1016: «Hardly a year goes by without some learned professor announcing that he has discovered the final solution to the countermajoritarian difficulty, or, even more darkly, that the countermajoritarian difficulty is insoluble».

⁴² E. CHERMERINSKY, *The Supreme Court, 1988 Term-Foreword: The Vanishing Constitution*, 103 Harv. L. Rev. 43, 1989, 61.

⁴³ Rispettivamente D.R. DOW, C. JEU, A.C. COVENY, *Judicial Activism on the Rehnquist Court: An Empirical Assessment*, 23 Journal of Civil Rights and Economic Development 1, 2008, 35; T. M. KECK, *The Most Activist Supreme Court of History: Road to Modern Conservatorism*, Chicago, 2004. Ma l'elenco sarebbe lunghissimo: Cfr. E.A. YOUNG, *Judicial Activism and Conservative Politics*, 73 U. Colo. L. Rev., 2002, 1139 («It is very much in vogue these days to accuse the current Rehn-

quist Court of 'conservative judicial activism»); R. DWORKIN, *The Supreme Court Phalanx*, HUP, 2008; H. SCHWARTZ (a cura di), *The Rehnquist Court: Judicial Activism On The Right*, Merriam, 2002.

dalla dottrina americana⁴⁴. Oscillando tra le due polarità delineate dalla countermajoritarian difficulty, i costituzionalisti americani hanno cominciato quindi a classificare la judicial philosophy dei giudici supremi, misurandone le argomentazioni costituzionali in ragione dell'attivismo (judicial activism) o della deferenza giudiziale (judicial restraint) delle loro opinions.

La definizione di judicial activism e restraint è complessa, perchè entrambi i concetti fanno parte da sempre del dibattito sui limiti del potere di judicial review e sono stati usati in modo diverso⁴⁵. Una delle applicazioni più famose si riscontra nel caso *Lochner v New York* quando Justice Holmes, tramite la sua famosa dissenting opinion, aveva ricordato ai colleghi che «[our] agreement or disagreement ha[ve] nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law» perché «a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of *laissez faire*»⁴⁶. La critica di Holmes ruotava attorno al principio per cui, se riempita per via interpretativa di significati soggettivi, la parola "liberty" contenuta nel XIV Emendamento rischia di condurre i giudici su un terreno dove «every opinions tends to become a law»⁴⁷ mentre il loro compito dovrebbe limitarsi a verificare se le leggi confliggono con la Costituzione. Pertanto, pur non utilizzando espressamente quella terminologia, le contestazioni di Holmes evidenziano in modo efficace i contorni del judicial restraint a fronte alla decisione della maggioranza che, non a caso, è stata riletta successivamente come una anticipazione del «judicial activism», ovvero come «an illegitimate intrusion by the courts into a realm properly reserved to the political branches of government»⁴⁸.

La posizione di Holmes sembra abbracciare interamente la dottrina della Clear Mistake Rule elaborata nel 1893 da James Bradley Thayer, secondo la quale le Corti possono annullare un atto legislativo solo quando coloro che hanno diritto di legiferare hanno commesso un errore così macroscopico da non poter essere giustificato razionalmente⁴⁹. La deferenza dei giudici nei confronti del legislatore, pertanto, sarebbe

⁴⁴ A parere, S.G. CALABRESI, *The History and Growth of Judicial Review*, Vol. 1, Oxford University Press, 2021, 69 entrambe le posizioni poggiano su un un fondo di verità, perchè «William Rehnquist became chief justice of the United States in 1986, and he was a judicial restraint New Deal liberal with respect to individual rights cases, but he was an admirer of the federalism umpiring of the pre-1937 Supreme Court. Rehnquist lacked the five votes he needed for judicial restraint in individual rights enforcement, but he had five votes for reviving pre-1937 federalism umpiring. Rehnquist's term as chief justice is most memorable for its revival of federalism umpiring in the modern era by the U.S. Supreme Court».

⁴⁵ Per una ricostruzione del significato di tali termini v. (tra i molti) J. DALEY, *Defining judicial Restraint*, in T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY (a cura di) *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Aldershot, UK: Ashgate, 2000, 279 ss.; R. POSNER, *The Federal Courts*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994, 314 ss.; K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, 92 Cal Law Rev. 5, 2004, 1442 ss.

⁴⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905, 197 (Holmes dissenting).

⁴⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905, 197 (Holmes dissenting), 198.

⁴⁸ C.R. SUNSTEIN, *Lochner's Legacy*, 87 Colum. L. Rev., 1987, 873-874, secondo cui «The received wisdom is that *Lochner* was wrong because it involved "judicial activism": an illegitimate intrusion by the courts into a realm properly reserved to the political branches of government». Analogamente anche J.W. ELY, *Economic Due Process Revisited*, 44 Vand. L. Rev., 1991, 213.

⁴⁹ J.B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harv. L. Rev. 129, 1893. Il nesso tra tale dottrina e la opinion di Holmes in *Lochner* è esplicitamente identificato, da ultimo, da S.G. CALABRESI, *The History and Growth of Judicial Review*, cit., 79 «Thayer argued famously

una precondizione del corretto esercizio del loro potere di judicial review, al punto che, come sostenuto da Thayer, «a legislator might vote against a law because he believed it unconstitutional but nonetheless, if he later became a judge, properly vote to uphold it on the grounds of restraint»⁵⁰. L'idea affonda le sue radici nella concezione americana della separazione dei poteri e nella previsione per cui il controllo di costituzionalità federale dovrebbe essere usato come ultima risorsa nella risoluzione di casi concreti, al punto che già Jefferson aveva osservato come uno degli obiettivi di una architettura costituzionale completa «che meritano di esser ricordati con gratitudine dalla società» fosse quello che «impedirà ai giudici di usurpare la legislazione»⁵¹.

Proprio perché strutturalmente connesso con una certa teoria del costituzionalismo, l'ambito di applicazione dei due criteri è difficilmente definibile; così, ad esempio, la deferenza del giudiziario «encompass a wide range of doctrines, including deference to legislative and/or administrative decision making, respect for precedent (and an aversion to overruling), a textualist or strict-constructionist approach to statutory interpretation, doctrines of standing and mootness, the floodgates argument, and even the supposed requirement that judges should avoid making moral or policy choices»⁵². Analogamente, «judicial activism is a slippery term» usato per identificare «five core meanings: (1) invalidation of the arguably constitutional actions of other branches, (2) failure to adhere to precedent, (3) judicial "legislation", (4) departures from accepted interpretive methodology, and (5) result-oriented judging»⁵³.

Le difficoltà riscontrate dalla dottrina a definire i contorni di judicial activism/restraint sono tuttavia inversamente proporzionali al loro attuale successo. Sotto il profilo terminologico, la prima formulazione si deve ad un articolo pubblicato sul finire degli anni '40 dal saggista e storico Arthur J. Schlesinger Jr. per descrivere al pubblico generalista l'attitudine personale dei giudici supremi che sedevano al tempo in Corte⁵⁴.

for a Rule of Clear Mistake in judicial constitutional construction, and he favored judicial deference in all but the clearest cases to the decisions made by federal or state legislatures. Thayer's views had an important influence on such U.S. Supreme Court justices as Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis, Benjamin Cardozo, Harlan Fiske Stone, Felix Frankfurter, and William Rehnquist. Francis Biddle, one of Justice Holmes's first law clerks, went on to serve as attorney general to President Franklin D. Roosevelt during his first two terms as president».

⁵⁰ Riportato da K. ROOSEVELT, *Judicial Restraint*, in *Encyclopedia Britannica*, 17 luglio 2023, <https://www.britannica.com/topic/judicial-restraint>.

⁵¹ T. JEFFERSON, *Letter to Edward Livingston*, 25 Marzo 1825.; «One single object... [will merit] the endless gratitude of society: that of restraining the judges from usurping legislation. And with no body of men is this restraint more wanting than with the judges of what is commonly called our General Government, but what I call our foreign department. They are practising on the constitution by inferences, analogies and sophisms, as they would on an ordinary law: they do not seem aware that it is not even a constitution, formed by a single authority, and subject to a single superintendence and controul: but that it is a compact of many independent powers, every single one of which claims an equal right to understand it, and to require its observance».

⁵² A. KAVANAGH, *Judicial Restraint in the Pursuit of Justice*, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 60, No. 1, 2010, 25.

⁵³ K.D. KMEIC, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, cit., 1444. Secondo alcuni autori, la portata del termine è talmente ampia da trasformarlo in un «empty term» (cfr. P. WESTEN, *The Empty Idea of Equality*, 95 Harv. L. Rev., 1982, 537).

⁵⁴ Il termine sarebbe stato utilizzato per la prima volta da A.M. SCHLESINGER, *The Supreme Court: 1947*, *Fortune*, Jan. 1947, 202. Come riportato da K.D. KMEIC, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, cit., 1446, «Arthur J. Schlesinger Jr. introduced the term "judicial activism" to the

Invece che riflettere sul ruolo e sui limiti della judicial review statunitense, il saggio si soffermava sulla personalità dei vari giudici, descrivendone le diverse attitudini in termini di alleanze e/o divisioni politiche⁵⁵; ed è proprio a questa "personalizzazione" del problema che si deve probabilmente la popolarità assunta da tali criteri di classificazione che, a partire dalla seconda metà del Novecento, sono stati utilizzati dalla dottrina per ricostruire l'approccio di una certa Corte suprema o di un singolo giudice. Quale che sia la ragione, la fortuna di tali termini è oggi indiscutibile: come ricordato da una ricerca condotta tra la fine degli anni 90 e l'inizio del nuovo millennio, il termine judicial activism (e, di converso, anche quello di judicial restraint) è comparso oltre quattromila volte nelle law review americane, entrando a far parte, sempre di più, anche del lessico dei giudici (che sembrano sempre più inclini ad accusare i propri colleghi di un illegittimo attivismo⁵⁶), dei Senatori⁵⁷, dei Presidenti americani⁵⁸.

4. Un criterio di classificazione distorto? La(e) Corte(i) Roberts tra judicial activism e judicial restraint

Attivismo e deferenza sono le categorie attraverso cui, nel XXI Secolo, viene analizzata la giurisprudenza della Corte Roberts che, secondo una certa interpretazione, «has strengthened and deepened the trends which were already evident in the Rehnquist

public in a *Fortune* magazine article in January 1947. Schlesinger's article profiled all nine Supreme Court Justice on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them. The article characterized Justice Black, Douglas, Murphy, and Rutledge as the "Judicial Activists" and Justice Frankfurter, Jackson, and Burton as the "Champions of Self Restraint". Justice Reed and Chief Justice Vinson compromised a middle group".

⁵⁵ *Id.*, 1445: «One might expect that the term "judicial activism" first appeared in a respected judge's dissent, or in a seminal law review article. This does not appear to be the case. Rather, somewhat fittingly, the first use of the term to attract substantial attention from the public occurred on popular magazine, in an article meant for a general audience written by a non-layer».

⁵⁶ K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, 92 Cal Law Rev. 5, 2004, 1442: «During the 1990s, the terms "judicial activism" and "judicial activist" appeared in an astounding 3,815 journal and law review articles. In the first four years of the twenty-first century, these terms have surfaced in another 1,817 articles--an average of more than 450 per year. Judges today are far more likely to accuse their colleagues of judicial activism: The term appeared in judicial opinions only twice 1960s, while judges found occasion to invoke it 262 times during the years».

⁵⁷ Cfr. *Press Release, Senator Patrick Leahy, Judiciary Committee Look at SCOTUS Rulings in Age Discrimination, Arbitration Cases*, 7 Ott. 2009, <http://www.leahy.senate.gov/press/leahy-judiciary-committee-look-at-scotus-rulings-in-age-discrimination-arbitration-cases>«[i]t is the very definition of judicial activism when a court imposes a rule of decision rejected by its own precedent and rejected by Congress». Analogamente, il Deputato Elijah E. Cummings, *Justice Scalia's Staggering Assertion of Judicial Activism*, The Hill 'S Cong. Blog, 28 Mar. 2013, <http://thehill.com/blogs/congress-blog/judicial/287037-justice-scalias-staggering-assertion-of-judicial-activism>: "is a staggering assertion of judicial activism the possibility of the Justices "dismiss[ing] the legitimacy of our votes in Congress" by striking down federal statutory provisions".

⁵⁸ Cfr., da ultimo, *Barack Obama: Remarks to the White House Press Pool and an Exchange with Reporters*, Am. Presidency Project, 28 Apr. 2010, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=87815>: «It used to be that the notion of a[n] activist judge was somebody who ignored the will of Congress, ignored democratic processes, and tried to impose judicial solutions on problems instead of letting the process work itself through politically. And in the sixties and seventies, the feeling was, is that liberals were guilty of that kind of approach. What you're now seeing, I think, is a conservative jurisprudence that oftentimes makes the same error».

Court» respingendo definitivamente «the New Deal doctrine of Thayerian judicial restraint»⁵⁹. Secondo alcuni Autori, essa si è fin da subito mostrata come una Corte attivista, raccogliendo il testimone lasciato da William Rehnquist in tema di federalismo, libertà religiosa e diritti individuali⁶⁰; si pensi, ad esempio, alle sentenze *Citizens United v. FEC* e *Shelby County v. Holder* che, in materia di voto, hanno rispettivamente dichiarato l'incostituzionalità di norme approvate con il consenso di entrambi i partiti (Bipartisan Campaign Reform Act - BCRA) o in vigore da quasi cinquanta anni (Voting Rights Act 1966)⁶¹. Altri Autori hanno osservato come la nuova maggioranza della Corte – ma in modo particolare i giudici Roberts e Alito – sembrerebbe poco incline a rispettare il vincolo dello stare decisis, mostrando così «a quite aggressive form of judicial activism»⁶². Altri ancora, infine, hanno associato l'attivismo degli attuali giudici ad una agenda conservatrice, accusandoli di un attivismo «selettivo»⁶³ o criticando l'uso di «strategie processuali» ideate al solo fine di raggiungere il risultato desiderato⁶⁴. E soprattutto sull'onda di quest'ultima lettura del posizionamento della Corte Roberts, Justice Ginsburg nel rinunciare al suo pensionamento aveva ritenuto necessaria la sua presenza quale possibile freno all'attivismo della Corte in quanto «if it's measured in

⁵⁹ S.G. CALABRESI, *The History and Growth of Judicial Review*, cit., 122 «The new Supreme Court, on which John Roberts replaced William Rehnquist and Samuel Alito replaced Sandra Day O'Connor was set to become the most activist Supreme Court in American history and certainly since 1935. The legacy of the Rehnquist Court was that because, thanks to Ronald Reagan's constitutional moment, the judicial restraint, Thayerian judicial review of the New Deal finally died and was buried. New originalist Supreme Court justices like Antonin Scalia, Clarence Thomas, Samuel Alito, Neal Gorsuch, Brett Kavanaugh, and Amy Coney Barrett picked to please the Ackermanian mass popular movement of evangelical and Catholic voters, drove the court in a whole new direction. (...) By 2020, it is fair to say that the New Deal doctrine of Thayerian judicial restraint is dead, dead, dead in the Supreme Court».

⁶⁰ W.S. GRIMES, *Judicial Activism In The First Decade Of The Roberts Court: Six Activism Measures Applied*, 48 *Southwestern L. Rev.* 37, 2019, 37: "The Roberts Court, like past activist Courts, was active in an identifiable ideological direction. Its activism may also be distinguished in its aggressive use of agenda manipulation, in its use of policy super precedents, and in ignoring or discounting the views of elected representatives at the local, state, or federal levels".

⁶¹ S.G. CALABRESI, *The History and Growth of Judicial Review*, cit., 136, "The court also struck down on federalism umpiring grounds certain provisions of the Voting Rights Act of 1966 in *Shelby County v. Holder* (2013). Finally, the Roberts Court as umpire of the political process, struck down key campaign finance laws in *Citizens United v. FEC* (2010). The Roberts Court's judicial activism and growth of judicial power was definitely in part a result of umpiring".

⁶² G.R. STONE, *The Roberts Court, Stare Decisis, and the Future of Constitutional Law*, 82 *Tulane Law Review* 1533, 2008, 1543: «For example, one might imagine that Roberts and Alito are committed to a passive judicial role, to a humble form of strict construction that rejects any semblance of judicial activism as a legitimate style of constitutional interpretation. Unfortunately, that theory does not fit the facts, for at least two of these five decisions evidenced a quite aggressive form of judicial activism».

⁶³ Cfr S. STERN, S. WERMIEL, *Justice Brennan: Liberal Champion*, Houghton Mifflin Harcourt, 2010, 102 citato da G.R. STONE, *Selective Judicial Activism*, 89 *Tex. L. Rev.* 2011, 1429: «the selective activism of Justices like Scalia, Thomas, Roberts, and Alito seems to be born out of "their prejudices and their respective pasts and self-conscious desires to join [Ronald Reagan and George W. Bush] in the Valhalla of liberty"». Sull'attivismo selettivo della Corte Roberts v. anche A.B. MORRISON, *Selective Judicial Activism in the Roberts Court*, GWU Legal Studies Research Paper No. 35, 2022, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4155547>.

⁶⁴ S. WHITEHOUSE, *Conservative Judicial Activism: The Politicization of the Supreme Court under Chief Justice Roberts*, 9 *Harv. L. & Pol'y Rev.* 195, 2015, 210: «The evidence of the Roberts Court conservative bloc's corporate and partisan agenda is profound. The conservative justices have repeatedly planted ideological mines in one case to be detonated in later cases. They have used procedural strategy to set up decisions they wanted to reach».

terms of readiness to overturn legislation, this is one of the most activist courts in history»⁶⁵.

Ad uno sguardo più attento, tuttavia, tale giudizio appare quanto meno impreciso per almeno tre ordini di ragioni. In primo luogo occorre ricordare che, per effetto delle straordinarie circostanze che hanno permesso al Presidente Trump di incidere su ben un terzo della composizione della Corte, si può forse persino parlare di *due* Corti Roberts, distinguendo la giurisprudenza precedente alle nomine di Gorsuch, Kavanaugh e Barrett (2005-2020) da quella successiva. Su questo ha indiscutibilmente inciso, da un lato, il ruolo giocato per quindici anni all'interno della Corte da Justice Scalia e Justice Ginsburg che hanno definito i contorni di un equilibrio entro il quale, soprattutto nei casi più controversi e divisivi, spiccavano le posizioni moderate di Kennedy⁶⁶. Dall'altro lato, non si può non considerare il recente sbilanciamento a favore dell'ala conservativa della Corte (frutto soprattutto della sostituzione del seggio occupato dalla living constitutionalist Ginsburg⁶⁷ con l'originalista Barrett) che ha portato il Chief Justice Roberts ad accantonare il ruolo di «critical umpire» con cui si era descritto durante il proprio Confirmation hearing⁶⁸ per indossare i panni, più formali, di garante della credibilità istituzionale della Corte⁶⁹.

E da questo momento si può osservare come sia mutato l'approccio interpretativo ed argomentativo di Roberts, come risulta evidente confrontando le posizioni assunte nei casi *Obergefell v. Hodges* e *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. Nel primo caso, il Chief Justice aveva guidato con forza il dissenso dell'anima originalista della Corte, ricordando che l'opinione di maggioranza «is an act of will, not legal judgment» perché, ai sensi della Costituzione, «judges have power to say what the law is, not what it should be»⁷⁰. Diversamente, in *Dobbs* Roberts non solo ha criticato «both the Court's

⁶⁵ A. LIPTAK, *Court Is 'One of Most Activist,' Ginsburg Says, Vowing to Stay*, NYT, 24 agosto 2013, riportato da K. WHITTINGTON, *Is the Roberts Court the Least Activist Court in History?*, in *Law & Liberty*, 8 aprile 2014, <https://lawliberty.org/is-the-roberts-court-the-least-activist-court-in-history/>.

⁶⁶ Cfr. A.N. NOLAN, K.M. LEWIS, V.C. BRANNON, *Justice Anthony Kennedy: His Jurisprudence and the Future of the Court*, CRS Report R45256, 11 luglio 2018, 2: «Unlike several other Justices on the Court, Justice Kennedy did not necessarily subscribe to a particular judicial philosophy, such as originalism or textualism. Instead, Justice Kennedy's judicial approach seemed informed by a host of related principles (...) Given Justice Kennedy's outsized role on the Roberts Court, whoever succeeds him could have an important influence on any number of areas of law. In particular, Justice Kennedy's votes were critical to the outcome of numerous Court decisions on matters relating to abortion, business law, civil rights, the death penalty, the regulation of elections, eminent domain, the environment, federalism, the First Amendment, gun rights, immigration, national security, oversight of the administrative state, and separation of powers».

⁶⁷ J. HOOVER, *Before Originalism Reigns, Ginsburg Fought for Living Constitution*, National Law Journal, 4 agosto 2023, <https://www.law.com/nationallawjournal/2023/08/04/before-originalism-reigned-ginsburg-fought-for-living-constitution/?slreturn=20231003114412>

⁶⁸ Cfr. *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States, Hearings before the Committee on the Judiciary*, United States Senate, 109th Congress, U.S. Government Printing Office, 2005, 55-56. «Judges and Justices are servants of the law, not the other way around. Judges are like umpires. Umpires don't make the rules, they apply them. The role of an umpire and a judge is critical. They make sure everybody plays by the rules, but it is a limited role. Nobody ever went to a ball game to see the umpire».

⁶⁹ M.B. DOUGHERTY, *Has Roberts Changed?*, in *National Review*, 30 giugno 2023, <https://www.nationalreview.com/corner/has-roberts-changed/>

⁷⁰ *Obergefell v. Hodges* 576 US _ (2015) (Roberts's dissenting opinion).

opinion and the dissent» dal momento che entrambe le posizioni «display a relentless freedom from doubt on the legal issue that I cannot share»⁷¹, ma ha altresì cercato – per ragioni istituzionali – di trovare una improbabile quadratura del cerchio che permettesse di dichiarare legittima la legge del Mississippi sul divieto di aborto dopo quindici settimane senza, al contempo, attestare il totale overruling di *Roe v. Wade* e di *Planned Parenthood v. Casey*⁷².

In secondo luogo, se analizzati dal punto di vista empirico, i dati sulla giurisprudenza Roberts non paiono confermare l'accusa di judicial activism mossa da Justice Ginsburg. Una articolata ricerca statistica condotta da Whittington⁷³, infatti, evidenzia che la Corte Roberts «has struck down laws in 3.8 cases per year» mentre, al contrario, «the Burger Court struck down laws at a clip of about 20 cases per year»; in termini di comparazione generale rispetto alle Corti post-New Deal, pertanto, «the Supreme Court is now shockingly restrained»⁷⁴. Sebbene la ricerca sia stata condotta nel 2019, e quindi prima delle nomine effettuate dal Presidente Trump, le sue conclusioni, per quanto non aggiornate e non estendibili a priori all'intera Corte Roberts, sembrano quanto meno indicare come l'attivismo imputato alla prima Corte Roberts non

⁷¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 US __ (2022) (Roberts's concurring opinion).

⁷² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). È interessante notare come l'approccio della concurring opinion di Roberts si fondi sul judicial restraint rispetto a precedenti che – a partire da *Roe v. Wade* – sancivano il diritto federale all'aborto da oltre 50 anni. Secondo il Chief Justice, infatti, «we should adhere closely to principles of judicial restraint here, where the broader path the Court chooses entails repudiating a constitutional right we have not only previously recognized, but also expressly reaffirmed applying the doctrine of stare decisis»; seguendo questo criterio, l'argomentazione del Chief Justice invitava la Corte ad aderire al «to a simple yet fundamental principle of judicial restraint: If it is not necessary to decide more to dispose of a case, then it is necessary not to decide more». Roberts riconosce che «the viability line established by *Roe* and *Casey* should be discarded under a straightforward stare decisis analysis» dal momento che «That line never made any sense», ma ritiene, ugualmente, che ciò «[don't] requires that we also take the dramatic step of altogether eliminating the abortion right first recognized in *Roe*» perché «following that “fundamental principle of judicial restraint,” we should begin with the narrowest basis for disposition, proceeding to consider a broader one only if necessary to resolve the case at hand». In definitiva, quindi, l'approccio di Roberts puntava a riconoscere la legittimità della legge del Mississippi attraverso il superamento del criterio della viability («overruling the subsidiary rule is sufficient to resolve this case in Mississippi's favor. The law at issue allows abortions up through fifteen weeks, providing an adequate opportunity to exercise the right *Roe* protects») e di lasciare ad un altro momento il problema della legittimità del diritto federale ad abortire riconosciuto da *Roe* sulla base del diritto alla privacy («recognize that the viability line must be discarded, as the majority rightly does, and leave for another day whether to reject any right to an abortion at all»). La posizione di Roberts, in realtà, non sembra perfettamente coerente con sue le premesse. Come ricordato da Alito nella opinion di maggioranza, «we cannot embrace a narrow ground of decision simply because it is narrow; it must also be right». Il principale nodo costituzionale che ruota attorno alla questione dell'aborto negli Stati Uniti riguarda infatti la domanda se la Costituzione preveda o meno tale diritto e, sotto questo profilo, l'opinion di Roberts non si pronuncia; rimuovendo il criterio della viability senza al contempo rispondere al quesito su a chi spetti decidere, la posizione di Roberts finisce quindi per definire, e di conseguenza imporre giudiziariamente, un nuovo criterio che, pur compatibile con quello identificato dal legislatore Mississippi, vincola (analogamente alla viability) gli altri legislatori statali. In altri termini, come ricordato da K.C. WALSH, *The Elevation of Reality over Restraint in Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 25, No. 3, 2023, 2, «In contrast with the abortion right ensconced in *Roe* and extended in *Casey*, Roberts's “reasonable opportunity to choose [abortion]” rule would have been a new right with a new rationale».

⁷³ K.E. WHITTINGTON, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, 89 Notre Dame L. Rev. 2014, *passim*.

⁷⁴ K.E. WHITTINGTON, *Is the Roberts Court the Least Activist Court in History?*, cit.

corrisponda ai dati fattuali, perché, al contrario, «in terms of its demonstrated willingness to overturn legislation, this Court is perhaps the *least* activist U.S. Supreme Court – ever»⁷⁵. I dati raccolti da Whittington confermano una un'ulteriore ricerca condotta da Epstein e Martin nel 2009 sulla propensione dei giudici a dichiarare l'incostituzionalità delle leggi statali e federali: «Roberts Justices» concludono i due autori «are neither uniform activists nor committed restraintists. Rather, the Justices' votes to strike (and uphold) statutes seem to reflect their political preferences toward the policy content of the law, and not an underlying preference for restraint (or activism)»⁷⁶.

Quest'ultima considerazione introduce nella terza ragione che renderebbe inconsistenti le critiche di judicial activism mosse alla giurisprudenza Roberts. Come ricordato in precedenza, judicial activism e judicial restraint sono termini che nascono nel solco del costituzionalismo americano per descrivere due letture tra loro alternative dei principi di indipendenza e irresponsabilità politica del giudiziario rispetto agli altri poteri costituzionali. Per i sostenitori del judicial activism il fatto che i giudici siano nominati a vita li rende più idonei a resistere ad indebite pressioni politiche della maggioranza e quindi più liberi di esercitare, anche evolutivamente, il potere di judicial review. I sostenitori della judicial restraint, al contrario, obiettano che, proprio in quanto non politicamente responsabili, i tribunali sono il luogo meno indicato per raccogliere ed inverare i mutamenti della coscienza sociale, dovendo tali decisioni essere lasciate alle political branches responsabili nei confronti del popolo. Entrambe le posizioni, pur muovendo da premesse in parte corrette, non riescono tuttavia a risolvere la countermajoritarian difficulty e finiscono irrimediabilmente per essere inglobate in valutazioni di natura essenzialmente politica. Attivismo e deferenza sono così divenuti i termini con cui l'opinione pubblica americana (oltre che la dottrina) misura le sentenze della Corte *a seconda dell'esito delle decisioni*.

Come già avvenuto in passato per la giurisprudenza Rehnquist⁷⁷, anche nei confronti della Corte Roberts i termini judicial activism/restraint sono divenuti formule lessicali per lo più prive di contenuti costituzionalmente rilevanti quanto, piuttosto, caricati di una valenza politico/ideologica, come emerso in occasione di alcuni landmark

⁷⁵ K.E. WHITTINGTON, *Is the Roberts Court the Least Activist Court in History?*, cit.

⁷⁶ L. EPSTEIN, A.D. MARTIN, *Is the Roberts Court Especially Activist? A Study of Invalidating (and Upholding) Federal, State, and Local Laws*, 61 Emory L. J. 737, 2012, 738.

⁷⁷ Come acutamente rilevato da K.E. WHITTINGTON, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, cit., 2221-2222: «In the aftermath of the 1992 abortion rights decision of *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, authored by a trio of Reagan–Bush appointees, the conservative journal *First Things* sparked a firestorm with its “End of Democracy” symposium pondering whether a United States government dominated by an unrestrained Court had lost legitimacy. (...) Conservative politicians continue to rail against judicial activists, as evidenced by everything from bills introduced in Congress to party platforms to congressional hearings. Perhaps more notable has been the resurgence of critiques of judicial activism from the left. Over the past couple of decades, the left has rivaled the right in its perception of growing judicial activism. Symposia and panel discussions have been organized to analyze “conservative judicial activism.” Trade books were written denouncing right-wing judicial activism. Liberal democratic politicians have begun to worry about judicial activism. Academic concerns with a growing “judicial supremacy” during the Rehnquist Court dovetailed with an emerging literature calling for a “popular constitutionalism” that would take the Constitution away from the Court—all of which amounts to a “new activist Court”».

cases della prima giurisprudenza Roberts quali quelli riguardanti il gay marriage⁷⁸, il diritto a portare armi⁷⁹, la riforma sanitaria⁸⁰, il diritto al voto⁸¹ e così via.

5. Alla ricerca di un diverso criterio. Originalism e/o Popular Constitutionalism

Quanto fin qui sostenuto potrebbe essere riassunto con le parole di un autorevole costituzionalista italiano, secondo il quale «attivismo e deferenza» sono ormai «categorie sociologiche segnate da un tasso considerevole di ideologismo che interessano molto il diritto, certo, ma non sono giuridiche»⁸². La stessa dottrina americana, del resto, segnala da tempo l'inconsistenza di tali concetti; il *judicial activism*, ad esempio, è stato descritto come «a slippery term»⁸³ che «embody a variety of concepts»⁸⁴ risultando però, a ben vedere, «virtually empty»⁸⁵ al punto da prestarsi, naturalmente, ad essere riempito di significati squisitamente politici⁸⁶. E così, soprattutto ai giorni nostri, esso viene per lo più usato in mondo non neutrale come una «invettive»⁸⁷, ovvero sia come «a rhetorically charged way of saying that you disagree with a decision or think a decision is wrong»⁸⁸.

L'uso attuale del termine "judicial activism" si rivela pertanto non solo vano «in order to identify something that is measurable, relatively objective, and comparable across contexts»⁸⁹, ma finanche dannoso per la tenuta stessa del sistema democratico-costituzionale, perché ormai esclusivamente funzionale a rimproverare ai giudici di decidere «because of their political ideology, not because of how they interpret the Constitution»⁹⁰. In definitiva, piegando argomenti costituzionali su valutazioni o preferenze politico-valoriali, l'accusa di *judicial activism* finisce con l'alimentare essa stessa la polarizzazione politica, minando al contempo la legittimità istituzionale della Corte.

⁷⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

⁷⁹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

⁸⁰ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

⁸¹ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

⁸² M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione Giustizia*, 4, 2020, 40.

⁸³ F.H. EASTERBROOK, *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?*, 73 U. Colo. L. Rev., 2002, 1401.

⁸⁴ K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, cit., 1443.

⁸⁵ R.E. BARNETT, *Is the Rehnquist Court an "Activist" Court? The Commerce Clause Cases*, 73 U. Colo. L. Rev. 2002, 1275.

⁸⁶ Cfr. B.C. CANON, *Defining the Dimensions of Judicial Activism*, 66 *Judicature* 236, 1983, 237.

⁸⁷ K.E. WHITTINGTON, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, cit., 2226: «The term "judicial activism" is, of course, crude and unavoidably political. Judicial activism has long been a term of invective and thus is hard to use as a neutral description of judicial behavior».

⁸⁸ K. ROOSEVELT, *The Myth of Judicial Activism. Making Sense of Supreme Court Decisions*, HUP, 2004, 43.

⁸⁹ K.E. WHITTINGTON, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, cit. 2226.

⁹⁰ T. RODIA, *What defines judicial activism? Not being an activist, says Kermit Roosevelt*, Penn Today, 15 luglio 2022, <https://penntoday.upenn.edu/news/what-defines-judicial-activism-not-being-activist-says-kermit-roosevelt>

Per comprendere il tema occorre allora osservarlo da un diverso angolo prospettico, spostando lo sguardo dalla presunta propensione dei giudici all’attivismo o alla deferenza giudiziale al tipo di interpretazione costituzionale usata per fondare le loro decisioni. Riannodando i fili del discorso, infatti, la countermajoritarian difficulty non riguarda esclusivamente la giustificazione democratica di decisioni contromaggioritarie, ma anche – e forse soprattutto – il rapporto tra «un *certo tipo* di volontà democratica (quella costituente) con *un altro tipo* volontà democratica (quella costituita)»; letto in questa luce, il problema del controllo di costituzionalità deve essere indagato non tanto osservando la propensione (personale o istituzionale) dei giudici ad assumere un atteggiamento di attivismo o deferenza nei confronti del volere della maggioranza politica, ma ragionando invece sullo scopo e – soprattutto – sui limiti di una istituzione chiamata a difendere la supremazia della Costituzione sulle leggi, ovverosia «a preservare la volontà espressa nel patto costituzionale sulle contingenti manifestazioni di volontà legislativa»⁹¹.

La prevalenza della maggioranza costituente su quella costituita subordina quindi la legittimazione (e la legittimità) del controllo di costituzionalità vincolando i giudici alla concreta fedeltà al testo della Costituzione, perché, se le decisioni della Corte devono essere «neither force nor will, but merely judgment»⁹², occorre che esse si limitino a rilevare quanto la volontà costituente ha effettivamente previsto. In questa prospettiva, il dilemma contromaggioritario ci costringe a rivolgere lo sguardo alle teorie interpretative della Costituzione, nel tentativo di ricercare i limiti del potere interpretativo dei giudici, in assenza dei quali la loro azione finisce inevitabilmente per imporre certe visioni morali, politiche e sociali a quelle dei rappresentanti del popolo, mettendo con ciò a repentaglio la legittimità stessa del judicial review⁹³.

Il tema della interpretazione, e della teoria della Costituzione che lo sorregge, è notoriamente oggetto di riflessione da parte della dottrina giuridica da molti secoli. Benché non sia questa la sede per ripercorrerne gli sviluppi nella loro interezza, si ritiene tuttavia utile provare a ragionare su due teorie costituzionali (il new originalism e il popular constitutionalism) che, negli ultimi decenni, hanno provato a dare risposta ai quesiti ora ricordati. L’originalismo costituisce infatti una teoria interpretativa che gode oggi (soprattutto nella sua formulazione “original public meaning originalism”⁹⁴) di un

⁹¹ Cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto*, Giuffrè, 2023, 186-187: “La prima questione è quella, classica, della countermajoritarian difficulty, cioè se in sistemi democratici si possa ammettere legittimazioni non democratiche (...). A ben vedere, infatti, rigidità e controllo di costituzionalità servono a preservare la volontà democratica manifestatasi col patto costituzionale, patto che la stessa volontà democratica ha riservato alla prevalenza sulle contingenti manifestazioni di volontà legislativa. Né così interviene un paradossale rovesciamento del generale principio della poeriorità della volontà successiva rispetto a quella precedente, poiché quel che si verifica è semplicemente la prevalenza di un *tipo* di volontà democratica (quella costituente) su un altro *tipo* di volontà democratica (quella costituita), che lascia sempre aperta la porta della riedizione della volontà del primo tipo attraverso la riedizione di atti costituenti”.

⁹² A. HAMILTON, *The Federalist* n. 78.

⁹³ Sul tema, mirabilmente, O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

⁹⁴ La fortuna dell’originalismo in America dipende anche dalla continua evoluzione a cui è soggetta tale teoria; nel descriverne lo sviluppo, L.B. SOLUM, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, (2011). Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 2011, 1353 ss. individua infatti almeno tre macro-tipologie (original intentions originalism; original public meaning originalism; original methods originalism), ritenendo che «different versions of originalism offer different

ampio consenso all'interno della dottrina – non solo di area conservativa – e anche, per quel che qui più conta, nella maggioranza della Corte Roberts. È quindi a partire da tale teoria che si vuole indagare la risposta dell'attuale Corte suprema al dilemma contromaggioritario e comprendere così, più a fondo, le ragioni di talune decisioni. Accanto all'originalismo, non bisogna poi dimenticare la teoria costituzionale del popular constitutionalism, elaborata per mettere in luce i limiti intrinseci della judicial supremacy all'interno del sistema costituzionale americano. Nata all'inizio del nuovo millennio, essa si propone di sottrarre ai giudici supremi il ruolo di ultimo interprete della Costituzione per restituirlo al popolo, dal momento che, per usare le parole di Larry Kramer, «The Supreme Court is not the highest authority in the land on constitutional law. We are»⁹⁵.

Originalismo e popular constitutionalism sono teorie costituzionali con una diversa data di nascita così come diverse sono le premesse da cui partono e le conclusioni a cui giungono. Innanzitutto, l'originalismo si sviluppa come reazione conservatrice al living constitutionalism della giurisprudenza Warren⁹⁶, mentre il popular constitutionalism ricomprende un vasto numero di studiosi di area liberal preoccupati per l'attivismo giudiziale delle Corti Rehnquist e Roberts⁹⁷. In secondo luogo, se gli originalisti guardano

accounts of the determinants of original meaning» (28). Esistono dunque differenti tipologie di originalisti, al punto che, come sostenuto da C.R. SUNSTEIN, *Originalism*, 93 Notre Dame L. Rev. 1671, 2018, 1673., «today's originalism is not your grandfather's originalism, or even your father's, and probably not your older sister's».

⁹⁵ L. KRAMER, *The People Themselves. Constitutionalism And Judicial Review*, Oxford, 2004, 248. Nella teoria di Kramer, il popular constitutionalism afferisce ad un metodo interpretativo della Costituzione in voga fin dal principio nel sistema costituzionale americano che si contrappone al legal constitutionalism; come ricordato in L. KRAMER, *Popular Constitutionalism*, 92 Cal. L. Rev. 4, 2004, 959: "American constitutional law has, practically from the start, consisted of a struggle between two principles, which we can call "popular constitutionalism" and "legal constitutionalism." In a system of popular constitutionalism, the role of the people is not confined to occasional acts of constitution making, but includes active and ongoing control over the interpretation and enforcement of constitutional law. Legal constitutionalism, in contrast, relocates final authority to interpret and enforce fundamental law in the judiciary. Although both principles have been with us from nearly the beginning, popular constitutionalism came first and was dominant for most of American history-leaving the judiciary, like the political branches, subject to ultimate supervision by "the people themselves"".

⁹⁶ Come noto, il termine "originalismo" è entrato con una certa costanza all'interno del dibattito americano in epoca reaganiana a seguito del famoso discorso tenuto nel 1985 dall'Attorney general Edwin Meese. È proprio a tale discorso che l'originalismo deve forse la sua fortuna politica; contrapponendosi alla teoria del living constitutionalism, esso è stato presentato come una risposta all'attivismo giudiziale delle Corti Warren e Burger. Almeno inizialmente molti giuristi conservatori hanno così abbracciato tale dottrina per sostenere le loro idee, e l'originalismo è stato descritto come «a political practice» (R. POST, R. SIEGEL, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, 75 Fordham L. Rev. 545 2006) o una «post-hoc rationalization for conservative political goals» (L.E. SAWYER III, *Principle and Politics in the New History of Originalism*, 57 Am. J. Legal Hist., 2017, 209). Tuttavia, incasellare il pensiero originalista in una strategia volta esclusivamente a perseguire un certo risultato politico o valoriale risulta essere oggi più complesso, per le ragioni che si è cercato di illustrare in L.P. VANONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in DPCE, 2/2021, 499 ss.

⁹⁷ L.J. STRANG, *Originalism as Popular Constitutionalism: Theoretical Possibilities and Practical Differences*, 87 Notre Dame L. Rev. 253, 2013, 284: «Popular constitutionalism is the umbrella label for a family of constitutional theorists (...) Beginning with the Burger Court, and more earnestly with the Rehnquist Court, the perception arose among liberal legal academics that the Supreme Court was conservative and was likely to remain so for the foreseeable future. This caused liberal legal academics to seriously question the claims of judicial power accepted since the Warren Court. As a result, many liberal legal academics have returned to their intellectual home in the form of popular constitutionalism».

alla storia per determinare «the fixed original meaning of the Constitution» respingendo con forza ogni tipo di interpretazione creativo/evolutiva, il popular constitutionalism si occupa invece di ricercare i momenti in cui la norma costituzionale è stata influenzata dagli sviluppi storici; l'originalismo è così descritto come «a *method* of constitutional interpretation», mentre il popular constitutionalism è piuttosto «a *process* of constitutional interpretation» che si svolge al di fuori delle Corti e che riguarda «elaborating constitutional meaning in this political realm»⁹⁸. Come ricordato dallo storico Saul Cornell, «popular constitutionalism was, and remains, closer in spirit to modern ideas of a living constitution and is therefore ultimately incompatible with all forms of originalism»⁹⁹.

Nonostante le differenze che separano le due teorie, entrambe condividono però la preoccupazione per un eccessivo esercizio della judicial review da parte dei giudici supremi. Obiettivo comune, infatti, è quello di mettere in guardia i sistemi costituzionali dal rischio che le Corti comincino ad operare promuovendo certi *programmi* o certe *politiche* senza limitarsi a controllare e rispondere a specifici abusi da parte del legislatore, trasformando la judicial review in judicial supremacy o judicial sovereignty¹⁰⁰.

Nel sistema americano, tale preoccupazione contraddistingue sia il lavoro dei popular constitutionalists che dei primi originalisti. Larry Kramer, ad esempio, identifica la judicial supremacy come un nemico del costituzionalismo, perché essa implica che i giudici (e solo loro) abbiano l'ultima parola nel definire il significato di norme costituzionali che sono invece scritte per tutti¹⁰¹. Non troppo distante è il pensiero espresso dal procuratore generale Edwin Meese II in un famoso discorso del 1986 da molti considerato come fondamentale per la nascita dell'originalismo e secondo il quale

⁹⁸ R.E. ZIETLOW, *Popular Originalism - The Tea Party Movement and Constitutional Theory*, 64 Fla. L. Rev. 483, 2012, 499: «Originalism is a method of constitutional interpretation that focuses on what the Constitution and its amendments meant at the time they were adopted. 98 Originalists believe that meaning is both fixed and binding. Popular constitutionalism is a process of constitutional interpretation that occurs outside of the courts. Unlike originalism, popular constitutionalism allows for the possibility that constitutional meaning may change over time because it involves "elaborating constitutional meaning in this political realm"».

⁹⁹ S. CORNELL, *Heller, New Originalism, and Law Office History: "Meet the New Boss, Same as the Old Boss"*, 56 UCLA L. Rev. 1095, 1103, 2009, 1103.

¹⁰⁰ Così J. WALDRON, *The rule of law and the role of courts*, in *Global Constitutionalism*, 10(1), 101: «there is a danger that judicial review will tilt towards judicial sovereignty if courts begin to present themselves as pursuing a coherent program or policy, rather than just responding to particular abuses identified as such by a bill of rights – one by one, as they crop up».

¹⁰¹ L. KRAMER, *The People Themselves. Constitutionalism And Judicial Review*, Oxford, 2004, 125: «judicial supremacy [is] the notion that judges have the last word when it comes to constitutional interpretation and that their decisions determine the meaning of the Constitution for everyone». In un precedente scritto, che costituisce il fondamento del suo lavoro successivo, l'A. utilizza anche il termine (poi abbandonato) di judicial sovereignty: L. KRAMER, *The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court*, 115 Harv. L. Rev. 4, 2001, 13: «There is... a world of difference between having the *last* word and having the *only* word: between judicial supremacy and judicial sovereignty. We may choose to accept judicial supremacy, because we need someone to settle certain constitutional questions and, for a variety of historical and jurisprudential reasons, the Supreme Court seems like our best option. But it does not follow either that the Court must wield its authority over every question or that, when it does, the Court can dismiss or too quickly supplant the views of other, more democratic institutions. Nothing in the doctrine of judicial supremacy, in other words, requires denying either that the Constitution has qualities that set it apart from ordinary law, or that these qualities confer legitimate interpretive authority on political actors as a means of ensuring continued popular input in shaping constitutional meaning».

«constitutional interpretation is not the business of the Court only, but also properly the business of all branches of government»¹⁰². Analogamente, la necessità di delimitare i poteri della Corte suprema è rinvenibile anche nei lavori di Bork¹⁰³ e Scalia¹⁰⁴, laddove invece – qualche anno prima di Kramer – pensatori liberal come Mark Tushnet o Cass Sustein hanno rispettivamente sostenuto la necessità di «eliminare»¹⁰⁵ o quanto meno «limitare»¹⁰⁶ il ruolo dei giudici nell'interpretazione di casi che comportano conseguenze sociali rilevanti per la vita del paese. Ma anche al di fuori del sistema americano, il problema dell'equilibrio tra judicial review e judicial supremacy è segnalato da Jeremy Waldron per descrivere le trasformazioni dei sistemi costituzionali; se la prima «can operate as a modest restraining power», la seconda implica piuttosto che «judges should be supreme or even sovereign in the polity and all powers in the constitution should be subordinated to them»¹⁰⁷. Similmente, Richard Bellamy ha usato tale concetto per sviluppare l'idea del political constitutionalism, sostenendo che «rights-based judicial review of legislation by constitutional courts has long been criticised as undermining democracy, particularly when it involves a strike down power and a claim to judicial supremacy»¹⁰⁸.

Pur rimandando distanti sia sul piano delle premesse teoriche quanto su quello delle conseguenze pratiche, come testimoniato dai lavori, e in alcuni casi anche dagli orientamenti politici, degli autori che afferiscono all'una o all'altra dottrina¹⁰⁹, sia l'originalismo che il popular constitutionalism sembrano interrogarsi profondamente sul ruolo dei giudici nel quadro complessivo dei poteri costituzionali, mettendo a fuoco il problema della judicial supremacy come uno dei punti nevralgici del costituzionalismo contemporaneo.

6. La (seconda) Corte Roberts tra originalismo e judicial supremacy

Tanto l'originalismo quanto il popular constitutionalism possono essere considerate teorie nate in reazione ad una certa deriva giurisprudenziale che, non limitandosi a denunciare l'attivismo dei giudici, si sforzano di ricostruirne le ragioni storiche, traendo dallo sviluppo del costituzionalismo americano una dottrina costituzionale capace di arginare il potere di judicial review. In questo modo, esse spostano l'attenzione dalla *specific attitude* di una o più Corti a dichiarare l'incostituzionalità delle leggi, ai *limiti costituzionali* che definiscono tale potere, focalizzandosi cioè sulla trasformazione della

¹⁰² EDWIN MEESE II., *Law of the Constitution*, 61 Tul. L. Rev., 1986-1987, 983.

¹⁰³ R. BORK, *The Tempting America. The Political Seduction of Law*, Macmillan, New York, 1990.

¹⁰⁴ A.J. SCALIA, *A matter of interpretation*, Princeton University Press, New York, 1997.

¹⁰⁵ M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, 1999.

¹⁰⁶ C.R. SUSTEIN, *One Case at the Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 2001.

¹⁰⁷ J. WALDRON, *Judicial Review and Judicial Supremacy*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 14-57, 2014, 4 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2510550>.

¹⁰⁸ R. BELLAMY, *The Democratic Qualities of Courts: A Critical Analysis of Three Arguments*, *Representation*, 49:3, 2013, 333.

¹⁰⁹ Cfr. da L.J. STRANG, *Originalism as Popular Constitutionalism: Theoretical Possibilities and Practical Differences*, cit., 254.

judicial review of legislation in judicial supremacy. È quindi in questa luce che occorre giudicare le recenti decisioni della attuale Corte suprema, soprattutto dopo che, a seguito delle nomine decise da Trump, la maggioranza del collegio pare oggi orientata a ricercare l’original public meaning delle disposizioni costituzionali, ovverosia «the objective legal construct (...) which judges a person’s actions based on whether an ordinary person would consider them reasonable, given the situation»¹¹⁰. La domanda che si pone è se, attraverso la teoria originalista, la Corte suprema sarà capace di porre un limite all’espansione interpretativa che, almeno negli ultimi decenni, sembra aver condizionato lo sviluppo del costituzionalismo americano.

Numerosi sono gli elementi che complicano il tentativo di rispondere a questo interrogativo. In primo luogo, la teoria originalista/testualista è tutt’altro che un corpo monolitico di canoni interpretativi univoci, ma si divide – anche all’interno della Corte – in orientamenti tra loro diversi. In secondo luogo, la storia americana insegna che non sempre le decisioni assunte dai giudici rispecchiano i convincimenti politici che ne hanno giustificato la nomina e anzi, in più di una occasione, è accaduto che candidati scelti da Presidenti repubblicani abbiano finito per appoggiare le decisioni dei loro colleghi progressisti¹¹¹; può pertanto accadere, come già anticipato descrivendo la figura del Chief Justice Roberts, che in nome della stabilità interna al collegio i giudici possano mutare il loro orientamento. Infine, le nomine di Kavanaugh e (soprattutto) di Barrett sono piuttosto recenti, e ciò rende più complesso definire in modo chiaro gli equilibri all’interno della Corte e trarre, da essi, conclusioni definitive circa l’approccio interpretativo che essa intenderà assumere in futuro.

Proprio il combinato disposto di questi fattori ha fatto sì che, negli ultimi anni, anche la stessa maggioranza originalista della Corte si sia talvolta trovata a dissentire sulla corretta interpretazione delle disposizioni relative alla risoluzione dei casi concreti. Paradigmatica, in proposito, è la sentenza *Bostock v. Clayton County*¹¹² che ha risolto a favore dei ricorrenti una serie di controversie legate alla discriminazione sui luoghi di lavoro rispetto all’orientamento sessuale. Il caso è emblematico perché segna una divisione nel fronte conservatore ma anche un’ulteriore frattura tra i giudici originalisti che si professano eredi di Scalia¹¹³; per Gorsuch (estensore della opinione di maggioranza supportata dai voti di Roberts, Ginsburg, Kagan, Sotomayor e Breyer) le parole «because of (...) sex» contenute nel Title VII del Civil Rights Act¹¹⁴

¹¹⁰ S.G. CALABRESI, *On Originalism in Constitutional Interpretation*, <https://constitutioncenter.org/the-constitution/white-papers/on-originalism-in-constitutional-interpretation>.

¹¹¹ Esempio, sotto questo profilo, è la figura di Earl Warren che, scelto come Chief Justice dal Presidente Eisenhower, si è poi rivelato un campione del living originalism progressista, portando lo stesso Eisenhower a giudicare tale nomina come «il più grande errore» della sua presidenza.

¹¹² *Bostock v. Clayton County*, *Georgia*, 590 US, 2020.

¹¹³ Come giustamente osservato da N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, in *Quad. Cost.*, 4, 2020, 839-840: «la pronuncia è interessante (...) dal punto di vista della teoria dell’interpretazione, perché rivela l’esistenza di una controversia nel seno stesso della corrente originalista-testualista attualmente maggioritaria nel collegio» e «dal punto di vista degli equilibri interni alla Corte, perché il testualismo viene utilizzato per ottenere risultati inattesi, e maggiormente graditi ai giudici liberal».

¹¹⁴ A norma del quale è proibito «discriminat[ing] against any individual with respect to h[er] compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual’s race, color, religion, sex, or national origin».

ricomprendono discriminazioni lavorative fondate sull’orientamento sessuale, poichè il licenziamento di una persona omosessuale o transessuale comporta, logicamente, una discriminazione che coinvolge il loro sesso. Al contrario, per Alito e Kavanaugh, la decisione altro non sarebbe che una «nave pirata» che, «innalzando un vessillo testualista», maschererebbe l’intenzione di aggiornare il testo legislativo per trarne significati più conformi all’attuale contesto sociale¹¹⁵, frutto di un’interpretazione letteralista e non originalista delle disposizioni¹¹⁶. Al di là dell’esito della controversia, la spaccatura tra Gorsuch, da un lato, e Kavanaugh e Alito, dall’altro, mostra un disaccordo che, nel travalicare il caso di specie, interroga la natura stessa della teoria originalista; mentre il primo pare appoggiarsi sulla dottrina del living originalism di Balkin¹¹⁷ curvando la lettura testualista ad una interpretazione che meglio si attaglia allo spirito dei nostri giorni, i secondi pongono l’accento sul centro della teoria dell’original public meaning, rilevando come il lavoro dei giudici dovrebbe limitarsi a ricavare l’ordinary meaning delle disposizioni, ovverosia «to tell us what the words of the law conveyed to reasonable people at the time»¹¹⁸. La sentenza *Bostock* non è rimasta un caso isolato, e altre circostanze paiono timidamente confermare che l’attuale maggioranza non sembra poi così monolitica rispetto alle tecniche interpretative utilizzare per risolvere i casi¹¹⁹.

¹¹⁵ *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 US __2020 (Alito dissenting): «The Court’s opinion is like a pirate ship. It sails under a textualist flag, but what it actually represents is a theory of statutory interpretation that Justice Scalia excoriated—the theory that courts should “update” old statutes so that they better reflect the current values of society».

¹¹⁶ *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 US __2020 (Kavanaugh dissenting): «The difference between literal and ordinary meaning becomes especially important when—as in this case—judges consider *phrases* in statutes. (Recall that the shorthand version of the phrase at issue here is “discriminate because of sex.”). Courts must heed the ordinary meaning of the *phrase as a whole*, not just the meaning of the words in the phrase. That is because a phrase may have a more precise or confined meaning than the literal meaning of the individual words in the phrase. (...) Judges adhere to ordinary meaning for two main reasons: rule of law and democratic accountability. A society governed by the rule of law must have laws that are known and understandable to the citizenry. And judicial adherence to ordinary meaning facilitates the democratic accountability of America’s elected representatives for the laws they enact. Citizens and legislators must be able to ascertain the law by reading the words of the statute. Both the rule of law and democratic accountability badly suffer when a court adopts a hidden or obscure interpretation of the law, and not its ordinary meaning».

¹¹⁷ È questa l’opinione di J.J. ALICEA, *The Originalist Jurisprudence of Justice Samuel Alito*, Harvard Journal of Law and Public Policy, Per Curiam, No. 13, 2023, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4430219>: «Justice Gorsuch’s majority opinion was Balkinian through and through. It relied on the semantic meaning of the words constituting the phrase “discriminat[ion] . . . because of . . . sex” drawn from dictionary definitions, and it rejected as “irrelevant” “whether a specific application was anticipated by Congress,” arguing that reliance on expected applications “impermissibly seeks to displace the plain meaning of the law in favor of something lying beyond it.” Rather, what mattered was that those living today could discern that the anti-discrimination principle embodied in Title VII – understood at a high level of generality based on semantic meaning – prohibited sexual-orientation and gender-identity discrimination».

¹¹⁸ Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 US __2020 (Alito dissenting).

¹¹⁹ Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso *Nin-Chavez v. Garland* 593 U.S.__ (2021) in cui la Corte ha difeso i diritti di un immigrato irregolare ancorando la decisione ad una lettura strettamente testualista dell’articolo indeterminativo “a”. Il caso, naturale prosecuzione di *Pereira v. Sessions* 585 U.S.__2018 riguardava l’interpretazione della c.d. stop-time-rule relativa alla deportazione degli stranieri. Il diritto dell’immigrazione stabilisce infatti che gli stranieri possano sanare la loro situazione qualora dimostrino di aver abitato negli Stati Uniti per almeno dieci anni continuativi, ma il governo federale ha la facoltà di interrompere tale periodo inviando all’interessato «a notice to appear». Nel caso in esame

Un secondo esempio che svela i diversi approcci dei giudici alla teoria dell'originalismo è quello relativo all'utilizzo dei precedenti, soprattutto quando questi ultimi sono fondati su interpretazioni evolutive del testo costituzionale¹²⁰; pur con autorevoli eccezioni¹²¹, la maggior parte degli studiosi concorda nel ritenere compatibile l'originalismo con il principio dello stare decisis. Le posizioni si diversificano, invece, con riferimento al grado (forte o debole) di vincolatività dei precedenti che rimane oggetto di dispute irrisolte¹²². Nota, a questo riguardo, è la differente lettura di Scalia e Thomas della dottrina dello stare decisis; se il primo, pur critico, l'ha utilizzata nelle proprie decisioni ritenendo che, nella sua declinazione pragmatica, l'originalismo «must accommodate the doctrine» in quanto «it cannot remake the world anew»¹²³, il secondo ha sempre manifestato una posizione più rigorosa, dichiarando anche recentemente che «when faced with a demonstrably erroneous precedent, my rule is simple: We should not follow it»¹²⁴.

Il tema è certamente rilevante; soprattutto negli ultimi term, la Corte suprema è infatti stata sollecitata a pronunciarsi sull'overruling di precedenti in materia di libertà religiosa¹²⁵, confini dello stato amministrativo¹²⁶, affirmative action¹²⁷, e così via, sulle quali l'attuale maggioranza non sembra aver sempre assunto una posizione univoca; se Thomas ha più volte rimarcato la sua posizione¹²⁸, Alito pare maggiormente incline a

l'amministrazione aveva notificato a Nin-Chavez il provvedimento in due diversi documenti, un primo indicante genericamente il removal order e un secondo contenente la data e il luogo del procedimento. La duplicità della documentazione inviata viola, secondo la Corte, le disposizioni di legge perché, «to an ordinary reader "a" notice would seem to suggest just that: "a" single document containing the required information, not a mishmash of pieces with some assembly required». Gorsuch svela così il rigore metodologico che orienta la sua interpretazione originalista-testualista; per quanto possa sembrare singolare fondare l'intera decisione sul significato di un'unica parola, «words are how the law constrains power» e ciò deve valere – a maggior ragione – qualora il governo eserciti il proprio imperio nei confronti di singoli cittadini. Anche in questo caso, come in *Bostock v. Clayton County*, alla maggioranza conservativa si è aggiunta (condividendo quindi una interpretazione testualista del caso) l'ala liberal della Corte.

¹²⁰ Sul punto, nella dottrina italiana, v. G. ROMEO, *Interpretazione costituzionale di common law*, Giappichelli, Torino, 2020, in par. 206 ss.; A. PIN, *Precedente mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Cedam, Padova, 2017.

¹²¹ G.S. LAWSON, *Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited*, 5 Ave Maria L. Rev. 1, 2007 1 ss.; M.S. PAULSEN, *The Intrinsically Corrupting Influence of Precedent*, 22 Const. Comment 289, 2005, 289 ss.

¹²² Sul punto v. (tra gli altri) J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, 103 Nw. U.L. Rev. 803, 2009, 803 ss.; W. BAUDE, *Is Originalism Our Law?*, 115 Colum. L. Rev. 2349, 2015, 2349 ss.

¹²³ A.J. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, cit., 138.

¹²⁴ *Gamble v. United States* 587 U.S. __2019.

¹²⁵ Cfr. *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

¹²⁶ Cfr. *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984)

¹²⁷ Cfr. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

¹²⁸ L'opinione di Thomas è espressa in modo lineare nella già citata *Gamble v. United States* 587 U.S. __2019, ma emerge in modo costante nella sua giurisprudenza. Ad esempio, in tema di I Emendamento, Thomas è da sempre contrario ad una interpretazione estensiva della incorporation del XIV emendamento, ritenendo al contrario che l'Establishment clause non possa vincolare gli Stati, dal momento che «The text and history of the Establishment Clause strongly suggest that it is a federalism provision intended to prevent Congress from interfering with state establishments. Thus, unlike the Free Exercise Clause, which does protect an individual right, it makes little sense to incorporate the Establishment Clause» (*Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1 2004). Analogamente, Thomas è contrario alla deferenza interpretativa consentita alle agency amministrative sulla scorta della Chevron doctrine, e ha espresso più di una volta negli ultimi anni la sua volontà di superare il pronunciamento *Chevron v. NRDC*. Da ultimo, l'esempio più

seguire un orientamento che considera l’*overruling* solo nei casi in cui ciò sia espressamente richiesto dalle parti¹²⁹, e Barrett sembra al momento essersi mossa con ancor maggiore cautela. In *Fulton v. Philadelphia*, ad esempio, la Corte ha risolto a favore del ricorrente un conflitto tra la città di Philadelphia e il *Catholic Social Services* fornendo una raffinata interpretazione della *Free Exercise Clause* che ha evitato l’*overruling* del controverso caso *Employment Division v. Smith*¹³⁰. Interessante, a questo riguardo, è la *concurring opinion* di Justice Barrett che, pur avendo in passato esposto le sue ragioni a favore di «a weak presumption of stare decisis»¹³¹, ha ritenuto non necessario procedere con l’*overruling* di *Smith* dal momento che, sebbene tale precedente ponga più di un dubbio interpretativo sia sotto il profilo storico che testuale, «we need not wrestle with these questions in this case, though, because the same standard applies regardless whether *Smith* stays or goes»¹³².

Ciò non toglie che, soprattutto di recente, la Corte suprema abbia preso decisioni fortemente contestate, assumendosi la responsabilità di risolvere problematiche che, da ormai diversi decenni, toccano tematiche sensibili e polarizzanti per la vita dell’intero paese. Ed è soprattutto rispetto a tali decisioni che la capacità dell’originalismo di

significativo dell’approccio di Thomas sullo *stare decisis* emerge nella sua *concurring* nel caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* in cui Thomas «called for reconsidering major substantive due process cases like *Griswold v. Connecticut* (right to contraception), *Lawrence v. Texas* (right to engage in sodomy), and *Obergefell v. Hodges* (right to same-sex marriage), even though the parties had not asked the Court to do so and the Court had gone out of its way to avoid calling those cases into question» (cfr. J.J. ALICEA, *The Originalist Jurisprudence of Justice Samuel Alito*, cit., 5).

¹²⁹ Cfr. J.J. ALICEA, *The Originalist Jurisprudence of Justice Samuel Alito*, cit. 4-5: «Justice Alito – though not specifically addressing Justice Thomas’s view – has suggested that he disagrees with this “narrow view of stare decisis” and instead applies what have become conventional factors for determining whether to overrule precedent (...) Justice Alito has repeatedly made clear his view that, as a general matter, the Court should not reexamine precedents unless one of the parties has asked the Court to do so. He criticized the Court for ignoring this practice in his dissent in *Arizona v. Gant* (...) and while agreeing that Justice Thomas’s *concurring opinion* in *Perez v. Mortgage Bankers Association* raised “substantial reasons why” deference to administrative agencies’ interpretation of their own regulations might be unconstitutional, he declined to join Justice Thomas’s concurrence arguing against such deference because he wanted “full briefing and argument” on the issue».

¹³⁰ *Fulton v. Philadelphia*, 593 U.S. ____ (2021). Il caso riguardava una controversia in materia di adozione dei minori sorta tra la città di Philadelphia e un ente privato legato alla diocesi cattolica (*Catholic Social Service*) che, nell’ambito del *foster-care service* convenzionato con la municipalità, si era rifiutato di certificare come possibili famiglie affidatarie quelle composte da persone sposate dello stesso sesso. Accogliendo le ragioni del ricorrente, la Corte ha ritenuto che il rifiuto di Philadelphia di stipulare un contratto con la CSS per la fornitura di servizi di assistenza all’infanzia, a meno che la CSS non accetti di certificare coppie dello stesso sesso come genitori affidatari, viola la Clausola del Libero Esercizio del Primo Emendamento.

¹³¹ A.C. BARRETT, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, 91 Tex. L. Rev., 2012-2013, 1711.

¹³² *Fulton v. Philadelphia*, 593 U.S. ____ (2021) (Barrett *concurring*). L’*opinion* di Barrett sembra così accogliere l’insegnamento di Scalia ad approcciarsi pragmaticamente al tema dello *stare decisis*, e ricordato dalla stessa Barrett in A.C. BARRETT, *Originalism and Stare Decisis*, 92 Notre Dame L. Rev. 1921, 2017, 1942: «The Court also decides how much precedent to unsettle when it decides how broadly to write an opinion: there are sometimes disputes about whether the Court should overrule a precedent outright or merely narrow it and leave the question whether it should be overruled for another day (or never).⁹⁸ These choices are not best understood as choices about the strength of stare decisis. They are better understood as choices about whether to put the merits of precedent on the agenda, thereby forcing the Court to consider whether stare decisis should hold the precedent in place». Di diverso avviso le *concurring* di Alito e Gorsuch che, pur concordando con la maggioranza sull’esito della decisione, ritengono al contrario necessario procedere con l’*overruling* di *Smith*.

rispondere al problema della judicial supremacy deve essere analizzata, perché è proprio in relazione a tali casi che le critiche alla Corte suprema si sono fatte più marcate.

Si pensi alle sentenze *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* e *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*¹³³ entrambe decise nello stesso term con una maggioranza (6-3) che segna in modo chiaro la polarità attualmente presente in Corte. I casi sono stati ferocemente criticati al di qua e a di là dell’oceano¹³⁴ come un esempio di «living traditionalism»¹³⁵ o «radical judicial activism»¹³⁶ che usa l’originalismo come «a false flag»¹³⁷ o «an hollow shell»¹³⁸ per «ventriloquize historical sources»¹³⁹ e promuovere «a right-wing political agenda»¹⁴⁰. *Dobbs*, in particolare, è descritta come l’esito di una elaborata strategia politica che, sul piano della interpretazione costituzionale, invalida oltre cinquant’anni di precedenti finendo (persino) per assumere la forma di «living constitutionalism that makes our constitutional order less democratic»¹⁴¹, laddove *Bruen*, allargando le maglie del II Emendamento,

¹³³ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022); *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022).

¹³⁴ Data la loro importanza, le sentenze *Bruen* e *Dobbs* sono state oggetto di ampio dibattito anche nella dottrina italiana. Senza alcuna pretesa di completezza, si veda in particolare il ricco dibattito su *Originalismo e Costituzione* aperto dalla lettera AIC 7/2002 di C. CARUSO e proseguito poi con gli interventi di L.P. VANONI, N. ZANON, Q. CAMERLENGO, O. CHESSA, M. D’AMICO, G. RAZZANO, F. PEDRINI, C. VALENTINI, C. BOLOGNA (<https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>). Su *Dobbs* si rimanda anche alla Special Issue con diversi contributi a cura di L. BUSATTA, M.P. IADICICCO, B. LIBERALI, S. PENASA, M. TOMASI, *Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo*, in *Biolaw Journal*, 1, 2023; A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda. Regolamentazione dell’aborto in due esperienze paradigmatiche*, Giappichelli, Torino, 2023; A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all’interruzione volontaria della gravidanza*, in *Diritti Comparati*, 14 luglio 2022; V. BARSOTTI, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di aborto. Una lunga storia americana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2022, 1423 ss.; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all’aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2 novembre 2022; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 3, 2022, 1609 ss.

¹³⁵ G. SHERIF, *Living Traditionalism*, 98 N.Y.U. L. Rev. (forthcoming 2023), 98 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4366019>.

¹³⁶ B. OLINSKY, *The Supreme Court’s Extreme Majority Risks Turning Back the Clock on Decades of Progress and Undermining Our Democracy*, *American Progress*, 13 giugno 2022, <https://www.americanprogress.org/article/the-supreme-courts-extreme-majority-risks-turning-back-the-clock-on-decades-of-progress/>

¹³⁷ N. FELDMAN, *Supreme Court ‘Originalists’ Are Flying a False Flag*, in *Bloomberg*, 17 luglio 2022, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-07-17/supreme-court-s-conservative-originalists-are-flying-a-false-flag#xj4y7vzkg>

¹³⁸ D.H. GANS, *This Court Has Revealed Conservative Originalism to Be a Hollow Shell*, *the Atlantic*, 20 luglio 2022, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/07/roe-overturned-alito-dobbs-originalism/670561/>

¹³⁹ R. SIEGEL, *Dobbs, the Politics of Constitutional Memory, and the Future of Reproductive Justice*, the Balkinization - 20th Anniversary Symposium, 22 gennaio 2023, <https://balkin.blogspot.com/2023/01/dobbs-politics-of-constitutional-memory.html>.

¹⁴⁰ M. WALDMAN, *Originalism Run Amok at the Supreme Court*, 28 giugno 2022, Brennan Center for Justice, <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/originalism-run-amok-supreme-court>. Analogamente anche V. BARSOTTI, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di aborto. Una lunga storia americana*, cit., 1423 secondo cui «lette congiuntamente, le decisioni possono ritenersi una sorta di manifesto dell’ideologia conservatrice dell’attuale maggioranza».

¹⁴¹ È questa l’opinione di R.B. SIEGEL, *Memory Games: Dobbs’s Originalism As Anti-Democratic Living Constitutionalism—and Some Pathways for Resistance*, 101 *Texas Law Review* 1127, 2023, 1134:

porterebbe a compimento una specie di rivoluzione conservatrice¹⁴² nascondendola «dietro lo standard del judicial selfrestraint e della strict interpretation»¹⁴³.

Per quanto autorevoli, le posizioni qui riportate prestano però il fianco all’equivoco già ricordato in precedenza; se la countermajoritarian difficulty è letta solamente in forza del judicial activism/restraint dei giudici, il criterio interpretativo utilizzato finisce inevitabilmente per ripiegarsi sull’esito delle decisioni e sconfinare in valutazioni di natura politico-valoriale. L’inconsistenza del termine judicial activism risulta particolarmente evidente quando – come in questo caso – le sentenze *Dobbs* e *Bruen* sono lette congiuntamente; se giudicate alla luce della propensione della Corte a dichiarare l’incostituzionalità delle leggi, l’opinione di Alito in *Dobbs* può essere rubricata come un caso di judicial deference, che – correggendo il living constitutionalism di Justice Blackmun in *Roe* – sembra fondarsi su «Thayerian arguments»¹⁴⁴, e, al contrario, la pronuncia in *Bruen* ha come effetto quello di annullare una legge in vigore da oltre un secolo nello Stato di New York e di mettere potenzialmente dubbio quelle di altri Stati¹⁴⁵. Viceversa, se calibrate a partire dalla vincolatività dei precedenti e in conformità al principio dello stare decisis, *Dobbs* ribalta oltre cinquant’anni di precedenti stravolgendo la modalità con cui è regolato l’aborto da almeno due generazioni, mentre *Bruen* si pone nel solco già tracciato dalle sentenze *District of Columbia v. Heller* e *McDonald v. Chicago* rafforzando il diritto individuale a portare armi ivi riconosciuto dalla Corte. Tutto ciò a conferma della vaghezza e indeterminatezza di un termine, judicial activism,

:«Originalists disdain living constitutionalism yet practice living constitutionalism by expressing contested values as claims about the nation’s history and traditions». Per quanto autorevole, tale critica non sembra però reggersi su argomentazioni sufficientemente solide perchè fondate su un presupposto *esterno* alla teoria originalista e volto – finalisticamente – a tutelare i diritti riproduttivi delle donne ricavati da una certa interpretazione della società e delle tradizioni del paese; secondo l’A., infatti, «*Dobbs* defines liberty by looking back to nineteenth-century lawmaking. But traditions are not always reduced to legislation—especially laws like mid-nineteenth century abortion bans, which employed the criminal law as an instrument of social control to change public beliefs about abortion. (...) If we look outside the record of lawmaking, there are other chapters of our nation’s history in which we can find public claims about the proper structure of family life». Così facendo, però, l’A. sembra eludere il principale problema che ha animato il dibattito sull’aborto negli Stati Uniti fin dalla sentenza *Roe v. Wade*, e che riguarda la domanda se la Costituzione preveda, espressamente o meno, tale diritto a livello federale (cfr. *infra*). Difficilmente, pertanto, la sentenza *Dobbs* può essere accusata di essere espressione di living originalism; a differenza di *Roe* e *Casey* e del loro approccio para-legislativo, l’opinione di maggioranza chiarisce infatti che «the Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion» perché – per usare le parole della opinion di Kavanaugh – «on the question of abortion (...) the Constitution is neutral».

¹⁴² Una rivoluzione già avviata con *Heller*. Cfr. R.B. SIEGEL, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller*, 122 Harv. L. Rev. 191, 2009.

¹⁴³ L. SERAFINELLI, *Il Secondo Emendamento e il diritto di portare armi da fuoco nei luoghi pubblici* Commento a *New York State Rifle & Pistols Assn. v. Bruen*, con note minime sulle implicazioni sulla *Firearms Tort Litigation* negli Stati Uniti, in *DPCE Online* 53.3, 2022.

¹⁴⁴ È questa l’opinione, pur critica rispetto all’outcome della decisione e alla sua disamina originalista, di C.R. SUNSTEIN, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, Harvard Public Law Working Paper No. 22-14, 2022, 1, <https://ssrn.com/abstract=4145922>: «[Court’s opinion in *Dobbs*] is founded on Burkean arguments, emphasizing the importance of respect for traditions and (secondarily) Thayerian arguments, emphasizing the need to give the democratic process room to maneuver, at least in the domain of “substantive due process”».

¹⁴⁵ Incidendo, con questo, sul principio del federalismo. Cfr. J. FEIGENBAUM, *In our federalist system, states can regulate public carry*, in *ScotusBlog*, 2 Novembre 2021, <https://www.scotusblog.com/2021/11/in-our-federalist-system-states-can-regulate-public-carry/>.

il cui significato è manipolabile ora in modo ora nell’altro al fine di criticare *politicamente* l’esito delle sentenze.

Diverso è, invece, quando la *countermajoritarian difficulty* è indagata alla luce del rapporto tra la maggioranza costituente e quella costituita, e quindi in relazione a *ruolo* e ai *limiti* del potere interpretativo riservato ai giudici supremi. Sotto quest’angolo prospettico, infatti, le *opinions* di Alito e Thomas si differenziano non tanto per l’esito delle controversie¹⁴⁶, quanto per la congruenza/incongruenza del ragionamento dei giudici circa la teoria originalista.

In *Dobbs*, Alito articola la sua *opinion* su tre livelli tra loro interconnessi. Pur non mettendo formalmente in discussione il carattere sostanziale della *Due Process Clause*¹⁴⁷,

¹⁴⁶ Non è mia intenzione mettere in discussione il fatto che, se giudicate a partire dal loro esito, tanto *Dobbs* quanto *Bruen* raggiungano risultati che sono graditi al *Conservative Legal Movement*, ovverosia un movimento mai formalmente istituito ma che, a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo, si è mobilitato per promuovere, culturalmente e non, una certa teoria del costituzionalismo americano (cfr. S.M. TELES, *The Rise of Conservative Legal Movement*, Princeton University Press, 2008). L’aborto, in particolare, è oggetto fin dalla sentenza *Roe v. Wade* di un’aspra contesa culturale, sociale e politica che ha a lungo contribuito a polarizzare il paese, e sulla quale – per molto tempo – si sono decise anche le elezioni presidenziali e con esse le nomine dei giudici della Corte suprema (come ricordato da Scalia nella *opinion* di *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 995 (1992): «*Roe fanned into life an issue that has inflamed our national politics in general, and has obscured with its smoke the selection of Justices to this Court*»). Ma ciò non fa che confermare l’inadeguatezza democratica di una certa teoria costituzionale che affidi ai soli giudici supremi (e alla loro supremazia) il compito di inverare i cambiamenti della coscienza sociale del paese. È infatti a partire da certe pronunce fondate sul creazionismo giudiziale che si deve la reazione del *Conservative Legal Movement*: in questa prospettiva, il (presunto) *conservative judicial activism* di *Dobbs* altro non sarebbe che la reazione naturale al *progressive judicial activism* di *Roe*.

¹⁴⁷ La scelta di indagare il diritto all’aborto anche alla luce della *substantive due process* (e quindi utilizzando l’*history and tradition and liberty ordered test* codificato da *Washington v. Glucksberg*) è valsa ad Alito l’accusa di aver redatto una *opinion* non originalista. G. CALABRESI, *The true originalist answer to Roe v. Wade*, in *Wall Street Journal*, riprovera ad Alito di essersi affidato ad una lettura della Costituzione post-New Deal che prende in considerazione l’aspetto sostanziale della *due process clause* e che «*all social and economic matters are subject to the rational-basis test*» mentre un “vero” originalista avrebbe dovuto riferirsi alla *Reconstruction age*: «*This means taking the Privileges or Immunities Clause seriously and stopping the charade of tilting at the Due Process Clause, which protects only procedural rights*». Una critica parzialmente diversa ma ugualmente legata alla applicazione di *Washington v. Glucksberg* è quella di L. SOLUM, R. BARNETT, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, 118 *Northwestern University Law Review*, 2023, 433. Secondo gli A., infatti, dal momento in cui la sentenza riconosce che «*[T]he Due Process Clause of the Fourteenth Amendment (...) has been held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution*», essa si distacca dalla dottrina originalista, laddove prende a riferimento una lettura della Costituzione volta a proteggere gli *unenumerated rights* che non trova alcun fondamento nell’*original public meaning* del XIV Emendamento: «*Precedent is neither being offered as evidence of the original meaning of the Due Process of Law Clause nor to provide implementing doctrines or precisifications for a meaning that is vague or open-textured. In this formulation of his position, Justice Alito is making no claim at all about the original meaning of the text of the Fourteenth Amendment*» (456). In definitiva, quindi, le critiche di Solum/Barnett e di Calabresi sembrano fondarsi sul seguente sillogismo: dal momento in cui *Dobbs* prende a riferimento un non-originalist *substantive-due-process framework* utilizzando un non-originalist test per verificare l’esistenza del diritto all’aborto, la decisione non può essere considerata realmente come una *opinion* originalista. Per quanto autorevoli e (parzialmente) fondate, il sillogismo proposto da Solum e Barnett non pare a chi scrive del tutto condivisibile. In *primis*, anche Barnett e Solum riconoscono l’uso (anche solo parziale) della teoria originalista in *Dobbs* sostenendo come essa si fonderebbe su «*a mix of originalist and non originalist use of history and tradition*» (455); in conclusione, pertanto, Justice Alito’s majority opinion in *Dobbs*, (...) employs *Conservative Constitutional Pluralist reasoning* to reach an arguably originalist result» (492). Inoltre, le critiche non sembrano fare i conti con l’approccio *pragmatico* dell’originalismo di Alito che affronta il caso di specie non a partire da un approccio *teorico* e *astratto* dell’*original public meaning* delle disposizioni Costituzionali, ma verificando *in concreto* il significato originalista della Costituzione nel

l’opinione di maggioranza segue un approccio pragmaticamente originalista ricordando, in primis, che il diritto all’aborto non trova alcun riferimento nel testo della Costituzione né, sulla scorta di *Washington v. Glukseberg*¹⁴⁸, esso può essere implicitamente ricavato dal concetto di «ordered liberty» o radicato «in [the] Nation’s history and tradition»¹⁴⁹. A partire da tale premessa, il giudice affronta poi in modo «non superficiale» il «serio» problema dello stare decisis, offrendo una lunga disamina sulla natura e sugli effetti di *Roe* e *Casey* dalla quale emergono ben cinque fattori che ne giustificherebbero l’overruling¹⁵⁰. Ed è proprio all’analisi di tali fattori che si connette l’ultima e decisiva argomentazione della sentenza: risolvendo la controversia sulla scorta di argomentazioni «irragionevoli»¹⁵¹, «infondate»¹⁵² e «illogiche»¹⁵³, *Roe* «usurped the power to address a

rispetto del principio di concordanza tra chiesto e pronunciato. Sotto il profilo teorico, infatti, le ricostruzioni di certa dottrina volte a negare una dimensione sostanziale alla Due Process Clause sono certamente compatibili con l’original public meaning del XIV Emendamento. Ma, al contempo, una pronuncia che si fosse spinta a ricostruire *astrattamente* il significato *solo* formale del due process americano avrebbe avuto l’effetto di travolgere quasi un secolo di giurisprudenza, spingendosi ben oltre al solo overruling di *Roe*. Con un atteggiamento prudentiale, l’opinione di Alito (a differenza di Thomas cfr. *supra*) illustra come, *anche alla luce di un test non-originalista*, il diritto ad abortire non trovi riferimento nelle disposizioni costituzionali, e questo vale a *rafforzare* piuttosto che a *deprimere* la sua argomentazione originalista; come ricordato da J.J. ALICEA, *An Originalist Victory*, City J., 24 giugno 2023, <https://perma.cc/KSX5-X7U3>: «Originalists generally accept that it is consistent with the original meaning of the Constitution to follow non-originalist precedent when no party has asked the Court to overrule that precedent. (...) Put another way, originalism did not require the *Dobbs* majority to ignore the adversarial process, overrule over a century of precedent without having been asked, survey the myriad proposed original meanings of the Fourteenth Amendment put forward by originalist scholars, and determine which meaning was uniquely correct in order to conclude what has been obvious since 1973: the Constitution does not contain a right to abortion». Infine, l’accusa di tradizionalismo sembra non fare i conti con la premessa da cui muove l’opinione di maggioranza ossia che il testo della Costituzione non prevede in nessuna sua parte il diritto di abortire. Questo porta i giudici a rifiutare anche letture che – come emerge dagli amici curiae – spingevano per una interpretazione del XIV emendamento volta a vietare a livello federale tale pratica (cfr. *Brief Of Amici Curiae Scholars Of Jurisprudence John M. Finnis And Robert P. George In Support Of Petitioners*) perché, sul punto, la Costituzione non proibisce tale pratica e si pone piuttosto in modo «neutrale» (cfr. Kavanaugh concurring opinion).

¹⁴⁸ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

¹⁴⁹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022), 5: «We hold that *Roe* and *Casey* must be overruled. The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of *Roe* and *Casey* now chiefly rely—the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. That provision has been held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution, but any such right must be “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” and “implicit in the concept of ordered liberty».

¹⁵⁰ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022), cit., 43: «No Justice of this Court has ever argued that the Court should never overrule a constitutional decision, but overruling a precedent is a serious matter. It is not a step that should be taken lightly. Our cases have attempted to provide a framework for deciding when a precedent should be overruled, and they have identified factors that should be considered in making such a decision (...) In this case, five factors weigh strongly in favor of overruling *Roe* and *Casey*: the nature of their error, the quality of their reasoning, the “workability” of the rules they imposed on the country, their disruptive effect on other areas of the law, and the absence of concrete reliance».

¹⁵¹ M. TUSHNET, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, 1998, University Press of Kansas, 1998, 54 «[*Roe* is] totally unreasoned judicial opinion».

¹⁵² J.H. ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 Yale L. J. 920, 1973, 947 *Roe* «was not constitutional law and g[ave] almost no sense of an obligation to try to be».

¹⁵³ In questo senso L. TRIBE, *Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law*, 87 Harv. L. Rev. 1, 1973, 2 rispetto alle argomentazioni utilizzate da *Roe* per giustificare la viability: «clearly, this mistakes a definition for a syllogism».

question of profound moral and social importance that the Constitution unequivocally leaves for the people», e *Casey*, anche nel tentativo di correggerne gli evidenti errori, «short-circuited the democratic process by closing it to the large number of Americans»¹⁵⁴. Questo è il fattore che, più di ogni altro, colloca la sentenza *Dobbs* nel solco della teoria politica dell'originalismo; se in passato, attraverso la judicial supremacy, i giudici «arrogated the authority to regulate or prohibit abortion», l'attuale decisione «return that authority to the people and their elected representatives»¹⁵⁵.

Di diversa natura e sostanza sono invece le considerazioni che emergono dalla struttura argomentativa del caso *Bruen*, in cui la Corte ha risolto una controversia sorta a seguito del diniego dello Stato di New York di concedere a due cittadini una licenza incondizionata a portare armi per autodifesa. Nell'accogliere le istanze dei ricorrenti, la sentenza ha corretto il two-step-test di costituzionalità precedentemente elaborato dalle Corti inferiori e basato a) sulla compatibilità delle disposizioni con il testo del costituzionale e la storia e b) sul rapporto tra mezzi e fini delle disposizioni. L'opinione di Thomas elimina la seconda parte del test, specificando come una legge statale che regoli (limitando) il diritto costituzionale personale a portare armi «[must be] consistent with the Nation's historical tradition of firearm regulation»¹⁵⁶; in tal modo, il peso della ricostruzione dell'original public meaning del II Emendamento viene interamente affidato alle evidenze storiche che però, soprattutto nella materia in esame, non appaiono poi così univoche.

Il tema richiama inevitabilmente il dibattito sorto intorno al II Emendamento e che ruota attorno al problema del significato storico di disposizioni scritte in un'epoca lontana. Da ormai molti anni lo scontro sulla regolamentazione delle armi da fuoco ha diviso chi, partendo dalla c.d. Operative Clause, legge nel II Emendamento un diritto personale sostanzialmente insuscettibile di limitazioni («the right of the people (...) shall not be infringed») e chi, diversamente, ricava da esso l'esistenza di una mera facoltà subordinata alle finalità statali indicate nella Preamble Clause («A well regulated Militia, being necessary (...)»)¹⁵⁷. Il rapporto tra queste due clausole, che ha interrogato a lungo la dottrina, costituisce una dorsale interpretativa che divide la giurisprudenza sul II Emendamento¹⁵⁸.

Nella furia dello scontro, entrambi i contendenti sembrano però non accorgersi del fatto che, proprio sotto il profilo storico, è altamente probabile che entrambe le proposizioni *siano vere* e, quindi, che il II Emendamento sia stato pensato per entrambi gli scopi¹⁵⁹. Da un lato, infatti, la storia americana documenta come nel corso del tempo

¹⁵⁴ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022), 44.

¹⁵⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022), 79.

¹⁵⁶ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022), 15.

¹⁵⁷ US Cost. II Am.: «A well-regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed».

¹⁵⁸ Così per *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939), 178 la operation clause va letta «in relationship to the preservation or efficiency of a well regulated militia». Per *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) il II Emendamento «protects an individual right to possess a firearm unconnected with service in a militia, and to use that arm for traditionally lawful purposes, such as self-defense within the home».

¹⁵⁹ T. HARDY, *Lawyers, Historians and "Law Office History"*, 46 *Cumberland Law Review* 1, 2015, 5: «Neither body of Justices considered the very likely possibility that it was meant to do both. [II Am.] has two clauses, after all, which had different supporters. What warrant do we have for assuming that "[a] well-

siano state adottate molteplici disposizioni volte a regolare, disciplinare e, in ultimo, a limitare l'utilizzo delle armi. Dall'altro, sotto il profilo squisitamente testualista, «at the time, as now, “to bear” meant “to carry”»¹⁶⁰, ed è difficile immaginare che nel 1791 la costituzione di una milizia statale potesse essere predisposta senza preventivamente attribuire ai cittadini un diritto personale «to keep and bear arms» nei loro granai o fienili.

La duplicità insita nella lettura del II Emendamento fa emergere le zone grigie proprie della disciplina storica, nella quale la verità (o quanto meno la veridicità) di certe conclusioni «does not flow from its usefulness»¹⁶¹, mentre l'«historical and tradition test di Thomas è ideato proprio in ragione della sua utilità giuridica, dal momento che «reliance on history (...) is (...) more legitimate, and more *administrable*, than asking judges to “make difficult empirical judgments”»¹⁶². Colpisce, inoltre, che il giudice poggia sulla sola storia il risultato delle sue conclusioni, evitando per di più di pronunciarsi sul significato da attribuire alla Preamble (o Prefatory) Clause; se in *Heller* Scalia aveva dedicato larga parte della sua indagine testualista alle parole «a well-regulated Militia, being necessary», Thomas non la menziona¹⁶³ e sviluppa il suo ragionamento a partire dai verbi “to bear” e “to carry” estendendo il diritto all'autodifesa anche al di fuori della propria abitazione perché «[n]othing in the Second Amendment’s text draws a home/public distinction with respect to the right to keep and bear arms»¹⁶⁴.

Tale lettura pare discutibile proprio alla luce della teoria originalista: comunque si voglia ricostruire, la Prefatory Clause fa parte della Costituzione e chiede quindi di essere considerata nell'analisi testualista. Anche volendo sganciare finalisticamente le due clausole, un conto è sostenere che la Costituzione prescriva un diritto individuale a tenere armi *nelle proprie case* (un tempo granai o fienili) perché senza di esso la prima parte della clausola non è concretamente esercitabile, un altro è che il diritto all'autodifesa personale (che, per usare l'argomento di Thomas, il II Emendamento espressamente non menziona ed anzi è storicamente connesso alla proprietà) si estenda *al di fuori* della propria abitazione¹⁶⁵. Dal momento che la storia non è sempre in grado di fornire una

regulated militia, being necessary to a free state” had exactly the same meaning as “the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed?».

¹⁶⁰ R. BARNETT, N. LUND, *Implementing Bruen*, Law & Liberty, 6 febb. 2023, <https://lawliberty.org/implementing-bruen/>.

¹⁶¹ A.H. KELLY, *Clio and the Court: An Illicit Love Affair*, 157 *La critica mossa da Kelly nei confronti di un certo metodo di ricerca storica fondato sull'utilità è radicale: «To put the matter differently, the present use of history by the Court is a Marxist-type perversion of the relation between truth and utility. It assumes that history can be written to serve the interest of libertarian idealism. The whole process calls to mind the manipulation of scientific truth by Soviet government in the Lysenko controversy».*

¹⁶² *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022), 16.

¹⁶³ Critica espressa anche da L. ROSENTHAL, *Laws in an Originalist World: Litigating Original Meaning from Heller To Bruen*, *American University Law Review*, Vol. 73, No. 2, forthcoming 2023, Available <https://ssrn.com/abstract=4425067>, 13-14: «In Bruen, the Court ignored the preamble altogether (...) discussing only the operative clause, [and this] refusal to grant the preamble interpretive significance has serious consequences for the scope of firearms regulation».

¹⁶⁴ L. ROSENTHAL, *Laws in an Originalist World: Litigating Original Meaning from Heller To Bruen*, cit., 6.

¹⁶⁵ Indiretta conferma di questo ragionamento viene dalla concurring opinion di Alito che ricostruisce la legittimità storica del diritto alla autodifesa in pubblico sostenendo che «in 1791, when the Second Amendment was adopted, there were no police departments, and many families lived alone on isolated farms or on the frontiers. If these people were attacked, they were on their own. It is hard to imagine the

risposta definitiva alle domande giuridiche sollevate davanti alla Corte, quindi, pare imprudente affidarsi *unicamente* ad essa per risolvere controversie di questa portata¹⁶⁶.

La teoria politica dell’originalismo fornisce tuttavia una indicazione precisa anche ai giudici che si trovino a dover fare i conti con ricostruzioni storiche parziali o controverse; come ricordato da Justice Scalia in un caso riguardante il IV Emendamento «When history has not provided a conclusive answer we have analyzed a search or seizure in light of others traditional standards»¹⁶⁷. Un primo criterio tradizionalmente utilizzato dalle corti inferiori per risolvere i casi sul secondo emendamento è proprio il *means-and-ends test* che però Thomas esclude; un secondo criterio, più squisitamente originalista, è quello che, applicando il principio della separazione dei poteri, suggerisce ai giudici di procedere alla incostituzionalità delle leggi solo in presenza di un chiaro e riscontrabile errore (c.d. *Clear Mistake Rule*), lasciando altrimenti al circuito politico-democratico la decisione¹⁶⁸. Attraverso un esercizio di *judicial supremacy* (ma non di *judicial activism*), pertanto, *Bruen* priva (almeno parzialmente) lo Stato di NY della discrezionalità di regolamentare l’uso delle armi in pubblico, coprendo la fattispecie con il giudicato costituzionale¹⁶⁹.

furor that would have erupted if the Federal Government and the States had tried to take away the guns that these people needed for protection». Non è difficile obiettare che oggi, nel 2023, gli Stati americani provvedono alla sicurezza e al welfare dei cittadini anche disponendo di ufficiali pagati con i soldi dei cittadini per garantire la loro sicurezza e l’ordine pubblico; a fronte quindi di una *mancata esplicita disposizione* che stabilisca, in Costituzione, il diritto portare armi in pubblico per la propria autodifesa personale, non è illegittimo ritenere che tale funzione rientri nel *police power* degli Stati, e che quindi possa essere da essi regolata (o anche limitata).

¹⁶⁶ A conferma del fatto che la storia non sempre contiene risposte definitive, non si vuole qui sostenere che il II Emendamento contenga *sicuramente* un divieto (ma neppure un diritto) a utilizzare le armi dentro/fuori dalla propria abitazione. Ai fini della ricostruzione dell’original public meaning della disposizione, è sufficiente ricordare che tale distinzione era riconosciuta fin dai tempi dei *Framers*. Si veda, ad esempio, la proposta di Thomas Jefferson Thomas per il Virginia bill of rights del 1776; il primo draft recitava «No freeman shall ever be debarred the use of arms», nel secondo e nel terzo Jefferson aggiunge «No freeman shall be debarred the use of arms [within his own lands or tenements]». L’uso delle parentesi è stato lungamente discusso dagli storici e utilizzato dagli *amici curiae* in Corte per sostenere l’una o l’altra posizione; per alcuni «the bracketed addition showed Jefferson had “decided to revise his proposal to limit the exercise of this right to an individual’s home or lands», per Julian Boyd – editor di *The Papers of Thomas Jefferson*, 1950 – «stated that Jefferson used brackets to indicate that the contents therein were optional or open to question», ed infine, dal canto suo, «Jefferson left nothing to describe the significance of the brackets» (cfr. T. HARDLY, *Lawyers, Historians and “Law Office History”*, cit., 26).

¹⁶⁷ *Virginia v. Moore*, 553 U.S. 164, 171 (2008).

¹⁶⁸ Criterio, questo, correttamente invocato nella sua dissenting opinion da Justice Breyer: «these types of disagreements are exactly the sort that are better addressed by legislatures than courts. The Court today restricts the ability of legislatures to fulfill that role» *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022), (Breyer dissenting), 20.

¹⁶⁹ Non è un caso, a questo riguardo, che le concurring opinion di Kavanaugh e Barrett siano entrambe disposte al fine di *circoscrivere* l’opinione di Thomas; il primo, infatti, chiarisce che «I write separately to underscore two important points about the limits of the Court’s decision. *First* the Court’s decision does not prohibit States from imposing licensing requirements for carrying a handgun for self-defense. (...) *Second*, as *Heller* and *McDonald* established and the Court today again explains, the Second Amendment “is neither a regulatory straightjacket nor a regulatory blank check». Barrett, dal canto suo, solleva una serie di domande che mettono in luce nodi metodologici della teoria dell’originalismo rimasti irrisolti («*First*, the Court does not conclusively determine the manner and circumstances in which post-ratification practice may bear on the original meaning of the Constitution (...) *Second* and relatedly, the Court avoids another “ongoing scholarly debate on whether courts should primarily rely on the prevailing understanding of an individual right when the Fourteenth Amendment was ratified in 1868” or when the Bill of Rights was

7. Conclusioni

Il 9 marzo nel 1937, stanco di assistere a sentenze che dichiaravano l'incostituzionalità delle leggi sul secondo New Deal, Franklin Delano Roosevelt si rivolse alla nazione nel famoso discorso dal caminetto n. 9 dichiarando che era venuto il momento di «take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself»¹⁷⁰. L'appello del Presidente era indirizzato ad ottenere dal il popolo il consenso necessario ad approvare il famoso *Court Packing Plan* che, modificando il numero dei giudici in Corte, gli avrebbe permesso di ottenere la maggioranza del collegio nominando giudici a lui graditi. Quasi cento anni dopo, queste parole sono riecheggiate nelle aule del Congresso e delle Law School americane dopo che, a pochi mesi dalle presidenziali, il seggio di Ruth Bader Ginsburg è stato occupato a Amy Coney Barrett, alterando il delicato equilibrio tra giudici liberal e conservative. La vittoria elettorale di Biden ha quindi riaperto i toni di un dibattito, quello sulle nomine dei giudici federali, che ha condizionato da sempre la vita della nazione; da qui le numerose proposte di modificare le regole e la composizione dei giudici in Corte provenienti anche da autorevoli autori che hanno indicato il court packing come l'unico strumento capace di restituire alla Corte suprema la legittimità perduta¹⁷¹.

A ben guardare, però, l'idea di modificare il numero dei giudici della Corte non pare la più indicata a rispondere al problema della polarizzazione nella sua radicalità, perché finirebbe per esacerbare ulteriormente il conflitto e, come sostenuto da Tribe, innescare «a titfortat spiral that would endanger the Supreme Court's vital role in stabilizing the national political and legal system»¹⁷². Inoltre, sotto il profilo costituzionale, “salvare la Corte da se stessa” significa ragionare non sulle simmetrie politiche interne al collegio, ma piuttosto sul funzionamento costituzionale dei checks and balances che regolano l'equilibrio tra poteri. Soprattutto nell'ambito dell'eccezionalismo americano, la Costituzione è pensata come quel meccanismo capace di incanalare e ricomporre le differenti visioni presenti nella società in una duplice

ratified in 1791»). Questi ultimi, in particolare, svelano una spaccatura – tutt'ora presente – all'interno delle teorie originaliste diffuse oggi in Corte.

¹⁷⁰ Cfr. *March 9, 1937: Fireside Chat 9: On “Court-Packing”*, in UVA Miller Center, <https://millercenter.org/the-presidency/presidential-speeches/march-9-1937-fireside-chat-9-court-packing>

¹⁷¹ Proposte provenienti dalla dottrina così come dagli esponenti politici; cfr. (tra gli altri) E. WARREN, *Expand the Supreme Court*, Boston Globe, 15 dicembre 2020, <https://www.bostonglobe.com/2021/12/15/opinion/expand-supreme-court/>; M. KLARMAN, *Why Democrats Should Pack the Supreme Court*, in Take Care blog, 15 ottobre 2018, <https://perma.cc/F2BE-GJWU>. K. ROOSEVELT III, *I Spent 7 Months Studying Supreme Court Reform. We Need to Pack the Court Now*, Time, 10 dicembre 2021, <https://time.com/6127193/supreme-court-reform-expansion/>; S. FELDMAN, *The Case For Court Packing As A Way To Promote Democracy*, NPR, 5 settembre 2021, <https://www.npr.org/2021/09/05/1034494416/the-case-for-court-packing-as-a-way-to-promote-democracy>; J. GREENFIELD, *How Democrats Could Pack The Supreme Court In 2021*, Politico, 19 settembre 2020, <https://www.politico.com/news/magazine/2020/09/19/how-democrats-could-pack-the-supreme-court-in-2021-418453>;

¹⁷² Riportato da J. RUBIN, *Court-Packing Is a Really Bad Idea*, in The Washington Post, 19 marzo 2019, <https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/03/19/whycourt-packing-is-really-bad-idea/>.

garanzia fondata sulla divisione orizzontale e verticale del potere. Partendo dall'assunto per cui «le cause di faziosità non possono venire eliminate» e che dunque occorre pragmaticamente «limitarsi a trovare dei rimedi atti a limitarne gli effetti»¹⁷³, i costituenti americani hanno costruito un governo articolato in una molteplicità di istituzioni politicamente responsabili nei confronti del popolo da cui attingono la propria legittimazione. Nel condividere la medesima natura democratica, esse sono tra loro divise e chiamate a vigilare le une sulle altre in modo che nessuna prevalga; l'esperienza americana promuove così l'unità costituzionale (*ex pluribus unum*) favorendo e regolando il dissenso politico attraverso un continuo confronto/scontro istituzionale tra poteri.

È in questa ottica che occorre ripensare al ruolo della Corte e del rilievo da essa assunto negli ultimi settanta anni. In passato, questa tendenza è stata descritta dalla dottrina con i termini di *judicial activism/restraint*, che però non sono più in grado di spiegare e risolvere in modo efficace la *countermajoritarian difficulty*; diversamente, essa può essere meglio compresa verificando il comportamento dei giudici supremi rispetto alla supremazia da essi assunta nei confronti degli altri poteri, ovvero ricostruendo la teoria interpretativa della Costituzione che orienti il loro potere interpretativo. La storia della *judicial supremacy* negli Stati Uniti ha seguito strade tortuose, mostrandosi dapprima con il volto del liberismo economico durante la c.d. era *Lochner* per poi assumere i panni delle battaglie dei diritti civili e della *substantive due process* a partire dalla Corte Warren, ma nel corso degli anni essa è costantemente cresciuta, indipendentemente da quale fosse la teoria costituzionale abbracciata dai suoi interpreti. Lentamente ma inesorabilmente, il diritto americano ha così finito per dipendere esclusivamente dalla sua interpretazione giudiziale, perché, per usare le parole del Chief Justice Charles Evans Hughes: «we are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is»¹⁷⁴. Un giudizio, questo, che è riemerso (negativamente) nei confronti della Corte Rehnquist (e Roberts), le quali «no longer views [them]self as first among equals, but has instead staked its claim to being the only institution empowered to speak with authority when it comes to the meaning of the Constitution»¹⁷⁵.

Soprattutto nell'ordinamento americano, la *judicial supremacy* ha così contribuito ad alimentare la polarizzazione politica, perché il peso esercitato dalla Corte Suprema all'interno del sistema ha finito per condizionare le modalità con cui esso affronta i casi più controversi e divisivi. Invece che trovare soluzioni comuni all'interno degli organi di rappresentanza, gli schieramenti politici hanno strategicamente utilizzato il potere di *judicial review* per raggiungere più velocemente i propri rispettivi obiettivi. Nell'epoca delle *identity politics*, gli organi giurisdizionali sono quindi utilizzati, dall'uno e dall'altro schieramento, come i decisori ultimi di opzioni politiche e valoriali; così facendo, però, il costituzionalismo rischia di privilegiare un approccio dialettico di risoluzione dei conflitti che – attraverso le decisioni delle Corti – stabilisce la supremazia di un'opzione

¹⁷³ Cfr. J. MADISON, *The Federalist* n. 10.

¹⁷⁴ Parole pronunciate quando Hughes era ancora governatore dello Stato di NY. Cfr. M. PUSEY, *Charles Evans Hughes*, 1963 204.

¹⁷⁵ L.D. KRAMER, *The Supreme Court 2000 Term Foreword: We The Court*, 115 Harv. L. Rev. 4, 2001, 14.

sulle altre, invece che affidarsi a una ricomposizione dialogica del disaccordo in cui – nello scontro democratico tra poteri – diverse posizioni possono provare a coesistere all’interno di una cornice comune¹⁷⁶. La conseguenza di ciò è che, dal momento che «rights and disagreements about rights are inevitable» quando la Corte «make the political compromise impossible, the losing side sees changing the Court as its only legal option»¹⁷⁷.

Risposte a questa tendenza sono state elaborate dalle dottrine dell’originalismo da un lato, e del popular constitutionalism dall’altro; pur rimanendo distanti nelle premesse e negli esiti, entrambe le teorie condividono l’esigenza di ridefinire in profondità il ruolo dei giudici nel quadro complessivo dei poteri, mettendo a fuoco un punto nevralgico del costituzionalismo contemporaneo. Invece che ragionare sulla sugli equilibri *politici* dei giudici in Corte, tali dottrine si occupano del bilanciamento *costituzionale* tra poteri, mettendo in discussione la judicial supremacy; ciò comporta, ad esempio, ripensare alla judicial review in termini di «judicial minimalism», scoraggiando i giudici supremi «from handling down broad ruling with sweeping social consequences» e lasciando certe decisioni alle valutazioni della democrazia deliberativa¹⁷⁸.

L’attuale maggioranza della Corte suprema è costituita da giudici che hanno esplicitamente dichiarato di rifarsi alla teoria dell’original public meaning e di trarre da essa le coordinate delle loro decisioni. Come visto, in realtà, l’originalismo non è però una dottrina monolitica, e diversi sono gli orientamenti presenti in Corte rispetto a certi, spinosi, problemi. Tuttavia, oltre che un metodo di interpretazione, l’originalismo è anche una teoria politico-costituzionale che si interroga su «how courts should exercise the power of judicial review [and] why contemporary political actors should be bound by the historical meaning»¹⁷⁹. In questa ultima accezione esso dovrebbe interrogare l’interprete non solo sul *come* decidere, ma anche su *chi* sia legittimato a farlo¹⁸⁰, contenendo potere

¹⁷⁶ La considerazione vale anche al di fuori dell’ordinamento americano: come ricordato da N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 926 «Il punto cruciale è che, attraverso la dissoluzione della dicotomia esterno interno, le decisioni giurisdizionali innovative (e non di rado anche contraddittorie) sui casi più controversi e paradigmatici, rischiano di diventare lo specchio di conflitti di valore che si esibiscono interamente sulla scena pubblica, e che nessuna funzione regolatrice rischia di riuscire a “ordinare” e a ricondurre ad unità. In questo modo, può accadere, alla fine, che i conflitti delle coscienze invadano la sfera neutrale delle istituzioni, e che i valori in lotta tra loro mettano a rischio in radice la pace della vita pubblica. In questa prospettiva, il diritto e le sentenze, anziché fornire prestazioni di unità, anziché pacificare i conflitti, possono diventare, essi stessi, fonti di conflitto».

¹⁷⁷ J. GREEN, *How Rights Went Wrong. Why Our Obsession With Rights Is Tearing America Apart*, Harper e Collins, Boston, 2021, rispettivamente 7 e 132.

¹⁷⁸ Questa la teoria di C.R. SUNSTEIN, *One Case at the Time. Judicial Minimalism on The Supreme Court*, Harvard University Press, 1999, p ix, xi.

¹⁷⁹ K.E. WHITTINGTON, *Is Originalism too Conservative?*, 34 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 29, 2011, 38: « Originalism can also operate as a political theory about judicial review and constitutionalism. Originalism as a method of constitutional interpretation focuses on how to interpret the text of a constitution so as to make the language more transparent and to understand the meaning implicit in the text. Originalism as a political theory, by contrast, is concerned with such questions as how courts should exercise the power of judicial review, why contemporary political actors should be bound by the historical meaning of the constitutional text, what the rationale for a constitution is, and how that rationale relates to problems of interpretation, enforcement, and legitimacy».

¹⁸⁰ N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, cit., 841. È questa, del resto, la ragione per cui l’A., molto opportunamente,

giudicante nel quadro dei principi del rule of law, della separazione dei poteri e della popular sovereignty¹⁸¹. In definitiva, la filosofia originalista invita a circoscrivere il potere che i giudici esercitano all'interno del sistema rivalutando, al contempo, il ruolo dei decisori politici; questo, del resto, è anche uno dei principali lasciti della eredità di Scalia: «to remind us of the differences between judges and legislators»¹⁸².

È certamente presto per dire se l'originalismo sarà capace, o meno, di mantenere queste promesse dal momento che l'attuale Corte suprema non è sempre stata lineare nell'abbracciare quel judicial minimalism necessario per rimarcare la differenza tra giudici e legislatori. Tuttavia, al pari del popular constitutionalism, tale teoria ha le potenzialità per favorire un ripensamento della funzione della judicial review, contribuendo così a sciogliere uno dei nodi costituzionali più intricati degli ultimi decenni.

insiste sul significato «neutrale» della Costituzione rispetto a casi controversi N. Zanon, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, Lettera AIC 07/2022 - Originalismo e Costituzione, cit.: «La Costituzione è perciò neutra sull'aborto, non è né pro-life, né pro-choice: essa, invece, lascia che la questione sia affrontata attraverso il democratic process negli Stati o nel Congresso, al pari di ogni altra delicata issue non direttamente decisa dal testo costituzionale».

¹⁸¹ Come recentemente ricordato L. SOLUM, R. BARNETT, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, cit., 480 «most originalists share the following normative premises: *Rule of Law*: (...) Originalism serves the rule of law by requiring judges to adhere to the original public meaning of the constitutional text. *Separation of Powers*: It is essential to both legitimacy and the preservation of liberty. Living constitutionalism undermines the separation of powers because it empowers judges to both make and apply constitutional law. Originalism confines judges to their legitimate role of deciding cases on the basis of preexisting legal rules. *Popular Sovereignty*: Popular sovereignty reflects the widely held political value of democratic legitimacy (...) Originalism subordinates judges to the will of the people as expressed in a constitution that has been ratified by either the people's representatives in constitutional conventions or by a supermajority of both Congress and the states».

¹⁸² N.M. GORSUCH, *Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia*, 66 Case W. Res. L. Rev. 906, 2016, 906.

SECONDA SESSIONE

Parte I

LE FONTI DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE,
TRA PROBLEMI E PROSPETTIVE DI RIFORMA



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LE FONTI DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE,
TRA PROBLEMI E PROSPETTIVE DI RIFORMA.
INTRODUZIONE AI LAVORI DEL I ATELIER

LEONARDO PACE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Delle ragioni sottese alla funzione integrativa (e non meramente demolitoria) della giustizia costituzionale. – 3. ... e, di conseguenza, la doppia anima della Corte. – 4. I diritti fondamentali quale strumento di legittimazione dell'azione della Corte e la necessità di non dimenticare il carattere giurisdizionale del giudice costituzionale. – 5. Creatività della Corte e inattività del legislatore. – 6. Un difficile equilibrio: tra funzione di integrazione normativa dell'ordinamento e ancoraggio al carattere giurisdizionale dell'organo di giustizia costituzionale.

1. Premessa

Questa sessione di lavoro è dedicata a "Le fonti della giustizia costituzionale, tra problemi e prospettive di riforma". Nel tentare di introdurre il tema dell'*Atelier* vorrei proporre alcune riflessioni sul contesto in cui si inseriscono gli (o forse, e meglio, sarebbe dire sullo *sfondo degli*) interventi dei colleghi; nel far ciò non darò conto dei singoli contributi che qui si presentano, poiché tale compito spetta a Raffaella Niro, che lo svolge nella bella relazione di sintesi, nella quale è riuscita magistralmente, non solo a tracciare un "filo rosso" (come la stessa scrive) tra le riflessioni dei partecipanti, ma a far emergere, altresì, le generali linee di tendenza della giustizia costituzionale e a ricondurre all'interno di queste ultime i singoli contributi.

2. Delle ragioni sottese alla funzione integrativa (e non meramente demolitoria) della giustizia costituzionale

A ben guardare, al fondo della tematica del primo *Atelier*, ma più in generale di quelle di tutte le sessioni di lavoro, si colloca la natura ibrida della giustizia costituzionale, nel nostro ordinamento e non solo, ossia quella doppia anima politica e giurisdizionale, ad un tempo, del giudice delle leggi.

È noto che il modello accentrato del controllo di costituzionalità non ha comportato altresì l'innesto nel nostro ordinamento del modello kelseniano del giudice costituzionale quale legislatore negativo, tanto che questa mancata trasposizione ha generato fra gli studiosi «la confusa contrapposizione tra le categorie del "politico" e del "giurisdizionale"»¹, che ha accompagnato lo studio della giustizia costituzionale e continua ad essere vivida ancora oggi, anche se non più drammatizzata come nei primissimi anni di attività della Corte².

Rispetto al modello kelseniano, il giudice delle leggi italiano ha dimostrato, infatti, fin da subito connotati di specialità³, poiché la sua attività si è concretizzata non tanto nel controllo di corrispondenza dell'attività legislativa alle scelte originariamente compiute dal Costituente, ma nel «desumere, sia pure non arbitrariamente, ma in via interpretativa, la norma "giusta"»⁴.

Su tali presupposti, l'esperienza si è incaricata ben presto di dimostrare come fosse vana la pretesa di risolvere il controllo di costituzionalità nella mera eliminazione della legge incostituzionale, ovverosia nella «secca approvazione o disapprovazione della legge sottoposta al suo controllo», ma il giudizio costituzionale è divenuto sede di valutazione «*del grado di conformità della normativa legislativa al parametro costituzionale*»⁵.

Ammettere che sia compito specifico della Corte valutare, non solo, o non tanto, la compatibilità fra livello legale e livello costituzionale, bensì il grado di conformità del primo rispetto al secondo (o riconoscere la necessità dell'intervento del giudice costituzionale per «attribuire alla legge il carattere di ragionevolezza-universalità-discorsività che il parlamento non è riuscito ad imprimere alla legge medesima»⁶), non vale necessariamente ad attribuire al giudizio costituzionale una funzione diversa da

¹ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 20.

² Ivi, 21.

³ F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna, 1982, 26.

⁴ Ivi, 28.

⁵ F. MODUGNO, *La supplenza della Corte costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 112.

⁶ M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta) del Parlamento e la sovranità (usurpata) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017, 84.

quella sua propria, che rimane quella di tutelare la legalità costituzionale e, mediante essa, anche i diritti fondamentali⁷.

Tutte quelle volte in cui si denuncia in modo netto e perentorio la distorsione del modello di giustizia costituzionale, solo perché la Corte – con l'intento di garantire il maggior grado di corrispondenza possibile tra legislazione e Costituzione – si sia resa parte attiva del processo di produzione normativa, non si tiene in debita considerazione la specialità del giudice delle leggi e i tratti che connotano il giudizio di costituzionalità, pure da tempo messi in luce in dottrina.

Per un verso, infatti, il controllo di costituzionalità non può svolgersi negli angusti limiti del «puro e semplice raffronto semantico tra enunciati» costituzionali e legislativi⁸, poiché «la "superiorità" o "condizionalità" della Costituzione rispetto alla legislazione» implica necessariamente la interpretazione sistematica della seconda alla luce della prima⁹. La «relazione di validità-invalidità» può essere posta in essere, pertanto, solo successivamente a che l'attività interpretativa abbia avuto luogo, cosicché la sanzione dell'invalidità può determinarsi solo quando si certifichi l'impossibilità di integrazione interpretativa fra i due livelli linguistici¹⁰. Fintanto che, quindi, la Corte riesca a trovare la composizione sul piano interpretativo, essa non diviene altro da sé, ma svolge il ruolo che le è proprio affinché si abbia la necessaria integrazione di due livelli normativi distinti ed interagenti.

Per l'altro, del pari e con specifico riguardo alle operazioni manipolative della Corte, le operazioni di integrazione normativa dell'ordinamento trovano fondamento nella «continuità ordinata nel tempo» della normazione, la quale rappresenta «l'aspetto diacronico di quel principio pre-positivo di coerenza», alla base «dell'esigenza di razionalità delle leggi»¹¹.

Poiché la funzione legislativa si presenta come «discontinua e intempestiva», soggetta nel suo realizzarsi a «*contraddizioni o contrarietà*», ma anche caratterizzata da «*inadeguatezze rispetto alla Costituzione*»¹², se «si vuole mantenere una ragionevole corrispondenza tra legislazione e Costituzione, e così garantire una tendenziale conformità della prima alla seconda», la legge deve essere sottoposta «nelle sue puntuali manifestazioni ad un continuo controllo di non disformità e di minore o maggiore conformità al dato – relativamente più stabile – della Costituzione»¹³.

Per tali ragioni è l'«*uso ponderato* del potere "demolitorio" spettante alla Corte» ad «essere il modo più consono per l'esercizio delle sue funzioni, contemperando l'esigenza dell'eliminazione delle leggi incostituzionali con la necessità», non solo «di preservare il

⁷ Cfr. R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso a un anno dalla sua scomparsa*, in ID. (a cura di), *Il pendolo della Corte*, cit., 10.

⁸ F. MODUGNO, *La supplenza della Corte costituzionale*, cit., 112.

⁹ F. MODUGNO, *Al fondo della teoria dell'"interpretazione conforme alla costituzione"*, in *DeS*, 2015, 463.

¹⁰ Ivi, 464 s.

¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, cit., 307.

¹² F. MODUGNO, *La supplenza della Corte costituzionale*, cit., 147.

¹³ F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale*, cit., 802.

diritto dalla discontinuità»¹⁴, ma anche di assicurarne la continuità: risolvendosi, in definitiva, nell'assenza della prima e nella costante riaffermazione della seconda il carattere di ogni ordinamento giuridico.

Nell'odierna esperienza ordinamentale, infatti, la «visione negativa di giurisdizione di annullamento» viene messa in ombra dalla funzione positiva di «"ricomposizione interpretativa" o di integrazione normativa" dell'ordinamento»¹⁵. Per svolgere appieno tale funzione integrativa la Corte costituzionale non può «mirare puramente e semplicemente – si potrebbe dire, ciecamente» all'eliminazione della legge incostituzionale¹⁶: perché «per dare effettività ai principi costituzionali»¹⁷, infatti, «eliminare la legge» può essere operazione non sufficiente, risultando alle volte, invece, necessario «"piegarla alla Costituzione"»¹⁸.

In definitiva, «*la dichiarazione di incostituzionalità*» è e deve essere «*l'esito estremo di un processo riflessivo che tenga conto tanto della insostenibilità costituzionale della normativa oggetto di giudizio, quanto delle conseguenze di una eventuale dichiarazione di incostituzionalità, ma che pure salvaguardi, ad una, la libertà normativa del legislatore e la libertà interpretativa dei giudici*»¹⁹.

Così operando, il giudice delle leggi permette la molecolare pervasione dell'ordinamento ad opera della Costituzione, riducendo o assottigliando lo iato tra legalità (legale) e legalità costituzionale²⁰.

Deve tuttavia essere chiarito che, per quanto sia innegabile il guadagno sistemico e sistematico di una simile propensione della giurisprudenza costituzionale, perseguire la penetrazione molecolare della Costituzione nell'ordinamento con pochi *se*, e altrettanto pochi *ma*, rischia il prosciugamento degli spazi riservati alla discrezionalità del legislatore e la trasformazione della Corte costituzionale nell'unico attuttore *qualificato* della Costituzione.

È un rischio sicuramente presente nelle linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale odierna, anche se non ci si può non interrogare su quale quota di responsabilità abbiano i giudici di Palazzo della Consulta, quando si determina una frizione con la sfera di competenza legislativa, e quanta, invece, sia da imputare allo stesso legislatore.

Spesso, infatti, è l'inerzia del legislatore a spingere il giudice costituzionale ad apprestare sempre più complessi moduli di intervento sulla legislazione.

Chiarito che la funzione di integrazione normativa del giudice costituzionale trova le sue ragioni nel sistema costituzionale complessivamente inteso, che altro non significa se non affermare che le operazioni compiute in questo senso dalla Corte sono da ritenersi

¹⁴ Così M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità*, cit., 59 s. (corsivo nostro), il quale si rifà a quanto prima sostenuto da G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, 600.

¹⁵ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, 174.

¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 306.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 173.

¹⁸ Ivi, 174.

¹⁹ F. MODUGNO, *La supplenza della Corte costituzionale*, cit., 149.

²⁰ Cfr. *ibidem*.

legittime e che, pertanto, nel porle in essere essa non si trasforma affatto in una terza camera concorrente con quelle rappresentative²¹, occorre interrogarsi sulle conseguenze che tali scelte hanno, però, sul versante della sua legittimazione.

3. ... e, di conseguenza, la doppia anima della Corte

Riflessioni, queste, che si muovono entro i confini dell'annosa e già richiamata questione sulla natura politica o giurisdizionale della Corte costituzionale, che qui certamente non può essere affrontata in modo approfondito.

Mi limito pertanto a ricordare come sia opinione comunemente accettata che la Corte costituzionale sia un organo che svolge «una funzione "intermedia" che [...] è al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e para-giurisdizionale –, funzione che conduce, da un lato, a "giurisdizionalizzare" la politica dentro le forme del processo, dall'altro, a "politicizzare" la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) delle pronunce»²².

In altri termini, il giudice delle leggi non può dimenticare la propria natura di «Giano bifronte»²³ e l'anima politica e quella giurisdizionale sono chiamate a convivere.

Per spiegare questa ambivalenza occorre, innanzitutto, ricordare che l'interazione tra Corte costituzionale e legislatore non è necessariamente determinata dalla necessità di supplire all'inerzia o all'assenza del legislatore, bensì trova le sue ragioni nella già rilevata complessità e gradualità intrinseca al raffronto tra legislazione e Costituzione.

Pertanto, quando si parla di "anima politica" della Corte, all'espressione può darsi una valenza descrittiva del tentativo sempre più pressante del giudice costituzionale di «attribuire alla legge il carattere di ragionevolezza-universalità che il parlamento non è riuscito ad imprimerle, per cui il controllo di costituzionalità deve essere inserito come elemento integrante il procedimento legislativo»²⁴.

Nello svolgere questa funzione, tuttavia, la Corte costituzionale non deve dimenticare di essere, seppur *sui generis*, un organo giurisdizionale, che in quanto tale non può completamente disfarsi delle logiche del discorso di applicazione, proprio di tutti gli organi giurisdizionali, anche costituzionali.

Discorso, quest'ultimo, che, predicando il vincolo alla previa norma, deve essere tradotto dalla stessa Corte, innanzitutto, come (auto)vincolo al parametro costituzionale.

²¹ A. SPADARO, *Di una Corte che non si limita ad "annullare" le leggi, ma "corregge" il legislatore e, dunque, "scrive" -... o "riscrive" per intero - le leggi. (Il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in RUGGERI A., SILVESTRI G. (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 357-369, il quale usa l'espressione «"terza Camera" di correzione/perfezionamento dei testi approvati» dal Parlamento (ivi 362).

²² E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 15.

²³ R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, cit., 7.

²⁴ Così ancora ivi, 9, dove si richiama quanto scritto nello stesso volume da M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta) del Parlamento*, cit., 84.

Ciò deve rimanere un punto fermo nell'attività del giudice delle leggi, anche a fronte della consapevolezza che il vincolo al parametro non può più essere considerato un solido baluardo a presidio dell'esclusivo ricorso alla logica deduttiva e che si possa predicare la possibilità di una relativa emancipazione da esso.

In definitiva, il parametro deve rimanere elemento di riferimento imprescindibile, anche se «accolto in tutta la sua pluralità di significati potenziali», almeno nella sua funzione di «fattore prospettico essenziale»²⁵, cui la valutazione di costituzionalità deve sempre essere rivolta.

Pur a voler prendere atto che sia irrimediabilmente superata la fase in cui la Corte poteva operare solo attraverso «l'immediata dimostrazione geometrica dell'assioma»²⁶ della compiutezza del disegno costituzionale e che, oramai da tempo, nel «processo di mantenimento della legittimazione assumono importanza non secondaria congruenze rispetto al fatto» e che, di conseguenza, l'essersi imposto «un tipo di valutazione molto più aleatoria, che usa un alfabeto completamente diverso e che impone un riproporzionamento continuo dei parametri in virtù del risultato»²⁷, e seppur «la relativa emancipazione da parametri previamente misurabili» sia «in molti casi funzionale alla conservazione della legittimazione della Corte costituzionale»²⁸, alla centralità del parametro di costituzionalità il giudice delle leggi non può e *non deve* rinunciare²⁹.

Se è vero, infatti, che la Costituzione esprime la capacità di condizionare la legislazione tanto in termini di invalidazione "secca", in caso di disformità, quanto in termini di adeguazione, è altresì indispensabile che, in questa seconda ipotesi, permanga una certa trascendenza tra legislazione ordinaria e normazione costituzionale, evitando così la "saturazione costituzionale" del sistema giuridico.

4. I diritti fondamentali quale strumento di legittimazione dell'azione della Corte e la necessità di non dimenticare il carattere giurisdizionale del giudice costituzionale

Conseguenza immediata delle considerazioni fin qui condotte è quella di guardare con attenzione alla tendenza del giudizio di costituzionalità di rendere le direttive di ordine sostanziale, quali la massima espansione dei diritti ma anche la meno dirompente

²⁵ Entrambe le citazioni sono di F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, Torino, 1999, 304.

²⁶ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli, 2014, 122.

²⁷ Entrambe le citazioni sono di C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 122.

²⁸ Ivi, 126.

²⁹ Il punto è lucidamente colto da F. RIMOLI, *L'interpretazione "morale" della costituzione: brevi considerazioni critiche*, in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, 155, il quale si rifà in parte a quanto espresso da M. BARCELONA, *Interpretazione e cognizione (Dal costruttivismo interpretativo eterofondato alla produttività riflessiva del sistema: il paradigma dell'autopoiesi materiale)*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Diritto giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, 213 ss.

espansione delle forme di tutela di diritti già enunciati³⁰, i principali strumenti di legittimazione del giudice delle leggi.

Il cammino intrapreso in tale direzione dalla giurisprudenza costituzionale può esser letto come l'approdo ultimo della torsione del nostro sistema costituzionale verso l'anima soggettiva³¹ ed è, d'altro canto, evidente come la spinta al riconoscimento del sempre maggior grado di tutela delle posizioni soggettive sia funzionale alla legittimazione a posteriori, a quella legittimazione, cioè, che si fonda sul risultato conseguito dalla Corte costituzionale.

Pur riconoscendo che la massima espansione delle tutele (e con essa la legittimazione in base al risultato) possa essere strumento virtuoso per assicurare l'interpretazione estensiva delle disposizioni costituzionali sui diritti, e quindi l'effettiva tutela di questi ultimi, una Corte costituzionale tutta protesa al risultato potrebbe essere portata ad una minore attenzione per le conseguenze sistemiche delle proprie decisioni; il che potrebbe significare un minor controllo del rischio di *esautorare gli spazi di spettanza della legislazione*, nell'opera cui pure compete a quest'ultima di dare sviluppo e attuazione alla Costituzione³².

Sia chiaro, qui non si vuole certo suggerire che la Corte debba arroccarsi nell'empireo della valutazione astratta di compatibilità costituzionale ed essere sorda alle esigenze di innalzamento dei livelli di tutela costituzionale, emergenti dai casi concreti sotto la spinta dell'evoluzione della coscienza sociale. Il giudizio costituzionale, tuttavia, non può e non deve essere solo efficace strumento di tutela dei diritti, ma essere (ovvero continuare ad essere) anche luogo di garanzia oggettiva della legalità costituzionale. Perché questa difficile alchimia possa aversi, il giudice delle leggi deve collocarsi «al crocevia tra le esigenze del caso singolo e quelle dell'ordinamento generale»³³.

La segnalata esigenza risponde, infatti, a quella di ordine generale in base alla quale «un giudice costituzionale deve prendere in considerazione, in modo particolare, gli effetti delle decisioni, qualora intenda consolidare la Costituzione e non distruggerla»³⁴.

In altri termini, la considerazione sull'«impatto ambientale»³⁵ delle proprie decisioni e del modo in cui le proprie decisioni si riverberano sugli ambiti della

³⁰ Insiste su tale differenziazione, che non può non essere condivisa, G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 3.

³¹ Cfr. R. ROMBOLI, *Corte e diritti*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, 2011, 11.

³² Aspetto, questo, messo in luce da A. RUGGERI, *Attività di garanzia e attività d'indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Consulta Online*, 2015, 409, il quale, con specifico riguardo alla tutela dei diritti, afferma che «la prima mano [...] è chiamata a giocare il legislatore, cui compete di dare il primo e necessario sviluppo alle previsioni della Carta costituzionale e delle altre Carte che danno il riconoscimento (nella ristretta e propria accezione del termine) dei diritti».

³³ M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 2016, 51.

³⁴ Così R. PINARDI, *Il problema dell'impatto della declaratoria d'incostituzionalità alla luce del ruolo della Corte nel sistema*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 3, il quale cita quanto sostenuto da E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Berlin, Duncker & Humblot, 1961, 135.

³⁵ G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in AA. VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 224.

legislazione, deve essere il tratto caratterizzante dell'attività del giudice delle leggi, il quale non vuole (e forse neppure può più) essere sordo al risultato che si chiede sia conseguito con il suo intervento.

Qui, inevitabilmente, si tocca una delle questioni maggiormente avvertite rispetto alla giurisprudenza costituzionale del tempo presente.

Se, infatti, quando sono in gioco i diritti fondamentali, la discrezionalità del legislatore non sembra più essere argine contro gli interventi integrativi del giudice delle leggi, occorre necessariamente ragionare sulle modalità attraverso le quali la garanzia costituzionale dei diritti fondamentali non si trasformi in una incontrollata esautorazione degli spazi della legislazione.

I diritti fondamentali hanno sempre avuto (e devono continuare ad avere) un ruolo di rilievo nei percorsi di legittimazione del giudice delle leggi, ma occorre avere consapevolezza che essi non possono assorgere ad unico fattore sul quale fondare solidamente la legittimazione di quest'ultimo.

Come ammoniva Carlo Mezzanotte, infatti, i diritti fondamentali, pur essendo «innegabilmente [...] la più vicina alla materia sulla quale la Corte si è esercitata con profitto nel lungo periodo di consolidamento della sua legittimazione», rappresentano l'ambito su cui inevitabilmente, in «una società avanzata», «si addensano [...] i maggiori nodi conflittuali»³⁶.

Considerazione, quest'ultima, che dovrebbe portare non certo a negare aprioristicamente qualsiasi apertura verso la previsione di forme di accesso diretto alla Corte per tutelare i diritti fondamentali, ma a considerare con attenzione i risvolti problematici e le ricadute sistemiche e sistematiche di una innovazione in questo senso.

5. Creatività della Corte e inattività del legislatore

La necessità di ordine costituzionale, che l'intervento manipolativo del giudice delle leggi, volto ad adeguare la legge alle esigenze del caso concreto, assicuri l'equilibrio tra il giusto grado di tutela dei diritti e la discrezionalità del legislatore, ha trovato per lungo tempo soddisfazione nella c.d. dottrina delle rime obbligate³⁷ e, con specifico riferimento a quelle che sono state definite additive di regola o additive semplici, nel ricorso anche al c.d. *tertium comparationis*³⁸.

³⁶ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 125.

³⁷ La cui formulazione si deve, come è noto, a V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA. VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978 (anche in *Giur. cost.*, 1976), 84; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *La Corte costituzionale*, Padova, V ed., 1984, 497.

³⁸ La compiuta rielaborazione della dottrina delle rime obbligate all'interno dello schema del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza si deve agli studi di L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 299 ss., e di L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza, aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 219 ss.

Questi strumenti, anche se alcuna dottrina non ha mancato di evidenziare la loro portata di artifici retorici³⁹, sono stati adoperati «come "argine" al dilagare della creatività della Corte»⁴⁰.

Come è noto, il limite delle rime obbligate è stato superato nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni.

La nuova stagione che sembra aver inaugurato il giudice delle leggi non deve essere letta con pregiudizi di carattere teorico o, addirittura, ideologic; ed anzi è necessario riconoscere che tanto la dottrina delle rime obbligate quanto, e in generale, le dottrine sul *self restraint* della Corte costituzionale si fondano non solo sull'assunto che il giudice delle leggi non debba invadere gli spazi riservati alla legislazione, ma altresì sul mito, fondativo dello Stato moderno, del legislatore rappresentativo quale fulcro e motore dell'ordinamento, *unico* attore istituzionale che può e deve temperare e disciplinare l'assetto degli interessi socialmente rilevanti.

Sono tuttavia note le difficoltà del legislatore di farsi interprete delle grandi trasformazioni sociali⁴¹ e l'incapacità di gestire la conflittualità o la pressante richiesta di regolamentazione di sempre «nuovi spazi di libertà» ingenerata dal pluralismo o meglio da una sua degenerazione⁴².

Difficoltà, queste, che determinano una inerzia che può essere letta non solo come semplice *incapacità di decidere o di decidere efficacemente*, ma spesso è una *precisa volontà di non decidere*⁴³, la quale è vero e proprio tratto caratterizzante la legislazione odierna, la quale anche quando interviene, e ciò spesso accade su temi eticamente e socialmente sensibili, lo fa con normative vaghe e contraddittorie⁴⁴. Leggi, in altri termini, che già al momento in cui vedono la luce rimandano agli organi dell'applicazione il difficile compito di sciogliere i nodi che nella sede parlamentare sono risultati inestricabili⁴⁵.

Al cospetto di un legislatore volutamente o, comunque sia, nei fatti incapace di governare la complessità dei fenomeni sociali odierni, non ci si può lasciare andare ad rigido e nostalgico conservatorismo verso il modello (peraltro mai avveratosi) della Corte costituzionale quale puro legislatore negativo.

Al cospetto del sempre più assordante silenzio del legislatore, l'originario peccato di eccesso di creatività era inevitabilmente (forse) destinato a trasformarsi in *culpa felix*⁴⁶,

³⁹ In questo senso M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 649.

⁴⁰ Ivi, 650.

⁴¹ Cfr. sul punto R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 2018, 637.

⁴² Cfr. sul punto M. CARTABIA, *In tema di "nuovi" diritti*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, a cura di M. Ruotolo, Napoli, 2011, 640.

⁴³ Cfr. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017, 10.

⁴⁴ Sul punto per tutti G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 44.

⁴⁵ In altri termini, la legge, come afferma G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 45, «non è più garanzia assoluta e ultima di stabilità ma diviene essa stessa strumento e causa di instabilità».

⁴⁶ G. SILVESTRI, voce *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 32.

anche perché, seppur nel nostro discorso si è posto l'accento soprattutto sull'aspetto patologico, occorre tenere sempre ben presente che tale perdita di centralità della legislazione rappresenta altresì uno sviluppo fisiologico dello Stato costituzionale, il quale ha detronizzato la legge e moltiplicato i centri di produzione giuridica⁴⁷.

Non deve passare in secondo piano, poi, una constatazione tanto ovvia quanto provvida di conseguenze: se l'attivismo della Corte è determinato dall'"assenza" del legislatore, quest'ultimo sarebbe in grado di riportare in equilibrio i ruoli se esercitasse appieno la propria funzione.

La Corte, in conclusione, può e deve avere un ruolo concorrente nei processi di produzione giuridica (così come invero la giurisdizione⁴⁸), può anche essere considerata moderatrice dei conflitti sociali⁴⁹. Ciò naturalmente, a patto che si abbia la consapevolezza che il giudice costituzionale non può e né deve ambire a vestire i panni del legislatore.

6. Un difficile equilibrio: tra funzione di integrazione normativa dell'ordinamento e ancoraggio al carattere giurisdizionale dell'organo di giustizia costituzionale

L'apertura verso la funzione integrativa, qui pure perorata, non vuole, infatti, risuonare come un "*liberi tutti*" o come una concessione incondizionata di credito, né tantomeno come il *requiem* dell'assunto fondante gli ordinamenti democratici, in base al quale il discorso di fondazione debba essere di primaria spettanza del legislatore.

Detto diversamente, la necessità di liberarsi dai lacci della creatività controllata e predeterminata dall'assetto ordinamentale deve essere perseguita, dalla Corte costituzionale, con un atteggiamento di autocontrollo e di moderazione⁵⁰, avente la sua primaria manifestazione nella consapevolezza del carattere giurisdizionale, quale tratto distintivo dell'esercizio delle funzioni di garanzia costituzionale. Consapevolezza che, operativamente, deve tradursi nel già richiamato vincolo alla previa norma, tanto sostanziale (ossia al parametro da applicare per la soluzione del merito della controversia), quanto processuale, pur riconoscendo la maggiore elasticità di tali norme rispetto a quelle della giurisdizione comune⁵¹.

⁴⁷ Qui si veda, per tutti, G. ZAGREBELKY, *Il diritto mite*, cit., *passim*.

⁴⁸ Emblematico il titolo di un saggio di N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 41 ss., ma si pensi anche al libro di M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori*, Milano, 1984. Più di recente si veda anche L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli, 2012, spec. 67 ss.

⁴⁹ Così F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 53.

⁵⁰ Parla di *judicial modesty*, con generale riferimento alla giurisdizione largamente intesa, N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità; del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, § 5.

⁵¹ Avendo, in altri termini, ben presente l'insegnamento di C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA. VV., *Giudizio "a quo"*, cit., 69: «il processo costituzionale non è la culla delle coerenze processuali poiché in esso si celebra una vicenda che riguarda l'effettività del sistema di governo nel suo complesso, e nel quale si sottopone a una sorta di bilanciamento, espresso, tacito o implicito, tutto

Ciò, evidentemente, vale non solo per il controllo di legittimità costituzionale – al quale qui si è fatto costantemente riferimento – ma per ogni tipo di giudizio costituzionale. In questo senso, infatti, suscita più di una qualche perplessità l'anticipazione della valutazione di merito nella fase di ammissibilità del giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, conseguente all'apertura verso la legittimazione del singolo parlamentare, rimasta peraltro solo sulla carta. Essendosi in questo caso introdotto un tipo di valutazione, non solo non prevista dall'art. 37 della legge n. 87 del 1953, ma contrastante anche con la logica della valutazione sommaria, tracciata dalla richiamata disposizione, della non manifesta inammissibilità, ossia della non manifesta carenza dei requisiti – soggettivi e oggettivi – per accedere alla valutazione di merito.

Ma vale anche per l'utilizzo, ad opera del giudice costituzionale, delle norme sul processo costituzionale, per l'apertura verso la società civile, veicolata di recente dalla modifica delle norme integrative, e per le modalità, e le finalità (in termini di legittimazione del giudice delle leggi), della comunicazione istituzionale.

Se è vero – come a me pare – quanto afferma Raffaella Niro nelle sue considerazioni di sintesi, ossia che al sempre maggiore attivismo della Corte costituzionale, e alla conseguente maggiore creatività dei moduli decisorii dalla stessa adottati, corrisponda un «significativo esercizio del potere regolamentare da parte della Corte (e del suo Presidente)», si può nutrire il fondato sospetto che il sempre più ricorrente potere di autoregolamentazione del giudice costituzionale sia volto, più che ad una manutenzione del processo costituzionale, della quale lo stesso si fa carico, a causa della proverbiale latitanza del legislatore, soprattutto a legittimare – come ricorda sempre Raffaella Niro – «interventi sempre meno "imbrigliati" nelle maglie di regole procedurali e/o processuali definite dalla legge n. 87». Tendenza, questa, che se confermata nel futuro, la dottrina dovrebbe guardare in modo attento e vigile.

Mi rendo conto che, nell'ammettere, per un verso, la legittimità (e la legittimazione) della Corte nei processi di produzione giuridica – e, quindi, giustificare la sua funzione integratrice anche attraverso la creatività delle sue pronunce – e predicare, per l'altro, la necessità dello spirito dell'autocontrollo e della moderazione, nonché più significativamente la necessità di seguire la rigida direttiva della previa sottoposizione al parametro di costituzionalità, nonché la moderazione nel maneggiare il proprio potere di autoregolamentazione, non si fornisce affatto una visione volta alla semplificazione del sistema di costituzionalità, ma, anzi, si afferma la necessità di considerare quest'ultimo in tutta la sua complessità.

Il riconoscere e l'affermare la necessità della complessità, e se si vuole anche della complicazione, negli odierni processi di produzione normativa, coadiuvati dagli organi di

quanto ha rilievo ai fini di un esito ragionevole, non importa se processuale o di merito, delle questioni di costituzionalità». Ha insistito sulla particolarità del giudizio costituzionale anche G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in AA. VV., *Giudizio "a quo"*, cit., 137, il quale afferma: «diritto processuale sì, ma *sui generis* (anzi: molto *sui generis*), che comprenda in sé pluralità di prospettive, da ricostruirsi attorno a beni giuridici plurimi. Un diritto processuale capace di comprendere le ragioni non sempre coincidenti della tutela soggettiva dei diritti costituzionali ma anche le ragioni della tutela oggettiva della Costituzione».

giustizia costituzionale, credo sia, tuttavia, indispensabile per governare, o quanto meno leggere con consapevolezza, i tortuosi itinerari della legittimazione in una società complessa, che magistralmente Carlo Mezzanotte ricordava in chiusura della sua opera sulla legittimazione del giudice delle leggi⁵².

⁵² C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 127 s.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

QUANDO LA CORTE NON C'È...IL LEGISLATORE "BALLA": ENTI LOCALI E
"SPAZI" COSTITUZIONALI

RICCARDO CABAZZI

SOMMARIO: 1. Premessa e contesto normativo. – 2. L'inattuazione del federalismo fiscale e la mancata definizione dei LEP: cenni. – 3. Gli enti locali e la tutela delle loro prerogative costituzionali: un problema aperto. – 4. I Comuni stretti nella "morsa" della discrezionalità del legislatore statale e regionale: quali spazi residui? – 5. I Comuni e gli ostacoli alla loro "tutela procedurale" dinanzi alla Corte. – 6. Possibili forme rimediali e di accesso (indiretto) dei Comuni alla giustizia costituzionale. – 7. L'accesso degli enti locali in altri ordinamenti: il caso tedesco, spagnolo, francese. – 8. Osservazioni conclusive e possibili soluzioni: dalla revisione costituzionale all'interpretazione estensione delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte.

1. Premessa e contesto normativo

La nota riforma n. 3 del 2001 ha chiaramente affermato l'autonomia degli enti locali, conferendo così un più pieno sviluppo normativo-costituzionale al principio del decentramento amministrativo di cui all'art. 5 della Carta. Le fondamenta della suddetta autonomia sono quindi strettamente legate al percorso attuativo della normativa costituzionale e al superamento della classica visione piramidale dei rapporti tra livelli di governo. In particolare, si impone, a decorrere dal 2001, un principio di tendenziale preferenza per l'esercizio municipale delle funzioni amministrative, il quale fa sì che l'amministrazione comunale si configuri come avente una competenza amministrativa generale dinanzi alla quale ogni diversa allocazione deve ritenersi

eccezionale. Tale preferenza darebbe quindi luogo ad un obbligo metodologico, gravante sul legislatore nazionale, nell’ambito del processo di allocazione, ove il Comune deve essere considerato in via prioritaria rispetto agli altri livelli di governo¹. Tuttavia, con riguardo al comma 1 dell’art. 118, le rilevanti conseguenze connesse all’attuazione di tale norma non sono ancora divenute direttrici di indirizzi politico-istituzionali: né sussidiarietà, né adeguatezza e né differenziazione si sono infatti combinate all’interno di un disegno di sviluppo complessivo². Tanto premesso, l’organo politico democratico non sembra, pertanto, aver conferito concreta effettività al c.d. «auto-governo» degli enti territoriali ed, in particolare, a quello dei Comuni³ (oggetto del presente contributo).

2. L’inattuazione del federalismo fiscale e la mancata definizione dei LEP: cenni

Lo stesso si può dire quanto al molto invocato federalismo fiscale di cui all’art. 119 della Carta, secondo il quale gli enti locali dovrebbero finanziare le funzioni loro attribuite prevalentemente (se non quasi esclusivamente) con risorse ed entrate

¹ Trattasi di un “dovere generico”, la cui violazione potrebbe peraltro, secondo parte della dottrina, generare una questione di legittimità costituzionale, volta a verificare se la sproporzione tra carattere accentratore della titolarità assegnata ed esigenza unitaria sia o meno manifesta. Cfr. C. NAPOLI, *Il persistente disallineamento tra previsioni costituzionali e allocazione in via legislativa delle funzioni amministrative: quali prospettive di attuazione dell’art. 118 Cost.?*, in *Federalismi*, 20/2022. Sottolinea altresì C. DE MARTIN, *La vicenda delle Province emblematica di un disegno costituzionale tradito*, in *Federalismi*, 20/2022 che già ad opera della l. 8 giugno 1990, n. 142 vi erano stati tentativi atti a riconoscere agli enti locali un’autonomia potenzialmente a tutto tondo (politica, normativa, amministrativa e finanziaria) con un ruolo di autogoverno degli interessi generali della comunità territoriale sottesa. Quei tentativi sono stati tuttavia allora in larga misura frustrati, oltre che per il persistente centralismo e la discrezionalità statale nella gestione delle risorse finanziarie, per le resistenze regionali a riallocare agli enti locali le funzioni amministrative di spettanza comunale o provinciale. Resistenze che in larga misura permangono anche dopo l’esplicita previsione del principio di sussidiarietà come criterio guida – insieme a differenziazione e adeguatezza – per le riforme amministrative (“Bassanini”) organicamente prefigurate dalla l. 15 marzo 1997, n. 59 e puntualizzate dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 in ordine al riassetto delle funzioni riguardanti le istituzioni territoriali di vario livello.

² Ciò è sostenuto, in particolare, da A. POGGI, *A vent’anni dalla revisione costituzionale del Titolo V: un bilancio con lo sguardo rivolto al futuro*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2021.

³ Proprio con riguardo a questi ultimi l’autonomia si connota in chiave profondamente democratica. Questa diviene infatti funzionale (i) alla cura dei bisogni ed interessi locali; (ii) a garantire ai cittadini dell’ente la possibilità di partecipare alle scelte collettive rilevanti per l’ambito di residenza; (iii) ad esprimere, per via elettiva diretta, organi di governo del territorio rappresentativi della comunità di riferimento. Da cui, la rilevanza della concreta realizzazione dell’autonomia, anche a Costituzione invariata. Lo stesso Presidente della Repubblica, nel suo recente intervento a Bergamo del 23 novembre 2022, ha affermato come: «i comuni devono essere messi tutti in condizione di adempiere ai compiti loro affidati, per poter concorrere a realizzare il principio costituzionale della pari dignità dei cittadini» e, ancora, che: “sussidiarietà non significa scaricare le difficoltà sull’anello istituzionale più a diretto contatto con i cittadini ma piuttosto sostenerlo. Significa partecipazione. Condivisione e dialogo tra i vari livelli di governo».

proprie⁴. Orbene: l’entrata in vigore della legge delega n. 42 del 2009 e i nove decreti legislativi di attuazione che ne seguirono, proponendo una equilibrata attuazione del novellato art. 119 Cost., sembrarono aprire una nuova stagione quanto all’assetto della finanza decentrata. Tuttavia, nell’esercitare le funzioni di coordinamento della finanza pubblica, i governi che si sono succeduti sin d’oggi⁵ non hanno ancora proceduto ad una definizione puntuale dei livelli essenziali delle prestazioni (c.d. LEP⁶). La mancata individuazione⁷ dei LEP⁸, necessaria per giungere ad una concreta applicazione di costi e fabbisogni standard – da parte del legislatore statale – integra peraltro l’omessa attuazione di un ulteriore precetto costituzionale. Invero, l’art. 117 comma 2, lettera m) della Carta, stabilendo che la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale spetta allo Stato», affida a quest’ultimo una vera e propria responsabilità; trattasi di garantire l’effettività di tali prestazioni, in modo uniforme ed in tutto il Paese, dotando, dunque, gli enti decentrati (o permettendo a questi ultimi

⁴ La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 ha operato una costituzionalizzazione di quel decentramento amministrativo a Costituzione invariata introdotto con le leggi Bassanini. Tale decentramento risulterebbe infatti svuotato di ogni importanza se non fosse accompagnato dalla concessione di adeguati mezzi economici per la sua concreta attuazione. La volontà era quella di responsabilizzare gli amministratori locali e indurli a gestire efficientemente le risorse a loro disposizione, ponendo fine al sistema di finanza locale e regionale basata sui trasferimenti (la c.d. finanza derivata), in cui le risorse finanziarie non venivano raccolte dagli enti stessi (che però erano incaricati di erogare i servizi), ma derivavano totalmente o parzialmente dallo Stato. Cfr. J. GRUBER, *Scienza delle finanze*, Milano, 2023, 112, 113.

⁵ Il tema degli spazi autonomistici degli enti territoriali è tutt’oggi attuale, oltre che oggetto di profondo e (talvolta divisivo) dibattito politico. Invero, il ministro per gli affari regionali e le autonomie Roberto Calderoli ha, in data 17 novembre 2022, presentato alle Regioni italiane la bozza di disegno di legge rubricata *Disposizioni per l’attuazione dell’autonomia differenziata di cui all’articolo 116, terzo comma, della Costituzione*. In tale bozza si precisa quindi, all’art. 3, che il trasferimento delle funzioni, di cui all’art. 116 Cost., e delle relative risorse alle Regioni può avere luogo solo previa determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni; livelli che devono essere comunque garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera m). Nella lettera alla Rivista AIC n. 3/2023 la Professoressa Catelani sostiene che il suddetto disegno presenti luci ed ombre, rimando comunque la strada per raggiungere il regionalismo differenziato lunga e tortuosa. Per un *excursus* sul tema si rinvia a: M. COSULICH, *Le differenziazioni come sfide all’uniforme regionalismo italiano*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa* n. 3, 120 ss.

⁶ Nell’assegnare alla legislazione esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, la disposizione costituzionale di cui all’art. 117, comma 2, lettera m) si prefigge di assicurare la garanzia del principio di eguaglianza, al fine di tutelare tali diritti su tutto il territorio nazionale, in ottemperanza ai principi di coesione e solidarietà, seppure nell’ottica del riconoscimento e della valorizzazione delle autonomie locali.

⁷ Più nel dettaglio, la puntuale definizione dei Livelli essenziali è stata effettuata con il dPCm del 2001, poi modificato dal dPCm 12 gennaio 2017, rubricato «Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all’articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502». Tuttavia, quest’ultimo non è stato seguito da puntuali decreti attuativi.

⁸ Di recente, la Corte Cost., con sentenza n. 220/2021, ha evidenziato che il ritardo nella definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, da parte del legislatore, rappresenta un ostacolo non solo alla piena realizzazione dell’autonomia finanziaria degli enti territoriali, ma anche al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti i diritti sociali. I giudici costituzionali hanno quindi valutato negativamente il perdurante ritardo dello Stato nel definire i LEP, i quali, una volta normativamente identificati, indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivi i diritti sociali.

di dotarsi autonomamente) delle risorse finanziarie necessarie a darvi concreta attuazione.

3. Gli enti locali e la tutela delle loro prerogative costituzionali: un problema aperto

La perpetuata omissione di un efficace esercizio centrale del ruolo di coordinamento della finanza pubblica ha quindi comportato un duplice risultato: (i) il mancato invero della (solo) proclamata autonomia locale⁹; (ii) il configurarsi di un concreto ostacolo all’effettivo esercizio delle funzioni demandate ai Comuni¹⁰. Pertanto, si può affermare che il legislatore abbia, nei fatti, smentito sé stesso. A partire dalla l. 142 del 1990, infatti, la volontà di questo è stata quella di connotare il Comune quale ente a competenza generale amministrativa, cui è affidata la cura del complesso degli interessi della comunità di riferimento (art. 13 TUEL)¹¹. Ancora, l’operata scelta costituzionale a favore delle autonomie locali deve essere intesa in senso strumentale all’organizzazione democratica; non solo, quindi, con riguardo alle funzioni legislative, ma (soprattutto) alle funzioni amministrative¹². In contrasto con tale volontà, tuttavia, i Comuni, in particolare dopo la crisi economico finanziaria del 2008, sono stati

⁹ In questo senso, *ex multis*, vedasi: M. BERTOLISSI, *La delega per l’attuazione del federalismo fiscale: ragionamenti in termini di diritto costituzionale*, in *Federalismo fiscale*, 2/2008, 96 ss. Tale Autore ritiene che l’attuazione del federalismo fiscale rappresenti un dovere costituzionale, e non una opzione discrezionale, la quale ha ad oggetto soltanto il *quomodo*.

¹⁰ Secondo G. RIVOCCHI, *La Corte garante del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse: il caso dei canoni idrici di esclusiva spettanza regionale (osservazioni a Corte cost., sentt. n. 77 e 155 del 2020)*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 371 ss.: «se integralmente governata dalla sussidiarietà e dal giudizio di adeguatezza, la distribuzione delle funzioni non dovrebbe essere preventivamente condizionata dalla disponibilità delle risorse. In secondo luogo, posto il principio di necessaria corrispondenza tra le prime e le seconde, all’allocazione delle funzioni tra gli enti sub-statali deve seguire l’integrale finanziamento delle stesse».

¹¹ Tale intento è stato confermato, nel tempo, con la previsione dell’elezione diretta del Sindaco (l. 25 marzo 1993 n. 81), con l’eliminazione del controllo preventivo sugli atti, da parte dei CO.RE.CO., e con l’introduzione, ad opera delle leggi Bassanini, del principio di sussidiarietà verticale. Sul tema si rimanda a: L. MANNORI, *Autonomia. Fortuna di un lemma nel vocabolario delle libertà locali tra Francia ed Italia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Autonomia, Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, 43, Tomo I, Milano, 2014, 124, secondo cui l’essenza della trasformazione della forma di Stato italiana si può riassumere nel progressivo venir meno dell’immagine originariamente caratteristica di un ente superiore (lo Stato) – il quale riconosceva una certa sfera di autogoverno a ciascun ente subordinato – a favore di un’altra, in cui tale riconoscimento è operato dalla Costituzione stessa. Secondo tale secondo (nuovo) modello, ogni Comune è quindi già autonomo *ipso iure*, non solo verso lo Stato, ma anche verso tutti gli altri. Si vedano altresì, sul punto: P. CARROZZA, *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomie*, in P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Tomo II, Roma-Bari, 2014 e F. PIZZOLATO, *Democrazia come autogoverno: la questione dell’autonomia locale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015.

¹² In tal senso, il rinnovato art. 118 della Carta, mediante il decentramento delle funzioni, ha mirato a migliorare l’efficienza amministrativa, in funzione del benessere della persona, affidando all’ente istituzionale più prossimo ai bisogni dell’individuo, la titolarità delle funzioni preordinate alla cura di tali interessi. Sul tema, interessanti le osservazioni di: F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Politica del diritto*, 3/2006, 385 ss.

costretti al rispetto di stringenti vincoli economico finanziari che ne hanno fortemente ridotto la capacità di spesa. I Governi in carica, dal loro canto, si sono spesso assunti la popolarità di aver ridotto le imposte, scaricando sugli enti territoriali la responsabilità di ridurre i servizi sociali o di aumentare la pressione fiscale¹³. Questo, in maniera antitetica rispetto al principio autonomistico e a quello di sussidiarietà, i quali richiedono la sostenibilità economico-finanziaria delle politiche che ciascun Comune intende porre in essere.

A tal riguardo, la giurisprudenza costituzionale, in più occasioni, ha definito legittimo l'intervento del legislatore nazionale o regionale volto a rimodellare la competenza amministrativa dei Comuni, nelle materie a questi riservate, anche quando hanno assunto rilievo le funzioni fondamentali¹⁴. Tra le più recenti, la sentenza n. 245 del 2018 ha confermato la legittimità di una legge abruzzese che ha previsto che il recupero dei vani e locali accessori situati in edifici esistenti o collegati direttamente ad essi ed utilizzati anche come pertinenze degli stessi e dei vani e locali seminterrati è ammesso anche in deroga ai limiti e prescrizioni edilizie degli strumenti urbanistici ed edilizi comunali vigenti, ovvero in assenza dei medesimi. Secondo la Corte, tale legge regionale non comporta la violazione del principio fondamentale di attribuzione ai Comuni della funzione di pianificazione urbanistica del territorio, poiché la disposizione censurata consente esclusivamente deroghe minute alla disciplina edilizia comunale, dettate nell'esercizio della competenza legislativa concorrente in materia di governo del territorio¹⁵.

4. I Comuni stretti nella “morsa” della discrezionalità del legislatore statale e regionale: quali spazi residui?

Invero, il modello vigente presenta un assetto che, nel quadro della tutela offerta dai principi costituzionali, fa del legislatore statale il soggetto che, ai sensi dell'art. 117,

¹³ In questo senso, L. ANTONINI, *Un requiem per il federalismo fiscale*, in *Federalismi*, 16/2016.

¹⁴ Vedasi, in particolare, Corte Cost. n. 179/2019 e Corte Cost. n. 33/2019. Entrambe queste pronunce, tuttavia, sembrano contenere un (implicito) monito sia al legislatore statale che a quello regionale a varare norme maggiormente rispettose dell'autonomia degli enti locali, e a considerare questi come i naturali attuatori delle scelte politiche compiute a livello regionale, e non come “controparti” da limitare in quanto oppositori di quelle stesse scelte. Cfr. M. GORLANI, *Il nucleo intangibile dell'autonomia costituzionale dei Comuni*, in *Le Regioni*, 4/2019, 115 ss. Secondo tale Autore, in particolare: «se il modello costituzionale dell'articolazione territoriale dei poteri non può essere irrigidito con previsioni eccessivamente vincolanti, e quindi non può venir meno una fase di mediazione legislativa nell'organizzazione concreta dei poteri sul territorio, nondimeno le scelte delle Regioni devono essere ispirate alla leale collaborazione e alla massima valorizzazione degli enti territoriali: solo così è possibile dare effettiva attuazione a quel principio autonomistico che ha subito, in questi ultimi anni, disinvolve forzature e discutibili deroghe».

¹⁵ In particolare, afferma la Consulta: «l'art. 2, comma 4, del DPR 380/2001, se riconosce ai Comuni la facoltà di disciplinare l'attività edilizia, non configura (né potrebbe) in capo agli stessi una riserva esclusiva di regolamentazione in grado di spogliare il legislatore statale e quello regionale del legittimo esercizio delle loro concorrenti competenze legislative in materia di governo del territorio, competenze non a caso richiamate dallo stesso art. 2 TUEL».

secondo comma lettera p) della Costituzione, deve definire il perimetro essenziale delle funzioni fondamentali e proprie degli enti territoriali, lasciando, al contempo, al legislatore regionale, nelle materie di sua competenza, ampio spazio sia per aggiungere ulteriori funzioni degli enti locali, sia per riempire di contenuto e conformare le stesse, di origine «statale», degli enti territoriali. Ne consegue, quindi, che quando è in gioco una materia di potestà legislativa concorrente o residuale regionale resta intatta la facoltà del legislatore regionale di precisare il perimetro della potestà amministrativa locale, secondo canoni ampiamente discrezionali¹⁶. In sintesi, quindi, la definizione dell'esatta portata dell'autonomia comunale è, di fatto, rimessa, in base al principio di legalità, alla discrezionalità del Parlamento nazionale o regionale. Tale discrezionalità non trova, peraltro, un contro-altare nella possibilità di accesso diretto degli enti alla Corte. Accesso che, sicuramente, favorirebbe il formarsi di una giurisprudenza organica, e non occasionale e discontinua (come accade ora), sui profili dell'autonomia costituzionale degli enti locali.

Il rischio quindi che i Comuni diventino “*soggetti periferici*” e meri attuatori di politiche definite “*al centro*” presenta due evidenti corollari. In *primis*, (i) svuota di contenuto il principio, di cui all'art. 114 Cost. per cui tutti gli enti sono posti sullo stesso piano e nel medesimo ordine gerarchico¹⁷; (ii) in *secundis*, incide significativamente sulla capacità dell'organo politico dell'ente (il consiglio) e del suo vertice (il sindaco) di esercitare le proprie funzioni di indirizzo e controllo. Ciò a detrimento della rappresentatività democratica locale e del progressivo adombramento degli interessi della cui cura i Comuni sono preposti¹⁸. Invero, l'autonomia territoriale si proietta oltre

¹⁶ La giurisprudenza costituzionale ha affermato che: «gli artt. 5 e 128 della Costituzione presuppongono una posizione di autonomia dei comuni che le leggi regionali non possono mai comprimere fino a negarla, ma anche che l'autonomia comunale non implica una riserva intangibile di funzioni e non esclude che il legislatore regionale possa, nell'esercizio della sua competenza esclusiva, individuare le dimensioni dell'autonomia stessa, valutando la maggiore efficienza della gestione a livello sovramunicipale degli interessi coinvolti [...] Il problema del rispetto delle autonomie non riguarda, perciò, in via astratta, la legittimità dell'intervento del legislatore, ma, piuttosto, la verifica dell'esistenza di esigenze generali che possano ragionevolmente giustificare le disposizioni legislative limitative delle funzioni già assegnate agli enti locali». In questo senso, vedasi le sentenze n. 83 e 286 del 1997. Ad esempio, ove si assuma lesa la potestà pianificatoria comunale, lo scrutinio di legittimità costituzionale consisterà in giudizio sulla legittimità dello scopo perseguito dal legislatore regionale e quindi sulla necessità, adeguatezza e sul corretto bilanciamento degli interessi coinvolti. Tale giudizio di proporzionalità sarà atto ad appurare se, per effetto di una normativa regionale rientrante nella materia del governo del territorio, non venga menomato il nucleo delle funzioni fondamentali attribuite ai Comuni all'interno del sistema della pianificazione, sì da salvaguardarne la portata anche rispetto al principio autonomistico sopra citato (Corte Cost. n. 202/2021).

¹⁷ Attenta dottrina ha osservato, al riguardo, che, alla luce del principio autonomistico, gli enti territoriali, in quanto espressione organizzativa delle “comunità”, non possono essere dunque configurati (e trattati) come articolazioni, più o meno ricche di competenze, dello Stato-persona, dovendosi invece affermare che la relazione tra enti territoriali minori e Stato-persona è una relazione di autonomia, nel senso che non occorre più la coincidenza di fini e di interessi, ma qualunque fine e qualunque interesse dell'ente minore si pone con parità di valore nei confronti dei fini e degli interessi dello Stato-persona, tutti assommandosi nell'ordinamento complessivo. Cfr. M. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, in ID. (a cura di), *Scritti giuridici. Volume I. Monografie e manuali, Vita e Pensiero*, Milano, 2006, 697.

¹⁸ Si veda, sul punto, il seguente contributo: A. MORRONE, *Autonomia finanziaria degli enti locali e democrazia locale*, in *Jus*, 2021, 153 ss. Interessanti, al riguardo, sono altresì le osservazioni di G. RIVOSECCHI, *A vent'anni dalla riforma del Titolo V: finanza e tributi nella Repubblica delle autonomie*,

le dimensioni istituzionali, organizzative e funzionali disciplinate dalle regole contenute nella Parte seconda del testo costituzionale; questa significa, fondamentalmente, autodeterminazione (o autogoverno) di comunità locali, poste, in quanto auto-nome, in condizione di elaborare uno specifico indirizzo politico, espressivo di interessi e finalità distinti da quelli statali, in vista, in *primis*, della garanzia dei diritti costituzionali¹⁹.

5. I Comuni e gli ostacoli alla loro “tutela procedurale” dinanzi alla Corte

Alla luce di quanto esposto, si ritiene quindi che, affinché la novella del titolo V della Carta trovi concreta realizzabilità, l’accesso diretto degli enti locali alla Corte parrebbe una soluzione funzionale, oltre che coerente con l’art. 114 Cost. Invero, la valorizzazione costituzionale dell’autonomia delle collettività locali necessita di essere difesa dagli interventi volti a comprimerla, da parte degli altri soggetti dell’ordinamento. Tale “protezione” si deve quindi realizzare su due versanti: quello “sostanziale”, relativo alla posizione e alle fonti costituzionali degli enti locali; e quello, di natura “procedurale”, concernente gli istituti giuridici previsti per tutelarne le competenze dinanzi all’organo di giustizia costituzionale. Ebbene, nel nostro ordinamento non solo questa difesa non è stata implementata dal legislatore²⁰; bensì si assiste al divario tra un’autonomia locale sempre più avanzata e valorizzata sul piano sostanziale e la (minima) previsione di strumenti procedurali, di fronte all’organo di giustizia costituzionale, per contrastare eventuali interventi volti a ridurla. Infatti, quanto all’individuazione dei soggetti ricorrenti, la stessa Corte ha ribadito, a più riprese²¹, che il giudizio in via principale è accessibile ai soli soggetti (Stato e Regioni) titolari della potestà legislativa, non essendo possibile l’intervento di altri diversi attori.

in *Federalismi*, 20/2022. Secondo tale Autore, in particolare: «senza un’adeguata distribuzione delle risorse vi è il concreto rischio di neutralizzare i poteri normativi e amministrativi degli enti sub-statali preordinati allo svolgimento di funzioni e all’erogazione di prestazioni»

¹⁹ In questo senso: G. RIVOCCHI, *Articolo 5*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo. Vol. I. Principi fondamentali e Parte I – Diritti e doveri dei cittadini (Artt. 1-54)*, Bologna, 2018, 42. Inoltre, secondo B. OOMEN – M. BAUMGAERTEL, *Frontier Cities: The Rise of Local Authorities as an Opportunity for International Human Rights Law*, in *European Journal of International Law*, 29/2018, 607 ss. andrebbe riconosciuto il legame tra tutela dei diritti e promozione delle autonomie (sociali e territoriali) che è ancora una volta espressione del legame tra la persona e le reti relazionali.

²⁰ Anche dopo la riforma costituzionale del 2001 permangono, sul piano dell’effettività della tutela processuale dell’autonomia locale, elementi di continuità con il passato. Infatti gli enti locali non hanno ancora la possibilità di far valere direttamente di fronte alla Corte costituzionale la (presunta) lesione della propria sfera di autonomia, costituzionalmente garantita, sia nei confronti della legislazione statale che di quella regionale, nonostante non siano più, ai sensi del novellato art. 114 Cost., meri organi indiretti dello Stato o semplici enti autarchici, bensì siano stati equiordinati agli altri soggetti istituzionali (Stato e Regioni), con i quali concorrono a comporre la Repubblica.

²¹ Vedasi Corte Cost, sent. n.196/2004. Questa pronuncia appare di grande ed effettivo interesse. In tema di condono edilizio, per la prima volta viene giudicata ammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata in via principale da una Regione per far valere competenze non solo proprie, ma anche degli enti locali, con la motivazione della stretta connessione, in particolare in materia urbanistica e in tema di finanza regionale e locale, tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali, la

6. *Possibili forme rimediali e di accesso (indiretto) dei Comuni alla giustizia costituzionale*

Tale questione si era peraltro già posta in passato. Invero, nell'ambito della Commissione D'Alema²², era stato proposto di riconoscere una legittimazione diretta ad adire la Corte a Comuni e Province, proprio in ragione del livello ormai costituzionalizzato della loro autonomia, analogamente a quanto avviene per le Regioni. Tuttavia, quella soluzione è stata scartata per ragioni legate essenzialmente alla preoccupazione di creare un eccessivo aggravio di lavoro al giudice costituzionale. Si è quindi arrivati alla definizione dell'istituto di cui all'art. 9 della L. 131/2003, il quale prevede la possibilità per la Conferenza Stato-città-autonomie locali e per il Consiglio delle Autonomie Locali di stimolare, nel primo caso, il Governo, nel secondo caso, la Regione²³, ad impugnare, a seconda dei casi, una legge statale o una legge regionale lesiva delle proprie attribuzioni, oggi assurte a livello costituzionale. Tuttavia, tale istituto si configura come mero potere di sollecitazione, che lascia del tutto liberi i soggetti legittimati a ricorrere di promuovere o meno il ricorso²⁴. Pertanto, alla luce del quadro sommariamente ricostruito, invasioni o compressioni nella sfera di autonomia dei Comuni possono essere tutelate – non sempre in modo efficace – dal

quale consente di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una medesima lesione delle competenze regionali.

²² Come emerge dai lavori parlamentari si prevedeva (all'art. 60 del progetto di legge costituzionale) la nuova facoltà per i Comuni e per le Province di ricorrere direttamente alla Corte costituzionale contro le leggi regionali e statali lesive delle rispettive competenze amministrative. Si veda, in particolare, il Progetto di legge costituzionale Revisione della parte seconda della Costituzione Testo risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti presentati ai sensi del comma 5 dell'articolo 2 della legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1, Camera dei deputati, n. 3931-A; Senato della Repubblica, n. 2583-A.

²³ Interessante la sentenza della Corte n. 298 del 2009 in cui i giudici costituzionali chiariscono che le Regioni sono legittimate ad impugnare la legge statale anche per lesione delle attribuzioni degli enti locali, indipendentemente dalla prospettazione della violazione della competenza legislativa regionale, in quanto la suddetta legittimazione sussiste in capo alle Regioni in forza della stretta connessione, in particolare [...] in tema di finanza regionale e locale, tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali. Questo intreccio di attribuzioni, dunque, consente di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una menomazione delle competenze regionali, a prescindere dal titolo di competenza legislativa esclusivo, concorrente o residuale eventualmente invocabile nella fattispecie.

²⁴ In secondo luogo, se è vero che il Governo può impugnare una legge regionale per qualunque motivo di incostituzionalità della medesima, non vale invece il viceversa. Quindi, un Consiglio delle Autonomie che chiede alla Regione di riferimento di impugnare una legge dello Stato perché lesiva di proprie attribuzioni rischierebbe di trovarsi di fronte un rifiuto; ciò non perché la Regione non voglia promuovere il ricorso ma perché impossibilitata a farlo se non per motivi strettamente attinenti a profili lesivi della propria competenza. In tale situazione, l'istituto di cui all'art.9 della L. 131/2003 rischia di avere una funzione meramente residuale. Vedasi, per maggiori approfondimenti: Rapporto 2004-2005 sullo stato della legislazione, parte III, La giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra Stato e Regione (a cura dell'Osservatorio sulle fonti dell'Università di Firenze), spec.257 e 258. In questo senso anche: Corte Cost. n. 533/2002, 417/2005, 95 e 169/2007, 9/2008.

Governo, in via diretta, o dai giudici, nei giudizi in via incidentale²⁵. In tale seconda ipotesi, l'ente locale adisce il giudice civile o amministrativo e, in quella sede, chiede al giudice a quo di sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte; solo così, e posto che tale questione sia ritenuta rilevante e non manifestamente infondata, si instaurerà un giudizio a quo avverso la legge contestata. Per esempio, cinque Comuni campani hanno recentemente impugnato la circolare del Ministero dell'interno del 12 gennaio 2015 n. 323 (riguardante l'[esercizio obbligatorio in forma associata dei Comuni "polvere"](#)) dinanzi al TAR. In quella sede, hanno quindi dedotto che il provvedimento ministeriale sarebbe stato affetto da illegittimità derivata a causa della illegittimità costituzionale della disciplina legislativa alla base della sua adozione²⁶.

7. L'accesso degli enti locali in altri ordinamenti: il caso tedesco, spagnolo, francese

Simile garanzia è, peraltro, già prevista in altri ordinamenti europei²⁷, caratterizzati da un assetto policentrico, con un espresso riconoscimento costituzionale (anche) dell'autonomia locale. In Germania²⁸, le *Gemeinden* sono, in chiave comparata, dal punto di vista dei livelli di governo, equiparabili ai comuni italiani. In linea di

²⁵ Sul punto, la Corte Costituzionale ha osservato, con sentenza n. 303/2003 che «nessun elemento letterale o sistematico consente di superare la limitazione soggettiva che si ricava dagli art. 134 della Costituzione e 39, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 e, comunque, sotto il profilo oggettivo, resta ferma, anche dopo la revisione costituzionale del 2001, la diversità fra i giudizi in via di azione sulle leggi e i conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni, i quali ultimi non possono riguardare atti legislativi».

²⁶ La Corte ha poi deciso, con sentenza n. 33 del 2019, per l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, nella parte in cui non prevedeva la possibilità, in un contesto di Comuni obbligati e non, di dimostrare, al fine di ottenere l'esonerazione dall'obbligo, che a causa della particolare collocazione geografica e dei caratteri demografici e socio ambientali, del Comune obbligato, non sono realizzabili, con le forme associative imposte, economie di scala e/o miglioramenti, in termini di efficacia ed efficienza, nell'erogazione dei beni pubblici alle popolazioni di riferimento.

²⁷ Per maggiori approfondimenti sul tema vedasi: P. CARROZZA, *Per un diritto costituzionale delle autonomie locali*, in *Rivista Diritto Costituzionale*, 2007, 219 ss.

²⁸ La Repubblica Federale di Germania è costituita da sedici Stati regionali, riuniti insieme dal vincolo di un patto federale, i cui termini sono definiti nel Titolo II, artt. 20 ss. della Costituzione tedesca. Ogni Stato è costituito e fonda la legittimità dell'esercizio dei propri poteri (entro i limiti delle competenze assegnate in forma esclusiva o concorrente) sugli artt. 70 ss. della carta costituzionale tedesca. Ha una propria bandiera, un proprio inno e una propria costituzione (*Landesverfassung*), che ne fissa anche la forma istituzionale. Fatto salvo il diritto del Bund di avvalersi delle strutture amministrative locali per la gestione esecutiva delle attività di competenza federale in maniera decentrata, il governo del territorio e l'intero sistema delle istituzioni locali è sottoposto alla giurisdizione esclusiva del relativo Stato. Ciascuno Stato, a sua volta, possiede a Berlino una propria rappresentanza presso la Federazione e ha il diritto di nominare un numero di membri del *Bundesrat* approssimativamente proporzionale alla consistenza della popolazione. In ognuno dei *Länder* l'organo che detiene il potere legislativo è il *Landtag*. A questo spetta il potere di approvare e modificare la legge statutaria e di legiferare entro i limiti fissati a livello nazionale dalla carta costituzionale tedesca. Il potere esecutivo appartiene invece al governo (*Landesregierung*) che è presieduto dal primo ministro (*Ministerpräsident*), nominato dal Parlamento statale.

principio, compete loro lo svolgimento di qualsiasi funzione e la gestione dei servizi afferenti al territorio, secondo il principio di sussidiarietà, per cui i compiti devono essere sempre svolti dall'ente più prossimo al cittadino. La carta costituzionale tedesca garantisce peraltro che tale principio possa essere modificato solo in casi specifici, limitati e mediante legge. Ciò a significare, in concreto, che solo quando la *Gemeinden* non sarebbe comunque in grado di esercitare dette funzioni, la relativa competenza può ascendere ad un livello amministrativo superiore. Con riferimento a queste viene pertanto garantito, ai sensi del comma 2 dell'articolo 28 della Carta costituzionale tedesca, il diritto all'autogoverno, così come lo è, in generale, in tutta la Repubblica Federale Tedesca. Proprio a garanzia di tale diritto, il Tribunale costituzionale federale è quindi competente a giudicare il ricorso diretto di Comuni ed associazioni di Comuni per la lesione del diritto all'auto-amministrazione (*Recht auf Selbstverwaltung*, art. 93 comma 1 Legge fondamentale).

L'ordinamento spagnolo (l'art. 162, comma 1, paragrafo a) della Carta) riconosce la legittimazione ad agire dinanzi al *Tribunal Constitucional* agli organi collegiali esecutivi delle Comunità autonome e, se del caso, alle assemblee legislative di queste, sempre a salvaguardia delle rispettive prerogative autonomistiche²⁹. Al riguardo, il Tribunale costituzionale ha dichiarato, con giurisprudenza costante, che la legittimazione di questi soggetti a presentare il ricorso in via principale non risponde alla difesa di un proprio interesse; è stata loro attribuita in virtù dell'alta qualificazione politica che risulta dai compiti che sono loro affidati dalla Costituzione del 1978. Questa, accanto all'unità indissolubile della nazione spagnola, garantisce il diritto all'autonomia delle nazionalità e delle regioni che la compongono; il Titolo VIII (dedicato all'*Organización Territorial del Estado*) ha infatti avviato un ampio e graduale sviluppo del decentramento politico che ha portato al consolidamento di uno "Stato delle Autonomie"³⁰. Inoltre e soprattutto, per quanto di interesse in questa sede, la legge organica n. 7 del 1999 ha introdotto, tra le competenze di controllo del Tribunale costituzionale, il ricorso contro gli atti dello Stato e delle Comunità autonome che siano ritenuti lesivi del principio della autonomia locale, così come consacrato all'art. 137 della Costituzione³¹. Tale ricorso – della cui costituzionalità taluni Autori hanno dubitato, trattandosi di una nuova competenza che più propriamente avrebbe dovuto essere prevista tramite una riforma costituzionale³² – può essere presentato dalle

²⁹ Più in particolare, il legislatore spagnolo ha introdotto, nel 1999, un ricorso specifico, il c.d. ricorso per la difesa delle autonomie locali (*Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, BOE, n. 96, 22.04.1999). Questo si può presentare davanti al *Tribunal constitucional* quando gli enti locali considerino che una determinata legge o un atto con forza di legge dello Stato o della Comunità Autonoma leda l'autonomia locale costituzionalmente garantita.

³⁰ Per maggiori approfondimenti vedasi: M. IACOMETTI, *La Spagna*, in *Costituzioni Comparate*, Torino, 2005, 295 ss.

³¹ Tale disposizione prevede che: «Lo Stato si organizza territorialmente in municipi, in province e nelle comunità Autonome che si costituiscano. Tutte tali entità godono di autonomia per la gestione dei rispettivi interessi».

³² In questo senso: P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, (3a ed.) Paris, 2012, 989.

Municipalità e dalle Province e prevede una procedura molto complessa e articolata in due fasi, tra cui l’attivazione d’ufficio da parte del medesimo Tribunale costituzionale.

Diversamente, in Francia, poiché gli enti territoriali non godono di competenze costituzionalmente riservate, né di autonomia statutaria e finanziaria, questi non possono adire il *Conseil constitutionnel* per esercitare una tutela sulle altre entità collettive (art. 72)³³. In quest’ultimo ordinamento è ancora piuttosto accentuata infatti l’impostazione centralistica di matrice napoleonica, secondo cui i Comuni sono generalmente ascritti alla categoria dei soggetti ausiliari dell’amministrazione dello Stato, quali enti autarchici territoriali³⁴.

8. Osservazioni conclusive e possibili soluzioni: dalla revisione costituzionale all’interpretazione estensione delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte.

Da tale breve *excursus* comparatistico emerge certamente come le previsioni costituzionali del titolo V avvicinino il nostro ordinamento più a quello tedesco e spagnolo, che non a quello francese, per quanto concerne la rilevanza costituzionale degli enti decentrati³⁵. Si pensi al ruolo sempre più rilevante dei Comuni all’interno dell’ordinamento, come suesposto; ancora, alla loro equi-ordinazione alle Regioni ed allo Stato, ai sensi dell’art.114, oltre alle ampie funzioni proprie loro conferite ex art.118 Cost. In generale, sembra quindi potersi affermare che (i) mentre nel caso di «decentramento» è sufficiente una tutela debole degli enti decentrati, (ii) in caso di

³³ Resta che il giudice costituzionale francese può pronunciarsi in relazione agli spazi autonomistici degli enti locali in via indiretta. Ad esempio, recentemente, il Primo ministro francese ha adito il *Conseil constitutionnel* in merito alla legge organica (L.O. 1113-1 a L.O. 1113-7) sulla semplificazione delle sperimentazioni attuate sulla base dell’art. 72, quarto comma, della Costituzione. Tale novella va quindi a modificare alcuni articoli del Codice generale degli enti locali che definiscono le condizioni alle quali, sulla scorta della succitata disposizione costituzionale, le collettività territoriali possono derogare alle disposizioni legislative che regolano le loro competenze. Il *Conseil constitutionnel*, al riguardo, ha statuito che, superato il termine della sperimentazione, il mantenimento o l’estensione delle misure adottate in tale ambito deve rispettare il principio di uguaglianza dinanzi alla legge. Il riferimento è alla decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2021-816 DC del 15 aprile 2021.

³⁴ Il primo elemento del governo locale francese è costituito dai concetti di centralismo e unitarietà, che fanno perno sull’“idea” della nazione “una e indivisibile”, di cui lo Stato si pone quale unico rappresentante. Il secondo lineamento caratterizzante consta del concetto di uniformità tra enti. Trattasi di un’applicazione del più ampio principio (cardine della Rivoluzione del 1789) di uguaglianza, per cui si è ritenuto che i territori dovessero essere uguali, con la conseguente necessità di eliminare tutti i privilegi e particolarismi locali tipici dell’*ancien regime*. Il terzo elemento caratterizzante è rappresentato dal principio di “*libre administration*”, menzionato attualmente all’art. 72, comma 3, della Costituzione transalpina. Asserire che le collettività territoriali “si amministrano liberamente” significa, anzitutto, che non può esistere nessuna forma di controllo o di determinazione dell’azione amministrativa di una collettività su un’altra. Un ulteriore elemento di emblematica rilevanza rispetto alla struttura del governo locale francese è costituito dalla spiccata frammentazione comunale tanto che, ad oggi, sul territorio francese insistono circa 35.000 Comuni. Il fulcro della disciplina giuridica degli Enti territoriali francesi è costituito dall’art. 72 Cost. Per una ricostruzione storica del governo locale francese vedasi: G. PAVANI, *Caratteristiche dell’area francese*, in G. PAVANI – L. PEGORARO (a cura di), *Municipi d’Occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, Roma 2006, 5 ss.

³⁵ Si pensi, quale ulteriore dato normativo, alla clausola residuale in materia di riparto di competenze Stato-Regioni ex art. 117 Cost., strutturata sulla scorta di quella di uno Stato federale (e non regionale).

«autonomia» politica ed amministrativa, occorre una tutela più forte delle prerogative costituzionali. Diversamente, infatti, tale autonomia risulterebbe del tutto spuntata. Calando quindi questo assunto nel contesto ordinamentale italiano, poiché si è voluto valorizzare all'interno della Carta l'autogoverno dei Comuni, non sembra intravedersi oggi una valida motivazione giuridica per negare strumenti di tutela costituzionale ai Comuni³⁶. Questa, invero, sarebbe funzionale (i) a salvaguardarne, in concreto, una maggiore autonomia ed effettività nell'esercizio delle funzioni attribuite (a beneficio del cittadino e della intera collettività locale) e (ii) a tracciarne altresì confini competenziali più certi, vigente il principio per cui *ubi ius, ibi remedium*.

Pertanto, sicuramente una revisione costituzionale tale da ammettere gli enti all'accesso diretto alla Corte parrebbe auspicabile. Nondimeno, per completezza, va rilevato come, in sede di attuazione di una revisione di questo tipo, si dovrebbe comunque tenere conto delle possibili problematiche relative ad un aumento quantitativo (ma anche qualitativo) del contenzioso dinanzi alla Consulta (visto anche l'elevato numero di Comuni), così come avvenne con la riforma del titolo V³⁷.

Un'altra strada percorribile parrebbe essere quella di permettere l'intervento in giudizio ai Comuni in virtù di una interpretazione estensiva dell'art. 4 comma 3 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale³⁸. Tale norma prevede infatti che possano intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio, restando comunque ferma la decisione della Corte quanto all'ammissibilità degli interventi. È quindi frutto di esperienze di numerosi altri Paesi, nei quali si è progressivamente affermata la tendenza ad aprire il processo costituzionale «oltre le parti»³⁹.

³⁶ Di questo tema si dibatte, in dottrina, da molto. Da ultimo, si rinvia, in particolare, a: M. COLLEVECCHIO, *Gli enti locali innanzi a leggi lesive della loro autonomia ed attribuzioni. Utili spunti della sentenza della Corte Costituzionale n. 33 del 2019 per l'accesso in Corte e valutazioni sulla effettività della tutela degli enti locali*, in *Federalismi*, 13/2019.

³⁷ Secondo quanto emerge dalla relazione sull'attività della Corte costituzionale del 2020, pubblicata il 13 maggio 2021, 6 «quanto ai giudizi principali, colpisce il numero ancora elevato del contenzioso tra Stato e Regioni che – come è stato rilevato in tutte le relazioni degli ultimi anni – affonda le sue radici nella revisione del titolo V della parte II della Costituzione, i cui problemi applicativi non si possono dire ancora risolti, malgrado l'ormai ventennale impegno della Corte nella regolazione del riparto delle rispettive competenze. I suoi campi elettivi restano quelli del coordinamento della finanza pubblica, del rispetto delle regole sull'equilibrio dei bilanci e della regolazione dei rapporti finanziari, specie in settori come quelli dell'impiego del personale e della sanità, caratterizzati dagli aggregati di spesa più rilevanti». Sul tema vedasi, *ex multis*, R. BIN, "Tono costituzionale" del conflitto vs. "tono regionale" della Repubblica, in *Le Regioni*, 2/1998, 447 ss. e, più recentemente, I. CIOLLI, *La riforma del Titolo V e il contenzioso di fronte alla Corte costituzionale*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2015.

³⁸ Più nello specifico, con la riforma delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, adottata mediante delibera dell'8 gennaio 2020, la Corte ha ammesso la possibilità dell'intervento in giudizio degli *amici curiae*, da un lato, nonché quella del Collegio di potersi eventualmente avvalere di esperti di chiara fama in specifiche discipline extra-giuridiche, dall'altro. In seguito, la stessa ha apportato ulteriori modifiche alle norme integrative citate mediante deliberazione del 22 luglio 2021 e successive modifiche, fino alla recente delibera del 24 maggio 2022 (integrata da un decreto del Presidente del 30 maggio 2022).

³⁹ Vedasi, in particolare, T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *www.consultaonline.it*, 2019, ove l'Autrice traccia una panoramica degli istituti negli ordinamenti stranieri e con riferimento alla figura nei processi dinanzi alle Corti, anche con riguardo alle differenti modalità con le quali è stata realizzata la suddetta apertura.

Nemmeno la citata disposizione, estensivamente interpretata, permetterebbe comunque agli enti locali di promuovere una questione di costituzionalità, in quanto lo stesso Giudice delle leggi ha chiarito⁴⁰ che le modifiche alle norme integrative recentemente apportate non incidono sui requisiti costituzionalmente previsti per adire direttamente la Consulta. Oggi come ieri, infatti, il giudizio in via principale può essere introdotto esclusivamente da soggetti titolari di potestà legislativa, e non da coloro che ne siano privi⁴¹. Tuttavia, anche il mero intervento dei Comuni potrebbe, ad avviso dell’Autore, essere (i) funzionale a rappresentare alla Corte gli interessi di cui sono portatori; (ii) prodromico all’introduzione in giudizio di ulteriori elementi utili per la decisione di costituzionalità delle norme rilevanti; (iii) coerente con la necessità di dare maggiore garanzia ad enti che non hanno “voce” ancorché vengano in gioco aspetti di loro certa competenza amministrativa.

⁴⁰ Vedasi ordinanza del 25 febbraio 2020, allegata a sentenza n. 56/2020. Sulla stessa linea la pronuncia n. 3 del 2001 con cui la Consulta ha ribadito che: «il giudizio di legittimità costituzionale in via principale si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa e non ammette l'intervento di soggetti che ne siano privi, fermi restando per costoro, ove ne ricorrano i presupposti, gli altri mezzi di tutela giurisdizionale eventualmente esperibili».

⁴¹ In questo senso vedasi: A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2/2020.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

I DIRITTI FONDAMENTALI AL COSPETTO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE.
UNA RIFLESSIONE A PARTIRE DAL RECLAMO ALLA CORTE
COSTITUZIONALE NELLA REPUBBLICA DELLA LETTONIA¹

VIVIANA DI CAPUA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giustizia costituzionale nella Repubblica della Lettonia: una panoramica. – 3. Il reclamo alla Corte costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali: origini, oggetto e funzione. – 4. I possibili esiti del procedimento di reclamo e gli effetti delle sentenze della Corte costituzionale. – 5. Lo sviluppo dell'ordinamento giuridico attraverso la giurisprudenza costituzionale formatasi sul reclamo. – 6. Il modello costituzionale di tutela dei diritti fondamentali in Italia. – 7. L'introduzione del ricorso diretto alla Corte costituzionale: quali nuove e ulteriori prospettive di tutela dei diritti fondamentali? – 8. Riflessioni finali.

1. Introduzione

La garanzia dei diritti umani è un principio fondamentale di uno Stato democratico e uno degli elementi irrinunciabili di uno Stato di diritto. La responsabilità primaria di garantire i diritti umani e di prevenire, se è possibile, o di eliminare eventuali violazioni ricade sullo Stato.

¹ Il contributo è il frutto di una ricerca condotta sotto la supervisione della Prof.ssa Anita Rodiņa, Giudice della Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia e ospite del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, in virtù dell'Accordo Erasmus stipulato nel 2013. Naturalmente, mia è ogni responsabilità per eventuali errori od omissioni.

La Costituzione della Repubblica della Lettonia (*Latvijas Republikas Satversme*), adottata dall'Assemblea costituente (*Satversmes sapulce*), liberamente eletta, il 15 febbraio 1922 ed entrata in vigore il 7 novembre 1922, contiene un catalogo di diritti umani e, contemporaneamente, li tutela, prescrivendo obblighi e funzioni concrete per le istituzioni costituzionali.

Lo *Satversme* dedica il Chapter VIII ai “Fundamental Human Rights” e attribuisce allo Stato il compito di riconoscerli e proteggerli «in accordance with the Constitution, laws and international agreements binding upon Latvia»². Alcuni dei più importanti diritti fondamentali riconosciuti e garantiti espressamente dallo *Satversme* sono: l'uguaglianza di tutti gli esseri umani davanti alla legge e ai tribunali³; il diritto di difesa⁴; il diritto alla vita⁵; il diritto alla libertà e alla sicurezza personale⁶; il diritto all'inviolabilità della vita privata, del domicilio e della corrispondenza⁷; il diritto alla libertà di circolazione⁸; il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione⁹, ecc.

La tutela dei diritti umani fondamentali spetta al tribunale di giurisdizione generale e trova fondamento nell'obbligo che la Costituzione pone a carico dello Stato di assicurare la garanzia dei diritti umani. Il potere giudiziario ha il compito di garantire che, nell'amministrazione della giustizia, sia data attuazione alla Costituzione, alle leggi e agli altri atti normativi dello Stato, che venga rispettato il principio di legalità e tutelati i diritti e le libertà dell'uomo¹⁰.

Lo *Satversme* non prevede espressamente l'obbligo della Corte costituzionale di garantire il rispetto del principio di legalità e la tutela dei diritti umani fondamentali, limitandosi a stabilire che la Corte costituzionale, in quanto istituzione che garantisce la supremazia dello *Satversme* e la giustizia costituzionale, deve supervisionare l'ordine costituzionale esistente nello Stato e anche controllare il meccanismo di garanzia dei diritti umani fondamentali¹¹.

Nell'ordinamento della Repubblica della Lettonia, la Legge sulla Corte costituzionale (*Satversmes tiesas likums*), adottata il 5 giugno 1996, ha introdotto un tipo di strumento, noto come reclamo costituzionale, che consente agli individui di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale, quando una norma giuridica non conforme ad una norma gerarchicamente sovraordinata – ad esempio, lo *Satversme*, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, le fonti internazionali, ecc. – violi un diritto fondamentale riconosciuto e garantito dalla Costituzione.

Il contributo analizza le caratteristiche fondamentali di questa tecnica di tutela allo scopo di verificarne l'adeguatezza e i possibili vantaggi che possono derivare allo

² Cfr. art. 89 dello *Satversme*.

³ Cfr. art. 91 dello *Satversme*.

⁴ Cfr. art. 92 dello *Satversme*.

⁵ Cfr. art. 93 dello *Satversme*.

⁶ Cfr. art. 94 dello *Satversme*.

⁷ Cfr. art. 96 dello *Satversme*.

⁸ Cfr. art. 97 e 98 dello *Satversme*.

⁹ Cfr. art. 99 dello *Satversme*.

¹⁰ Cfr. Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 23 ottobre 2007, in causa n. 2007-03-01, par. 26, disponibile all'indirizzo web: https://www.satv.tiesa.gov.lv/web/viewer.html?file=/wp-content/uploads/2007/01/2007-03-01_Spriedums_ENG.pdf#search=.

¹¹ Cfr. art. 85 dello *Satversme*.

sviluppo dell'ordinamento giuridico attraverso il rinvio alla Corte costituzionale di questioni che avrebbero dovuto essere trattate dal legislatore. Saranno, dunque, esaminati alcuni casi decisi dalla Corte costituzionale su reclami costituzionali presentati da individui che hanno lamentato la violazione dei loro diritti fondamentali, ritenuti molto significativi per dimostrare le potenzialità del rimedio sullo sviluppo dell'ordinamento giuridico.

La parte finale dello scritto si concentrerà sull'opportunità e sui limiti di una sua introduzione in Italia, prendendo le mosse da un dibattito mai sopito e, addirittura, approdato alcuni anni addietro in Assemblea costituente.

2. La giustizia costituzionale nella Repubblica della Lettonia: una panoramica

Nella Repubblica della Lettonia, la Corte costituzionale detiene in via esclusiva la funzione di garantire che l'ordinamento giuridico sia conforme allo *Satversme* e di pronunciarsi su questioni costituzionalmente rilevanti¹².

L'istituzione relativamente recente, formalmente risalente al 1996¹³, spiega perché la Corte costituzionale lettone sia inclusa dalla dottrina fra le Corti costituzionali di "terza generazione"¹⁴.

Le sue attività sono state avviate il 9 dicembre 1996 e la prima sentenza pronunciata solo il 7 maggio 1997¹⁵.

¹² Sul ruolo della Corte costituzionale come «guardian of the Constitution», si veda R. PROCHAZKA, *Mission Accomplished. On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*, Budapest-New York, 2002, 33; H. SCHWARTZ, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago-London, 2000, 5. Si veda altresì Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 18 gennaio 2010, in causa n. 2009-11-01, disponibile all'indirizzo web: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2009/05/2009-11-01_Spriedums_ENG.pdf; sentenza 7 aprile 2009, in causa n. 2008-35-01, disponibile all'indirizzo web: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2008/09/2008-35-01_Spriedums_ENG.pdf.

¹³ Il primo atto giuridico costituzionale che prevedeva l'istituzione di una Corte costituzionale nella Repubblica di Lettonia è stata la Dichiarazione del Consiglio Supremo della Repubblica Socialista Sovietica di Lettonia (LSSR), adottata il 4 maggio 1990, con il titolo "On the restoration of the independence of the Republic of Latvia". Nel paragrafo 6, si prevedeva che le «*disputes concerning questions relating to the application of a legal act shall be resolved by the Constitutional Court of the Republic of Latvia*». Successivamente, la Legge "On Judicial Power" del 15 dicembre 1992 ha stabilito che all'interno dell'organo della Corte Suprema della Repubblica di Lettonia vi fosse una Camera di Controllo Costituzionale e non un'istituzione speciale. La legge non è mai stata attuata. Nel 1993, dopo l'inizio dei lavori del 5° *Saeima*, il Governo iniziò a redigere il progetto di Legge sulla Corte costituzionale e lo sottopose al *Saeima* nella primavera del 1994. Nel giugno 1994, il *Saeima* approvò emendamenti alla Legge "On the Judicial Power", prevedendo l'istituzione di una Corte costituzionale indipendente, le cui attività sarebbero regolate dalla Legge sulla Corte costituzionale. Il 5 giugno 1994 è stata adottata la suddetta legge, unitamente alle modifiche all'articolo 85 della *Satversme*. In conformità ad esso, la Corte costituzionale è un'istituzione indipendente del potere giudiziario, che opera nell'ambito della giurisdizione stabilita dalla Costituzione della Repubblica della Lettonia e dalla Legge sulla Corte costituzionale.

¹⁴ L. SOLYOM, *The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary*, in A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford-Portland, 2015, 6.

¹⁵ Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 8 maggio 1997, in causa n. 04-01(97), disponibile all'indirizzo web: https://www.satv.tiesa.gov.lv/web/viewer.html?file=/wp-content/uploads/1997/03/04-0197_Spriedums_ENG.pdf#search=.

La disciplina costituzionale è piuttosto esigua, giacché lo *Satversme* si limita a elencare le competenze della Corte costituzionale, delegando la legge ordinaria ad una ulteriore specificazione, a regolare lo *status* giuridico dei suoi componenti e il potere di dichiarare leggi, altri atti o parti di essi nulli¹⁶. I relativi procedimenti sono disciplinati dalla Legge sulla Corte costituzionale e dal Regolamento di procedura della Corte costituzionale (*Satversmes tiesas reglaments*), adottato il 5 febbraio 2014.

Più in particolare, la Corte costituzionale giudica: 1) sulla conformità delle leggi nazionali con il *Satversme*; 2) sulla conformità dei trattati internazionali firmati o stipulati dalla Repubblica di Lettonia con lo *Satversme*, nonché sulla loro conformità fino alla conferma dei relativi trattati nel *Saeima* con lo *Satversme*; 3) sulla conformità di altri atti legislativi o di parti di essi alle norme gerarchiche superiori; 4) sulla conformità di altri atti del *Saeima*, del Gabinetto, del Presidente, del Presidente del *Saeima* e del Primo Ministro, ad eccezione degli atti amministrativi, con la legislazione nazionale; 5) sulla conformità alla legge di un'ordinanza con la quale un Ministro autorizzato ha sospeso una decisione assunta da un consiglio di amministrazione locale; 6) sulla conformità delle norme giuridiche nazionali con i trattati internazionali stipulati dalla Repubblica di Lettonia, purché non siano in conflitto con lo *Satversme*.

La competenza della Corte costituzionale della Lettonia è molto ristretta, in quanto si pronuncia essenzialmente sulla conformità degli atti giuridici alle norme gerarchicamente sovraordinate.

3. Il ricorso diretto alla Corte costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali: origini, oggetto e funzione

Il sistema di giustizia costituzionale lettone prevede una particolare forma di ricorso diretto alla Corte costituzionale che gli individui possono proporre nei casi in cui una norma giuridica non conforme ad una norma gerarchicamente sovraordinata viola i diritti fondamentali riconosciuti dallo *Satversme*.

L'introduzione dello strumento è stata ispirata dalla Costituzione austriaca del 1920, considerata la prima tra gli ordinamenti costituzionali dell'area germanica ad aver adottato un sistema di accesso diretto alla Corte costituzionale. La Costituzione austriaca prevede due forme di ricorso diretto: la prima, disciplinata dall'articolo 144, consiste in un ricorso diretto all'Alta Corte costituzionale contro un provvedimento amministrativo che viola un diritto del singolo attraverso l'applicazione di una norma illegittima; la seconda forma di ricorso, introdotta nel 1975 attraverso un emendamento costituzionale e prevista dagli articoli 139 e 140, è ammessa se il ricorrente lamenta una lesione diretta del proprio diritto derivante dall'incostituzionalità o illegittimità di una legge o di un regolamento, senza che questi siano stati applicati da un tribunale¹⁷.

¹⁶ Cfr. art. 85 dello *Satversme*.

¹⁷ Si veda A. GAMPER, *The Constitutional Court of Austria. Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review*, in A. HARDING, P. LEYLAND (eds.), *Constitutional Courts. A Comparative Study*, London, 2009, 44 ss. Il ricorso costituzionale diretto per la tutela dei diritti fondamentali è uno strumento in uso anche presso altri ordinamenti. In Germania, il ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*)

Quest'ultima tipologia ha ispirato il reclamo costituzionale nel sistema lettone, che rinviene il suo fondamento normativo nell'articolo 92 dello *Satversme*, secondo cui ogni persona ha il diritto di difendere i propri diritti e interessi legittimi davanti a un giudice imparziale¹⁸. Infatti, nel caso in cui una norma giuridica, oltre a non essere conforme ad una norma gerarchicamente sovraordinata, violi i diritti fondamentali garantiti dallo *Satversme*, colui che subisce la lesione può presentare un reclamo alla Corte costituzionale, in quanto organo del potere giudiziario dinnanzi al quale ogni persona può difendere i propri diritti e interessi legittimi.

La funzione e l'oggetto del reclamo sono contenuti nella sezione 19.2 della Legge sulla Corte costituzionale, a norma del quale: «[a] constitutional complaint (application) may be submitted to the Constitutional Court by any person who considers that their fundamental rights as defined in the Constitution are infringed upon by legal norms that do not comply with the norms of a higher force»¹⁹.

Attraverso questo strumento ogni persona può adire direttamente la Corte costituzionale, senza ricorrere ad alcun mediatore, seppur in presenza di particolari condizioni²⁰.

è previsto dall'articolo 93 del *Grundgesetz* e dall'articolo 90 della legge del Tribunale Costituzionale Federale del 1951. Nelle sue linee essenziali, il rimedio è esperibile da parte dei privati contro qualunque atto dell'autorità pubblica lesivo di uno dei diritti fondamentali tassativamente enunciati, e soltanto allorché sia esaurita ogni altra tutela. Per cercare di garantire l'efficacia del rimedio, compromessa dal numero elevato di richieste presentate annualmente, il legislatore ha introdotto un filtro di ammissibilità, prevedendo che il ricorso possa essere presentato solo quando: la questione sia di fondamentale importanza costituzionale; la violazione di un diritto sia particolarmente grave; una questione costituzionale non sia stata risolta in maniera adeguata. Infine, si tratta di un rimedio sussidiario, che può essere utilizzato solo se il ricorrente abbia esaurito tutti i mezzi legali possibili, ovvero tutti i procedimenti previsti dalla legge che hanno lo scopo di eliminare la violazione del diritto fondamentale o di impedire la creazione di tale violazione (per un'analisi della *Verfassungsbeschwerde*, si veda almeno P. HABERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000; M. HARTWIG, *Il ricorso costituzionale individuale alla Corte Costituzionale tedesca*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2012). In Spagna, il ricorso costituzionale diretto (*recursos de amparo constitucional*) trova il suo fondamento costituzionale agli articoli 53.2, 161 e 162.1 della Constitución Española del 1978. La legittimazione attiva è più ampia: il ricorso può essere presentato da chiunque abbia subito una lesione di un diritto fondamentale, dal Difensore del Popolo e dal Pubblico Ministero nei confronti di tutti gli atti del potere legislativo (purché privi di forza di legge), esecutivo e giudiziario. Anche in questo caso, si tratta di un rimedio di carattere sussidiario (nel senso che il ricorrente deve aver esaurito tutti i rimedi esperibili nell'ambito della tutela giurisdizionale ordinaria), straordinario (in quando non deve essere considerato come un ulteriore grado di giudizio, ma come mezzo per far valere esclusivamente la lesione dei diritti fondamentali), tipico (nella misura in cui può essere usato solo a garanzia delle libertà e dei diritti fondamentali indicati dagli articoli da 14 a 30 della Costituzione) e sottoposto a limiti temporali (sul *recursos de amparo constitucional*, si veda T. GROPPI, *Il ricorso di amparo costituzionale in Spagna: caratteri, problemi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 6/1997, 4345 ss.; R. ROMBOLI, R. TARCHI, *La giustizia costituzionale in Spagna*, in J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, II, Torino, 2000, 356 ss.; U. ADAMO, *L'amparo constitucional in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta Online*, 3/2015, 665 ss.).

¹⁸ Cfr. Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 26 novembre 2002, in causa n. 2002-09-01, par. 1, disponibile all'indirizzo web: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2002/06/2002-09-01_Spriedums_ENG.pdf, secondo cui l'articolo 92 dello *Satversme* incorpora anche il diritto di presentare un reclamo alla Corte costituzionale.

¹⁹ Cfr. art. 19.2 della Legge sulla Corte costituzionale, traduzione nostra.

²⁰ G. LAUTENBACH, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2013, 137.

Innanzitutto, deve essersi verificata una violazione dei diritti fondamentali. Poiché nella Repubblica della Lettonia non è prevista l'azione popolare²¹, una persona può presentare un reclamo alla Corte costituzionale solo per tutelare un diritto fondamentale che sia stato violato e previa dimostrazione della sua lesione²². L'uso di tale strumento è precluso per tutelare interessi pubblici o interessi diffusi²³. La violazione dei diritti fondamentali costituisce, secondo la dottrina, il «cornerstone»²⁴ del reclamo costituzionale: un individuo non può ricorrere a tale strumento se non riesce a dimostrare che un suo diritto fondamentale è stato leso²⁵.

In secondo luogo, un individuo può adire direttamente la Corte costituzionale solo se ha esaurito tutte le altre misure legali. Il reclamo costituzionale è, infatti, una misura legale sussidiaria. La sussidiarietà costituisce uno dei criteri di ammissibilità prescritti dalla sezione 19.2 della Legge sulla Corte costituzionale, che attribuisce ad ogni persona il diritto di proporre un reclamo solo dopo essersi avvalso di tutte le altre opzioni.

Infine, può essere esperito solo in un arco temporale prestabilito. La previsione di un limite temporale garantisce che il caso sia risolto entro un tempo considerato ragionevole e tutela l'affidamento della controparte sulla stabilità degli effetti di una decisione giurisdizionale²⁶. L'individuazione del periodo entro il quale può essere presentato il reclamo dipende dalla possibilità di ricorrere agli altri rimedi previsti dalla legge per la tutela dei diritti fondamentali. In particolare, se la persona ha già usato altri rimedi legali, allora il reclamo costituzionale può essere presentato entro sei mesi dall'emanazione della sentenza dell'ultimo giudice adito. Diversamente, se non esistono altri rimedi legali, allora il termine per proporre reclamo è di sei mesi decorrenti dal momento in cui si è verificata la violazione dei diritti fondamentali²⁷.

4. I possibili esiti del procedimento di reclamo e gli effetti delle sentenze della Corte costituzionale

Il reclamo davanti alla Corte costituzionale può concludersi con una decisione o con una sentenza. Quest'ultima è una sentenza definitiva sul merito del caso o della controversia; eventuali altre sentenze adottate nel corso del procedimento sono decisioni.

²¹ Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 22 febbraio 2002, in causa n. 2001-06-03, par. 2.4, disponibile all'indirizzo web: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2001/07/2001-06-03_Spriedums_ENG.pdf; Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, opinione dissenziente, giudice Andrejs Lepse, in causa n. 2003-04-01, disponibile all'indirizzo web: https://www.satv.tiesa.gov.lv/web/viewer.html?file=/wp-content/uploads/2016/02/2003-04-01_Atseviskas_domas.pdf#search=2003-04-01.

²² A. RODIŅA, *Constitutional Court as a guardian of the Latvian legal system*, in *Strani pravni život*, 4/2021, 586; ID., *Konstitucionālās sūdzības teorija un prakse Latvijā*, Rīga, 2009, 154.

²³ Così S. OSIPOVA, *Tiesiska valsts vai "tiesnešu valsts"*, in *Jurista Vārds*, 27/2016, 12.

²⁴ A. RODIŅA, *Konstitucionālās sūdzības teorija un prakse Latvijā*, cit., 154.

²⁵ Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 22 febbraio 2002, in causa n. 2001-06-03, disponibile all'indirizzo web: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2001/07/2001-06-03_Spriedums_ENG.pdf.

²⁶ A. RODIŅA, *Konstitucionālās sūdzības teorija un prakse Latvijā*, cit., 199.

²⁷ Cfr. art. 4 della Legge sulla Corte costituzionale.

Le sentenze hanno effetto giuridico *erga omnes*, ossia sono obbligatorie per tutte le autorità governative statali e locali (anche tribunali) e funzionari, nonché per le persone fisiche e giuridiche; sono definitive, essendo preclusa l'eventuale impugnazione o riesame da parte delle istituzioni statali, delle istituzioni internazionali e dalla stessa Corte costituzionale²⁸; infine, entrano in vigore nel momento in cui sono pronunciate.

L'articolo 85 dello *Satversme* si limita a stabilire la competenza della Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità della legge e degli altri atti ad essa equiparati, senza però precisare quando la norma dichiarata incostituzionale cessa di produrre effetti giuridici. Questo profilo è regolato dalla sezione 32 della Legge sulla Corte costituzionale, secondo cui la norma giuridica dichiarata non conforme alla norma gerarchicamente sovraordinata è considerata non più in vigore dal giorno della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale (*ex nunc*), salvo che quest'ultima non abbia stabilito diversamente²⁹.

La previsione, da un lato, pone la regola generale per la quale la cessazione degli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima coincide con la pubblicazione della sentenza che decide il ricorso³⁰, dall'altra, contempla un'eccezione costituita

²⁸ In realtà, una sentenza che decide un caso concreto non può considerare i cambiamenti che potrebbero verificarsi dopo la sua emanazione. Il giudizio di costituzionalità ha ad oggetto un caso specifico in un determinato momento storico, senza che possa prendere in considerazione eventuali mutamenti futuri. Questo comporta che la legittimità costituzionale di una norma giuridica già scrutinata dalla Corte costituzionale possa essere riesaminata esclusivamente nell'ipotesi in cui siano cambiati la realtà sociale e il contesto dei rapporti giuridici (cfr. Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 10 febbraio 2017, in causa n. 2016-06-01, disponibile all'indirizzo web: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2016/04/2016-06-01_Judgment_ENG.pdf; sentenza 23 aprile 2003, in causa n. 2002-20-0103, disponibile all'indirizzo web: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2002/10/2002-20-0103_Spriedums_ENG.pdf).

²⁹ La formulazione testuale della sezione 32, terzo alinea, della legge sulla Corte costituzionale è la seguente: «A legal norm (act) that the Constitutional Court has declared as non-compliant with the norm of a higher legal force, shall be regarded as not in effect from the day of publication of the Constitutional Court judgment, if the Constitutional Court has not determined otherwise». In prospettiva comparata, è interessante notare che le Costituzioni e le leggi che regolano i procedimenti costituzionali di diversi Stati attribuiscono alle Corti costituzionali il potere di modulare gli effetti temporali delle sentenze che accertino la non conformità di un atto giuridico alla Costituzione. In particolare, le Corti costituzionali godono di un'ampia autorità sia per determinare il momento in cui le norme dichiarate incostituzionali perdono efficacia sia per stabilire se le norme giuridiche modificate dalle norme dichiarate incostituzionali riacquistino la loro forza giuridica. Inoltre, molto spesso sono le stesse Corti costituzionali a stabilire le modalità di esecuzione delle loro sentenze. Ad esempio, l'articolo 140, prima frase del sesto comma, della Legge costituzionale federativa austriaca stabilisce: «Se una legge è dichiarata nulla dalla sentenza della Corte costituzionale, perché non conforme alla Costituzione, e se la sentenza non stabilisce diversamente, a partire dal giorno in cui la suddetta legge perde efficacia, allora le disposizioni della legge, che sono state abrogate dalla legge che la Corte costituzionale ha dichiarato non conforme alla Costituzione, acquistano efficacia». Sul ruolo della Corte Costituzionale Federale Tedesca, e in particolare, sull'attività di *law-making*, si veda R. WEBER, *Law-making activity of the German Federal Constitutional Court. A case-law study*, in M. FLORCZAK-WATOR (eds.), *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, London, 2020, 28. A sua volta, il paragrafo 35 della Legge della Corte Costituzionale Federale Tedesca stabilisce che la Corte Costituzionale Federale, nella sua sentenza, può determinare l'esecutore della sentenza e le modalità di esecuzione. Se necessario, essa stabilisce il regolamento da applicare fino alla successiva attività del legislatore; oppure il regolamento che sarà in vigore, se il legislatore non esegue le disposizioni della sentenza costituzionale.

³⁰ A. RODIŅA, *Constitutional Court as a guardian of the Latvian legal system*, cit., 589, secondo la quale si tratta dello strumento più frequentemente usato nella pratica dalla Corte costituzionale e «it provides an opportunity to reach a fair balance between two values: legal certainty and legality».

dall'ampia discrezionalità concessa alla Corte costituzionale nella modulazione degli effetti temporali della sentenza, prevedendo la possibilità di stabilire una decorrenza diversa al verificarsi di circostanze particolari. Ad esempio, i giudici possono, con un'adeguata motivazione, dichiarare costituzionalmente illegittima una norma giuridica a partire dal giorno di adozione (*ex tunc*) o da altro giorno oppure fissando la data in futuro (*pro futuro*).

Nell'individuazione della data di cessazione degli effetti della norma dichiarata incostituzionale, la Corte costituzionale tiene conto di diversi principi: il principio di giustizia, il principio di legalità, il principio di separazione dei poteri, le aspettative legali e il principio di certezza³¹. In questo modo, la Corte costituzionale, «at the sub-constitutional level», «directly influences legal regulation, as it is authorized to decide on the existence of the legal norm in the Latvian legal system»³². Questo implica che la Corte «will decide on the “destiny” of a norm»³³ che è stata contestata per illegittimità costituzionale.

Le sentenze retroattive (*ex tunc*) costituiscono un'eccezione³⁴. Poiché la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge o di un atto ad essa equiparato può pregiudicare i diritti dei terzi e gli interessi pubblici, la decisione di applicare l'effetto retroattivo dovrebbe essere limitata a casi eccezionali.

Le sentenze retroattive si rivelano di particolare importanza nei giudizi sorti a seguito della presentazione di un reclamo costituzionale, giacché l'applicazione dell'effetto retroattivo potrebbe essere l'unica, oltre che più efficace, possibilità di assicurare una tutela ai diritti fondamentali di cui viene lamentata la lesione. Attraverso l'adozione di sentenze retroattive, la Corte costituzionale ha dunque messo in risalto lo scopo principale del ricorso costituzionale, consistente nel fornire una tutela (non solo teorica ma anche) pratica ai diritti fondamentali nei casi di violazione, avendo come funzione principale quella di assicurare a tali diritti l'effettiva protezione e l'integrale ripristino³⁵.

In altri casi, la Corte costituzionale ha modulato *pro futuro* gli effetti temporali della sentenza, prescrivendo che la norma dichiarata costituzionalmente illegittima continui ad essere applicata per un certo periodo di tempo. Solitamente, essa ricorre a questo tipo di

³¹ Cfr. Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 11 marzo 1998, in causa n. 04-05(97), disponibile all'indirizzo web: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/1997/12/04-0597_Spriedums_ENG.pdf.

³² A. RODIŅA, A. SPALE, *The Constitutional Court of the Republic of Latvia as a law-maker. Current practice*, in M. FLORCZAK-WĄTOR, (eds.), *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, cit., 154.

³³ A. RODIŅA, A. SPALE, *The Constitutional Court of the Republic of Latvia as a law-maker*, cit., *ibidem*.

³⁴ A.W. HERINGA, *Constitutions Compared. An Introduction to Comparative Constitutional Law*, Cambridge, 2016, 223.

³⁵ Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 21 dicembre 2009, in causa n. 2009-43-01, par. 35.3, disponibile all'indirizzo web: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2009/07/2009-43-01_Spriedums_ENG.pdf. Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per contrasto con gli articoli 1 e 109 dello *Satversme* l'articolo 2, comma 1, e l'articolo 3, comma 1, della legge sull'erogazione delle pensioni e degli assegni statali nel periodo dal 2009 al 2012, disposto che la ritenuta delle pensioni nel periodo considerato fosse interrotta entro il 1° marzo 2010 e, infine, ordinato al *Saiema* di istituire una procedura di rimborso delle trattenute sempre nel periodo in questione e non oltre il 1 marzo 2010.

strumento quando il legislatore necessita di un determinato lasso di tempo per regolamentare la fattispecie o per modificare una norma giuridica incostituzionale, in modo da evitare un vuoto giuridico³⁶.

5. Lo sviluppo dell'ordinamento giuridico attraverso la giurisprudenza costituzionale formatasi sul reclamo

La tutela dei diritti fondamentali attraverso il reclamo costituzionale ha contribuito ad accrescere considerevolmente il ruolo della Corte costituzionale nel delicato equilibrio tra i poteri dello Stato. Questo strumento consente di delegare al giudice costituzionale la decisione di questioni politiche che avrebbero dovuto essere affrontate dalle altre istituzioni politiche (ad esempio, il *Saiema*, il Governo, ecc.) e di contribuire, così, allo sviluppo complessivo del sistema giuridico³⁷ e all'attuazione dei principi dello Stato di diritto.

L'esame di alcuni casi decisi dalla Corte costituzionale all'esito dei procedimenti di reclamo mostra quanto questo strumento abbia contribuito a migliorare la regolamentazione normativa di alcuni settori.

In case No. 2005-12-0103, del 20 dicembre 2005, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità e la nullità dal momento dell'emanazione di una serie di atti normativi che avevano apportato modifiche sostanziali e procedurali alla legge "On Coercive Expropriation of Real Estate for State or Public Needs" del 15 settembre 1992, che riacquistava così efficacia dal momento della pubblicazione della sentenza costituzionale³⁸. Il reclamo costituzionale era scaturito dalla lesione del diritto di proprietà, diritto fondamentale sancito dall'articolo 105 dello *Satversme*, da alcuni atti normativi che avevano introdotto una disciplina più restrittiva sull'indennizzo, emanati in pendenza di un procedimento di espropriazione per pubblica utilità avviato nei confronti dei ricorrenti. Rispetto alla legge originaria, che non prevedeva espressamente il momento in cui il diritto di proprietà sui beni immobili passasse dal precedente proprietario al nuovo acquirente (lo Stato o l'ente locale), la disciplina successiva, invece, aveva stabilito che l'autorità pubblica diveniva titolare del diritto di proprietà sui beni immobili già dopo l'entrata in vigore della «specific law» e che poteva iscriverli nel registro fondiario, anche se il proprietario non aveva ancora ricevuto l'equo indennizzo. La procedura che prevedeva il versamento dell'equo indennizzo al proprietario espropriato in un futuro non prevedibile e in un periodo di tempo indeterminato³⁹, non era rispettosa delle garanzie poste a salvaguardia del diritto di proprietà dall'articolo 105

³⁶ Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 8 aprile 2021, in causa n. 2020-34-03, disponibile all'indirizzo https://www.satv.tiesa.gov.lv/web/viewer.html?file=https://www.satv.tiesa.gov.lv/wpcontent/uploads/2020/07/2020-34-03_spriedums.pdf#search=2020-34-03.

³⁷ A.S. SWEET, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, 2000, 140-141.

³⁸ Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 20 dicembre 2005, in causa n. 2005-12-0103, disponibile all'indirizzo [web: https://www.satv.tiesa.gov.lv/web/viewer.html?file=/wp-content/uploads/2005/05/2005-12-0103_Spriedums_ENG.pdf#search=expropriation](https://www.satv.tiesa.gov.lv/web/viewer.html?file=/wp-content/uploads/2005/05/2005-12-0103_Spriedums_ENG.pdf#search=expropriation).

³⁹ *Ibidem*, par. 2.

dello *Satversme*, che «charges the State with the duty of creating a fair balance (proportionality) between the public interests and those of the particular owner with the help of fair compensation, determined by a clear and prospective process»⁴⁰. A ciò si aggiungeva la violazione dei principi di legittimo affidamento e di certezza del diritto, sanciti dall'articolo 1 dello *Satversme*, poiché lo Stato non aveva previsto alcuna transizione ponderata verso la nuova normativa, ma aveva addirittura rafforzato il convincimento nei ricorrenti che la procedura sarebbe stata condotta sulla base della disciplina previgente⁴¹.

La forza propulsiva del reclamo allo sviluppo dell'ordinamento giuridico e al miglioramento della qualità regolamentazione normativa di un settore emerge, in questo caso, nella parte in cui la Corte costituzionale si spinge fino al punto di indicare al legislatore i principi e i criteri da seguire nella preparazione di una legge di riforma. Infatti, «taking into consideration the principle of good administration, following from Article 1 of the *Satversme* and Article 10 of the State Administration Law [...], the Law 'On Coercive Expropriation of Real Estate for State or Public Needs' or the Cabinet of Ministers Regulations, issued on the basis of this Law, shall incorporate prospective, clear and general criteria for determination of 'fair compensation', by which respective institutions might be guided when offering concrete sums of money or an equivalent property to the owner at the time of talks about coercive expropriation of real estate»⁴².

In case 2010-38-01, del 30 dicembre 2010, la Corte costituzionale ha stabilito la non conformità all'articolo 96 dello *Satversme* delle norme del Codice civile che prevedevano l'interdizione totale della persona fisica per infermità di mente totale o parziale⁴³. Il reclamo era stato proposto da una persona cui era stata negata la possibilità di prendere decisioni sostanziali in modo indipendente, poiché le norme in vigore in quel momento prescrivevano l'interdizione totale. La Corte ha ritenuto che tale restrizione, che prevedeva solo l'interdizione totale, fosse sproporzionata, e quindi, incostituzionale. La Corte ha affermato che era possibile regolamentare e limitare la capacità di agire in modo diverso e ha fornito una possibile soluzione a tale situazione sulla base dell'esperienza di altri paesi. Dopo che la sentenza della Corte costituzionale è entrata in vigore, sono state apportate modifiche al Codice civile.

In definitiva, «although the [Constitutional Court] cannot directly act as a legislator, it has directly influenced, firstly, the adoption of specific legal norms ad, secondly, the contents of norms»⁴⁴. In questo secondo caso, «transfers the ideas and interpretation of a legal norm provided in judgements to the actual text of law»⁴⁵.

⁴⁰ *Ibidem*, par. 22.3.

⁴¹ Considerato «una delle pietre miliari della Repubblica della Lettonia come Stato democratico e governato dalla legge» (*ibidem*, par. 24).

⁴² *Ibidem*, para 23.3.3.

⁴³ Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 30 dicembre 2010, in causa n. 2010-38-01, disponibile all'indirizzo web: https://www.satv.tiesa.gov.lv/web/viewer.html?file=/wp-content/uploads/2010/04/2010-38-01_Spriedums_ENG.pdf#search=.

⁴⁴ A. RODIŅA, A. SPALE, *The Constitutional Court of the Republic of Latvia as a law-maker*, cit., 154.

⁴⁵ A. RODIŅA, A. SPALE, *The Constitutional Court of the Republic of Latvia as a law-maker*, cit., 154-155, che rilevano «two specific aspects within this specific case with respect to relations between constitutional bodies; namely, the CC and the parliament. Firstly, the annotation to the draft law proves that the legislator considered the CC's judgement very carefully while preparing the draft law (amendments to

In altri casi, invero non frequenti, la Corte costituzionale è intervenuta a valutare la costituzionalità di una lacuna giuridica, che, secondo la letteratura legale, è un potere che deriva «from the very essence of the implementation of constitutional justice»⁴⁶. In queste circostanze, la Corte stabilisce formalmente l'assenza di una norma giuridica, la cui opportunità o necessità di introduzione nell'ordinamento rientra nella competenza del legislatore. Tuttavia, se non esiste una norma giuridica che regoli una determinata fattispecie e questa situazione può portare ad una violazione dello *Satversme*, allora la Corte deve essere coinvolta nella risoluzione della questione particolare. Ad esempio, nella causa 2010-50-03, del 18 marzo 2011, una persona ha contestato davanti alla Corte costituzionale una norma del Regolamento del Consiglio dei Ministri n. 423, denominato “Regulations of Internal Procedure of the Deprivation of Liberty Institution” (the Annex to Regulation), nella misura in cui questa norma non ha permesso la conservazione di oggetti religiosi. Nello specifico, il regolamento legale forniva un elenco di oggetti che potevano essere conservati dai prigionieri, ma la norma non prevedeva il diritto di conservare oggetti religiosi (ad esempio, icone, croci o rosari). Avvalendosi dell'articolo 99 dello *Satversme*, che garantisce il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione, insieme ai documenti internazionali sui diritti umani e alla pratica della loro applicazione, la Corte ha osservato che i regolamenti normativi avrebbero dovuto consentire a un'istituzione detentiva di decidere di consentire o vietare ai prigionieri di tenere oggetti religiosi, tenendo conto delle circostanze di ogni singolo caso, e anche garantire che tale pratica fosse basata su principi comuni. In questo caso, la Corte ha, innanzitutto, verificato l'esistenza di una lacuna legale, in secondo luogo, stabilito che, dopo l'entrata in vigore della sentenza, il legislatore (ramo esecutivo) avrebbe dovuto predisporre emendamenti al regolamento che garantivano al prigioniero di conservare oggetti religiosi in una cella, dopo aver ricevuto il permesso del capo dell'istituzione di custodia⁴⁷.

La possibilità che il reclamo costituzionale contribuisca al processo di evoluzione dell'ordinamento giuridico dipende, però, per la gran parte dall'alto livello di fiducia che

the Civil Law). Secondly, the CC noted in the judgment that the adoption of the new regulation required a reasonable time period and therefore the Court decided that challenged norms would become null and void as of 1 January 2012. Since the judgment became effective at the end of 2010, the CC gave a year for preparing the necessary norms. However, until the set term had been reached – on 1 January 2012 – no new legal regulation in the field of incapacity was developed and, thus, for some time, Latvia had no legal regulation at all on restricting a person's capacity to act. Therefore, on 2 February 2012, the *Saeima* adopted, in an urgent procedure, a law that introduced a transitional legal regulation on establishing temporary custody for a mentally ill person and on declaring a person incapable. Finally, on 29 November 2012, the legislator adopted the law “Amendments to the Civil Law”, by which it enforced the ruling by the CC in this case».

⁴⁶ G. MESONIS, *Judicial Activism in the Context of Jurisprudence of the Constitutional Court*, in CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF LATVIA, *Judicial Activism of a Constitutional Court in a Democratic State*, 2016, 352, la versione elettronica del volume è disponibile all'indirizzo web: https://www.satv.tiesa.gov.lv/en/wp-content/uploads/sites/2/2017/06/Book_Judicial-activism-of-the-Constitutional-Court-in-a-Democratic-State_part_2_ENG.pdf.

⁴⁷ In attuazione della sentenza della Corte costituzionale, è stato emanato il Regolamento del Consiglio dei Ministri 1° novembre 2011, n. 847, recante “Modifiche al Regolamento del Consiglio dei Ministri 30 maggio 2006, n. 423 ‘Regolamento di procedura interna degli istituti penitenziari’”.

la società ripone nella Corte costituzionale⁴⁸. Quest'ultima può svolgere correttamente le sue funzioni solo se vi è un riconoscimento effettivo sia del potere pubblico sia dei cittadini⁴⁹.

Nella Repubblica della Lettonia, grazie al sostegno della società⁵⁰, la Corte costituzionale può svolgere le sue funzioni per assicurare la piena attuazione dei valori costituzionali e la garanzia effettiva dei diritti umani.

6. Il modello costituzionale di tutela dei diritti fondamentali in Italia

In Italia, il modello costituzionale di tutela dei diritti si fonda su tre pilastri fondamentali:

Il primo pilastro è rappresentato dagli articoli 24 e 113 della Costituzione, che garantiscono, rispettivamente, il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi e di azionarne la tutela giurisdizionale nei confronti sia dei soggetti privati sia dello Stato e degli altri enti pubblici.

Il secondo pilastro è posto dall'articolo 28 della Costituzione, che sancisce il principio della responsabilità penale, civile e amministrativa dei funzionari e dei dipendenti pubblici per gli atti compiuti in violazione dei diritti.

Il terzo pilastro è costituito dall'articolo 134 della Costituzione, che circoscrive il sindacato della Corte costituzionale alle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni, e dalle norme conseguenti sulla impugnazione incidentale delle leggi (articolo 1, della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1⁵¹; articoli 23 e 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87⁵²).

I tratti salienti del modello possono essere così sintetizzati: il giudice dei diritti è il giudice ordinario, affiancato, eccezionalmente e nei casi di giurisdizione esclusiva, dal giudice amministrativo; ai loro uffici possono rivolgersi tutti per rivendicare la tutela dei propri diritti e interessi e far valere la responsabilità degli agenti che li hanno violati; al giudice si richiede l'applicazione corretta della legge, perché è la legge ordinaria lo

⁴⁸ Corte costituzionale della Repubblica della Lettonia, sentenza 12 novembre 2015, in causa n. 2015-06-01, par. 16.2, disponibile all'indirizzo web: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2015/01/2015-06-01_Spriedums_ENG.pdf.

⁴⁹ H.R. GLICK, *Courts, Politics and Justice*, New York, 1988, 326.

⁵⁰ I risultati del primo sondaggio in assoluto sulla valutazione, da parte dei residenti nella Repubblica della Lettonia, sulla Corte costituzionale e su vari aspetti del suo lavoro, ha mostrato che essa rappresenta l'organo giudiziario costituzionale che gode della maggiore fiducia dei cittadini: infatti, il 51% degli intervistati ha dichiarato di avere «piena fiducia» o «abbastanza fiducia» nella Corte costituzionale (cfr. CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF LATVIA, *Research: Half of Latvia Inhabitants Trusts to the Constitutional Court*, 2020, disponibile all'indirizzo web: <https://www.satv.tiesa.gov.lv/press-release/petijums-satversmes-tiesai-uzticas-puse-latvijas-iedzivotaju/>).

⁵¹ Recante “Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale”.

⁵² Recante “Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale”.

strumento con cui i diritti sono riconosciuti e sono definite le condizioni per la loro rivendicazione⁵³.

Ci si può rivolgere al giudice esclusivamente per ottenere la rivendicazione di un diritto già riconosciuto dal legislatore oppure l'estensione o il rafforzamento della sua tutela. Il ricorso giurisdizionale deve essere supportato da una pretesa di affermazione o di espansione di un diritto individuale, che può essere soddisfatta solo attraverso il processo. Il ricorrente deve, in altre parole, dimostrare di avere un interesse ad agire⁵⁴, ossia che il provvedimento richiesto al giudice appare idoneo e necessario a rimuovere la lesione del suo diritto. Il giudice, per la sua parte, è tenuto a pronunciarsi sulla domanda anche in assenza di una norma espressa che disciplini la fattispecie, non essendo ammesso il *non liquet* e, al contrario, sanzionato il diniego di giustizia⁵⁵. I casi – invero non infrequenti – in cui non esiste una disciplina legislativa della fattispecie sono i più problematici: di solito, la norma da applicare alla controversia viene elaborata dal giudice attraverso il ricorso ai principi costituzionali e alla legge ordinaria.

Talvolta può accadere, però, che al giudice si chieda “qualcosa di più” della semplice applicazione della legge che tutela un diritto, qualcosa che, semplicemente, va oltre quanto possa essere riconosciuto al ricorrente attraverso un'interpretazione delle disposizioni legislative, qualcosa che, però, trova fondamento nei principi costituzionali. La strada da seguire si desume agevolmente dal modello costituzionale di tutela dei diritti poc'anzi esaminato: se il giudice ritiene di non poter “forzare” la lettera della legge con un'interpretazione “costituzionalmente orientata”, potrà, anche su istanza di parte, rimettere la questione alla Corte costituzionale, la cui sentenza, se favorevole al ricorrente, reciderà la legge “nella parte in cui” la tutela del diritto non è sufficientemente assicurata. Questa operazione, oltre ad essere perfettamente compatibile con i principi su cui riposa il modello di tutela dei diritti garantito dalla Costituzione, non trasforma la Corte costituzionale nel “giudice dei diritti”. Il giudice ordinario continua, infatti, ad essere investito del compito di tutelare i diritti, mentre la Corte costituzionale interviene solo per “aiutare” il giudice ad applicare la legge ordinaria senza, tuttavia, disapplicare la Costituzione e solo nel caso in cui sia dimostrato che la tutela del diritto ottenuta attraverso l'interpretazione della legislazione vigente non sarebbe sufficiente rispetto alle garanzie costituzionali.

In definitiva, nel modello di tutela delineato dalla Costituzione, i diritti sono disciplinati dalla legislazione statale, nel perimetro e con le modalità dalla stessa delineati, e sono applicati dai giudici ordinari e amministrativi, limitatamente ai casi di giurisdizione esclusiva, con l'ausilio della Corte costituzionale.

⁵³ Per un'ampia e puntuale analisi del modello costituzionale di tutela dei diritti fondamentali, cfr., da ultimo, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 633.

⁵⁴ Cfr. art. 100 del Codice di procedura civile, a norma del quale: «Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse».

⁵⁵ Cfr. art. 3 della legge 13 aprile 1988, n. 117, recante “Risarcimento dei danni causati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati”.

7. L'introduzione di un ricorso diretto alla Corte costituzionale in Italia: quali nuove e ulteriori prospettive di tutela dei diritti fondamentali?

La possibilità di prevedere che il cittadino agisca direttamente davanti alla Corte costituzionale per reagire ad una lesione di un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione, rappresenta un tema che ha animato il dibattito sul modello italiano di giustizia costituzionale fin dai lavori dell'Assemblea costituente⁵⁶.

La tematica si è ripresentata, in più occasioni, all'attenzione della dottrina, del Parlamento e della stessa Corte costituzionale, alimentata, da un lato, dall'esigenza di offrire uno strumento (più) efficace di tutela differenziata dei diritti fondamentali dell'individuo, dall'altro, dalla necessità di colmare le lacune presenti nel modello incidentale di controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge sviluppatosi nell'ordinamento nazionale⁵⁷.

Le proposte di introduzione dell'istituto sono state sovente presentate non in alternativa al giudizio incidentale, bensì in aggiunta e a completamento di esso, rilevandone le incongruenze e le inadeguatezze⁵⁸. Nella fase più avanzata, il dibattito è approdato alla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, istituita con la legge costituzionale n. 1 del 1997, e sfociato nella proposta di modifica dell'articolo 134 del progetto di riforma della Parte II della Costituzione attraverso l'estensione delle competenze della Corte costituzionale ai «ricorsi per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale»⁵⁹.

⁵⁶ Per un inquadramento generale della tematica e del relativo dibattito, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979; R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Napoli, 1985; M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991; G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1992; L. CARLASSARE, *I diritti davanti alla Corte costituzionale: ricorso individuale o rilettura dell'art. 27 L. n. 87/1953?*, in *Diritto e società*, 1997, 443 ss.; I. NICOTRA GUERRERA, *Giudizio sulle leggi e accesso del privato di fronte all'art. 24 Cost.*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi* (Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997), Torino, 1998, 491 ss.

⁵⁷ Per una sintesi diacronica di questa evoluzione, corredata di ampi riferimenti bibliografici, si rinvia al dibattito raccolto nel volume AA.VV., *I controlli sul potere*, Firenze, 1967; nonché a C. BOTTARI, *Prime osservazioni sul ricorso diretto di costituzionalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 755 ss.; A. SCAVONE, *Appunti sulle proposte di introduzione del ricorso costituzionale diretto in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 1252 ss.; F. TIRIO, «Maschera» e «volto» del ricorso individuale di costituzionalità, in P. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa* (Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997), Padova, 1998.

⁵⁸ I temi sui quali si era concentrato il dibattito riguardavano principalmente: l'assenza di tutela nei confronti della funzione di indirizzo politico (per lesione diretta di alcune libertà costituzionali dovuta a ragioni di necessità o per mezzo di omissioni); i casi di impossibilità o di inutilità del giudizio incidentale (anche a causa dei pericoli derivanti dalla tendenza di parte dei giudici di merito a sostenere l'infondatezza o l'irrelevanza di questioni di legittimità costituzionale proposte nel corso dei processi); la costrizione, ad instaurare una *fictio litis*, con conseguente appesantimento della giustizia ordinaria e amministrativa; i diritti lesi da leggi autoapplicative, comprese quelle elettorali; le leggi di azione o di organizzazione; le leggi lesive dell'articolo 81 della Costituzione; le lungaggini del sistema e l'assenza di una tutela cautelare; le norme penali di favore; le norme che subordinano l'azione a qualche autorizzazione.

⁵⁹ La relazione al progetto di riforma precisava che lo strumento era già in uso presso altri ordinamenti, nell'ambito dei quali assolveva alla funzione di elemento di chiusura del sistema delle garanzie e come una sorta di ultima *ratio* per la protezione dei diritti fondamentali, qualora altri strumenti di tutela non fossero

Al di là delle proposte e delle conseguenti soluzioni, due parrebbero essere gli ostacoli all'introduzione di un ricorso diretto del singolo alla Corte costituzionale.

Il primo ostacolo è costituito non tanto dall'articolo 134 della Costituzione che, come si è visto, si limita a stabilire la competenza del giudice costituzionale sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni, quanto piuttosto dalla legge costituzionale n. 1 del 1948 e dalla legge n. 87 del 1953, che configurano il giudizio di legittimità costituzionale esclusivamente sull'accesso in via incidentale («nel corso di un giudizio»). Un ricorso diretto alla Corte costituzionale potrebbe, dunque, essere introdotto attraverso una revisione di quelle leggi.

Il secondo ostacolo deriva, invece, dai caratteri del modello costituzionale di tutela dei diritti fondamentali, che si è esaminato in precedenza.

Alcune sentenze relativamente recenti della Corte costituzionale hanno, tuttavia, mostrato che proprio la tutela di alcuni diritti fondamentali legittimerebbe una forma di ricorso costituzionale diretto “mascherato” da ricorso incidentale. Il riferimento è, da ultimo, alla sentenza della Corte costituzionale 9 febbraio 2017, n. 35⁶⁰, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della legge elettorale 6 maggio 2015, n. 52 “Disposizioni in materia di elezioni della Camera dei deputati” (c.d. *Italicum*) nella parte relativa al ballottaggio, a causa della mancanza di una soglia minima di voti per essere ammessi al secondo turno, e delle candidature multiple dei capilista⁶¹.

disponibili o si fossero rivelati inefficaci. Sebbene la sua portata tendenzialmente illimitata avesse indotto i sistemi giuridici stranieri a circoscriverne l'applicabilità, anche per l'aggravamento del carico di lavoro degli organi della giustizia costituzionale, tuttavia, il progetto decideva di introdurre questo tipo di tutela nella sua forma più ampia, rinviando ad una legge costituzionale di futura emanazione il compito di individuare in quali situazioni e avverso quali atti fossero ammissibili ricorsi individuali, e di predisporre i filtri più adeguati per selezionare i casi meritevoli di tutela. Significativa, in proposito, l'osservazione di R. ROMBOLI, *La giustizia costituzionale nel progetto della Bicamerale*, in *Diritto pubblico*, 1997, 833, che definisce il ricorso diretto nel progetto di riforma costituzionale come “un istituto ancora senza volto”.

⁶⁰ Corte costituzionale, sentenza 9 febbraio 2017, n. 35, disponibile all'indirizzo web: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2017&numero=35>.

⁶¹ Per un'analisi approfondita del contenuto e delle criticità della legge n. 52 del 2015, imprescindibile in riferimento a R. MANFRELLOTTI, *Il rapporto di fiducia tra sistema elettorale e disciplina costituzionale*, Napoli, 2021, 99. L'A. spiega che la legge n. 52 del 2015 ha regolato il sistema elettorale della Camera dei Deputati, poiché nel frattempo era in discussione al Parlamento il progetto di riforma costituzionale che aveva previsto una legittimazione non elettiva del Senato. In particolare, «il nuovo modello ha diviso il territorio nazionale in 20 circoscrizioni elettorali e 100 collegi plurinominali (con l'eccezione delle circoscrizioni della Valle d'Aosta e del Trentino-Alto Adige, in cui il collegio era previsto come uninominale), in ciascuno dei quali si sarebbero presentate liste autonome (non collegate in coalizioni) con il capolista bloccato nelle quali l'elettore avrebbe potuto esprimere due preferenze a candidati di sesso diverso [...]. La legge aveva previsto una clausola di sbarramento al 3% e un premio di maggioranza variabile fino al raggiungimento di 340 seggi per la lista che avesse ottenuto il 40% dei voti, disponendo altresì che ove tale soglia non fosse raggiunta avrebbe dovuto procedersi a un secondo turno tra le due liste più votate, all'esito del quale quella che avesse ottenuto più voti avrebbe conseguito il premio [...]. L'originaria previsione legislativa prevedeva, altresì, un turno di ballottaggio tra le liste più votate, che, tuttavia, la Corte costituzionale (sent. n. 35 del 2017) ha dichiarato costituzionalmente illegittima in ragione dell'effetto distorsivo che esso avrebbe provocato nel rapporto tra i voti conseguiti da ciascuna lista e i seggi attribuiti alla lista vittoriosa».

Tra i commenti della dottrina alla sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 2017, si veda R. DICKMANN, *Le questioni all'attenzione del legislatore dopo la sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2017, 1 ss.; M. LUCIANI, Bis in idem: *La nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 1 ss.; A. ANZON, *La*

Non sono tanto rilevanti, in questa sede, le motivazioni addotte dalla Corte costituzionale, quanto piuttosto il fatto che la questione di costituzionalità sia approdata ai giudici costituzionali attraverso un'azione di accertamento promossa davanti al giudice ordinario riguardante la negazione del diritto di elettorato attivo, garantito dall'articolo 48 della Costituzione. In questo caso, la sentenza di accoglimento viene a «concretare di per sé la tutela richiesta al rimettente e ad esaurirla, mentre il carattere di incidentalità presuppone necessariamente che il *petitum* del giudizio nel corso del quale viene sollevata la questione non coincida con la proposizione della questione stessa»⁶², ponendo in crisi gli stessi caratteri del giudizio costituzionale.

8. Riflessioni finali

Nella Repubblica della Lettonia, il reclamo costituzionale si è rivelato uno strumento efficace non solo per la tutela dei diritti umani fondamentali, ma anche per la spinta propulsiva data al processo di evoluzione dell'ordinamento.

L'esame di alcuni casi decisi dalla Corte costituzionale ha mostrato come questo strumento abbia contribuito a migliorare sensibilmente la regolamentazione normativa di alcuni settori. Il ruolo della Corte costituzionale nel delicato equilibrio tra i poteri dello Stato ne è risultato notevolmente rafforzato, poiché attraverso il reclamo costituzionale è stata delegata alla Corte costituzionale la decisione di questioni politiche che avrebbero dovuto essere affrontate dalle altre istituzioni politiche e di contribuire, in questo modo, allo sviluppo complessivo del sistema giuridico e all'attuazione dei principi dello Stato di diritto.

In Italia, l'opportunità di prevedere ricorsi diretti dei cittadini alla Corte costituzionale per la tutela dei diritti umani fondamentali è stata, per molti anni, al centro di un vivace dibattito scientifico e politico. Gli ostacoli giuridici all'introduzione di questo rimedio sono rappresentati, come si è visto, da un lato, dalla configurazione del giudizio di legittimità costituzionale, fondato esclusivamente sull'accesso in via incidentale secondo la legge costituzionale n. 1 del 1948 e dalla legge n. 87 del 1953, dall'altro, dai caratteri del modello di tutela dei diritti umani fondamentali.

In realtà, alcune sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune leggi elettorali nella parte in cui violavano il diritto

dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'Italicum e il persistente immobilismo del legislatore, in *Giur. cost.*, 2017, 317 ss.; R. ROMBOLI, *L'incostituzionalità dell'«Italicum»: la Consulta conferma il superamento della storica «zona franca» delle leggi elettorali, ma anche la creazione di una nuova per le leggi costituzionalmente necessarie*, in *Foro Italiano*, I, 2017, 782 ss.; A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà nella pronuncia sull'Italicum*, in www.forumcostituzionale.it, 25 febbraio 2017; G.M. SALERNO, *Dopo l'Italicum: la giurisprudenza costituzionale come crocevia tra le istituzioni repubblicane*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 261 ss.; G. TARLI BARBIERI, *La sentenza sulla legge n. 52 del 2015: conferme e novità rispetto alla decisione n. 1 del 2014*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 101 ss.; L. TRUCCO, *«Sentenza Italicum»: la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in www.giurcost.it, 31 marzo 2017.

⁶² Cfr. Corte costituzionale, ordinanza 5 febbraio 1999, n. 17, disponibile all'indirizzo web: <https://giurcost.org/decisioni/1999/0017o-99.html>.

di elettorato attivo, hanno mostrato che proprio la tutela di alcuni diritti fondamentali legittimerebbe una forma di ricorso diretto “mascherato” da ricorso incidentale. Al di là della correttezza formale di questa soluzione, un ricorso diretto alla Corte costituzionale potrebbe essere introdotto in Italia solo attraverso una revisione delle leggi citate e solo attraverso un’attenta valutazione di carattere politico che soppesi vantaggi e svantaggi, unitamente alla necessità di prevedere filtri di ammissibilità contro il rischio di pericolosi ingorghi nella giustizia costituzionale.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

CONFLITTI INTERORGANICI E PROCEDIMENTO "BIFASICO".
UN *UNICUM* TUTTO ITALIANO?

JACOPO FERRACUTI

SOMMARIO: 1. I conflitti interorganici e l'archetipo procedimentale bifasico. – 2. La fase di ammissibilità: utilità e profili di costituzionalità. – 3. La natura della previsione della fase di ammissibilità: necessità o facoltativa? – 4. Le indicazioni provenienti dagli ordinamenti spagnolo, tedesco e austriaco. – 5. Considerazioni conclusive.

1. I conflitti interorganici e l'archetipo procedimentale bifasico

L'elemento che nell'ordinamento interno contraddistingue il giudizio sui conflitti interorganici, allontanandolo dagli altri di competenza della Corte costituzionale, è rappresentato dalla suddivisione in due distinti momenti.

Le fonti regolatrici della materia¹, infatti, prevedono che il conflitto, prima di pervenire all'eventuale scrutinio di merito, deve passare il vaglio, necessario (nel senso di normativamente imposto) e preliminare, di una delibazione di ammissibilità, che la Corte, in qualità di vero e proprio *dominus* del segmento in considerazione e in assenza di contraddittorio, svolge in camera di consiglio al fine di verificare l'esistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi di ammissibilità del conflitto sollevato².

¹ La disciplina vigente in materia di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato si rinviene negli artt. 134, secondo alinea, Cost., 37 della l. 11 marzo 1953, n. 87 e 26 delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*.

² In particolare, in questo segmento procedimentale, la Corte verifica se il conflitto presenti quel necessario "tono costituzionale" che lo rende meritevole di esame nel merito. Cfr., sul punto, C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in

All'esito della delibazione preliminare, la Corte adotta un'apposita ordinanza che, a seconda dei casi, potrà essere di ammissibilità o inammissibilità.

La *ratio* sottesa all'impostazione bifasica del giudizio, e, in particolare, la previsione di una specifica fase di ammissibilità, è stata individuata dal giudice costituzionale nell'intento primario del legislatore (ordinario) di consentire la risoluzione dei conflitti nel circuito politico nel quale sono sorti, al fine di limitare le occasioni di intervento della Corte ed evitare, quindi, che la relativa decisione possa interferire con scelte proprie del campo della politica. Secondo la Consulta, infatti, «Nell'ottica di una soluzione di queste controversie conseguibile prioritariamente, se non esclusivamente, nell'ambito del "campo politico" si può comprendere (...) la previsione di una struttura "bifasica" del procedimento di risoluzione dei conflitti di attribuzione tra poteri. (...) [dovendosi, al riguardo, osservare] che - nel momento in cui con il deposito del ricorso si attesta che non è possibile la composizione spontanea della controversia, che pertanto viene ufficializzata e sottoposta alla cognizione della Corte - la formalizzazione di una fase di ammissibilità del conflitto risponde proprio all'esigenza di delimitare il più possibile questo tipo di processo ed i relativi soggetti ed oggetto, così da evitare che il giudizio della Corte possa interferire sulle scelte proprie del "campo politico". E appunto a questo fine l'art. 37 della legge n. 87 del 1953 dispone che la Corte previamente deve decidere sia se esista "la materia di un conflitto la cui risoluzione spetti alla sua competenza", sia quali siano gli "organi interessati" al giudizio sul conflitto medesimo»³.

In dottrina è stato, tuttavia, evidenziato come tali motivazioni tradizionalmente addotte a giustificazione della autonoma configurazione di un vaglio di ammissibilità dei conflitti (e, quindi, della stessa suddivisione in due fasi del procedimento), per quanto da tenere in debita considerazione, in realtà non siano mai giunte a spiegare appieno il perché il giudizio della Corte non possa avvenire *uno actu*⁴.

2. La fase di ammissibilità: utilità e profili di costituzionalità

Giurisprudenza costituzionale, 1979, I, 110 ss., che ne parla nell'ottica di stigmatizzare il ricorso allo strumento del conflitto al fine di difendere attribuzioni di scarsa valenza costituzionale, ossia di «questioni minute, di ordinaria amministrazione».

³ Cfr. la sentenza 10 aprile 2003, n. 116 (in particolare, il punto 3 del *Considerato in diritto*).

⁴ Il punto è ben evidenziato da P. COSTANZO, *Conflitti costituzionali*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, in part. 1276 ss., secondo il quale appare poco persuasivo addurre ragioni di economicità dei giudizi a pretesa giustificazione del preventivo esame dell'ammissibilità nei conflitti tra poteri, data la duplicazione dello stesso esame nel successivo giudizio di merito (su cui *infra* si dirà nel testo, *sub* §2.). Secondo l'Autore, infatti, «anche a voler piuttosto convincersi "che una fase di ammissibilità del conflitto risponde proprio all'esigenza" di "evitare che il giudizio della Corte possa interferire sulle scelte proprie del "campo politico" (C. cost., n. 116/2003), non si comprende appieno il perché il tutto non possa avvenire *uno actu*». Della stessa linea di pensiero sembrerebbe mostrarsi anche E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Torino, 2008, 378.

Pur non esprimendosi in termini così netti, inoltre, da più parti sono stati sollevati dubbi circa l’effettiva utilità di una autonoma fase di ammissibilità per i conflitti, con argomenti anche suggestivi⁵.

Ad esempio, tenuto conto della “clausola di salvezza” che la Corte (quasi) sistematicamente introduce all’interno delle ordinanze di ammissibilità e con cui opera espressa riserva di tornare sui profili di ammissibilità del conflitto anche in sede di giudizio a cognizione piena⁶, si è evidenziato il rischio di dar luogo in quella sede a un momento valutativo che integra un “doppione” di quanto già avvenuto durante la deliberazione preliminare. Un rischio – si è pure detto – che è tanto più evidente nei casi in cui vengano adottate ordinanze che dichiarano in prima battuta l’ammissibilità del conflitto, per poi essere successivamente smentite da sentenze con le quali la Corte rileva *funditus* un impedimento a esaminare nel merito il ricorso proposto⁷, affiorando talvolta il dubbio che il Collegio potesse rendersi immediatamente conto dell’esistenza dell’impedimento, «divenendo quindi assolutamente superfluo il giudizio a cognizione piena (o altrimenti, rovesciando il discorso, rivelandosi “inutile” la fase preliminare di valutazione del ricorso)»⁸.

È il caso, ad esempio, della sentenza 3 luglio 2007, n. 247, in cui, in un conflitto afferente alle prerogative parlamentari *ex art. 68 Cost.*, l’inammissibilità viene dichiarata perché il Tribunale ricorrente nell’atto introduttivo del giudizio aveva «riprodotto solo alcuni stralci del contenuto testuale delle dichiarazioni rese *extra moenia* dal senatore interessato: contenuto necessario ai fini dell’accertamento della sussistenza del nesso funzionale tra le dichiarazioni del parlamentare e gli eventuali atti tipici» e perché, inoltre, aveva «ricostruito il significato delle dichiarazioni del parlamentare attraverso una libera rielaborazione delle stesse, così realizzando “una impropria sovrapposizione tra l’oggettiva rilevanza delle opinioni espresse” dal senatore e “l’interpretazione soggettiva

⁵ Per maggiori approfondimenti, sia consentito rinviare a quanto più ampiamente riportato di recente in J. FERRACUTI, *La “fase” di ammissibilità nel giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Problemi e prospettive*, Napoli, 2023, 1 ss.

⁶ L’apposizione della clausola in questione viene generalmente giustificata alla luce del fatto «che, a norma dell’art. 37, terzo e quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), questa Corte è chiamata a deliberare in camera di consiglio e senza contraddittorio sull’ammissibilità del ricorso, valutando se sussistano i requisiti, sul piano soggettivo ed oggettivo, di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, rimanendo tuttavia impregiudicata ogni ulteriore questione anche in ordine alla stessa ammissibilità» (così, *ex multis*, C. cost., ordinanza 18 dicembre 2017, n. 273).

⁷ Tali sentenze, come ricorda M. CECCHETTI, *Problemi dell’accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in A. ANZON DEMMIG - P. CARETTI - S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale, Atti del Seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999*, Torino, 2000, 378, sono state definite in dottrina “autogene”. Secondo l’Autore, si tratta di una categoria di pronunce che integra una vera e propria “terza via” che il giudice costituzionale si è costruito per sfuggire alla rigida alternativa posta dall’art. 38 della l. n. 87/1953, al fine di riconoscere la pari dignità dei poteri ammessi al giudizio, senza, però, formalmente risolvere il loro conflitto.

⁸ Così, E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino, 2002, 210-211, che, sul punto, richiama le sentenze 23 giugno 1999, n. 252, 15 febbraio 2000, n. 57 e, infine, 20 luglio 2001, n. 274. In termini di “discutibilità” della descritta prassi della Corte si esprimono anche A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 255.

che ne è stata data" dall'autorità giudiziaria, che non consente di cogliere in modo esaustivo l'oggetto del contendere (così, in particolare, sentenza n. 79 del 2005)».

Per la Corte, simili rilievi determinano l'insorgenza del vizio di non autosufficienza dell'atto introduttivo⁹. Il punto è che la Consulta sarebbe potuta pervenire a tale conclusione già all'esito della fase di ammissibilità, come dimostra il fatto che, per giustificare la propria decisione, venga richiamata una pronuncia (la citata sentenza 18 febbraio 2005, n. 79) che è cronologicamente precedente all'ordinanza 18 luglio 2006, n. 321, con cui il conflitto era stato ammesso al giudizio di merito.

Molti altri sono gli esempi di pronunce di questo tipo¹⁰, da cui si ricava l'impressione che la ragione dell'inammissibilità finale avrebbe potuto essere agevolmente rilevata dalla Corte sin da principio¹¹.

In situazioni come quella appena descritta, la deliberazione di ammissibilità sembra ridursi davvero a poco¹², tradendosi quindi – ed è questo il punto – la stessa *ratio* sottesa all'articolazione bifasica della procedura¹³.

⁹ Cfr., in particolare, i punti 2.2., 2.3. e 2.4. del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Basti citare, per tutti, anche il caso della sentenza 28 ottobre 2011, n. 282, in cui il ricorso del Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Taranto che aveva sollevato conflitto viene dichiarato inammissibile perché «È consolidato, nella giurisprudenza costituzionale, l'indirizzo secondo cui "il ricorso con il quale l'autorità giudiziaria propone il conflitto di attribuzione ai sensi dell'art. 68, primo comma, della Costituzione, deve rispettare il principio di completezza ed autosufficienza. Tale principio impone all'autorità giudiziaria l'onere di indicare nel ricorso gli elementi che consentano alla Corte costituzionale di valutarne la fondatezza, raffrontando le dichiarazioni rese extra moenia dal parlamentare con il contenuto di atti tipici della sua funzione" (sentenza n. 31 del 2009; nello stesso senso, le sentenze n. 163 del 2008 e n. 271 del 2007)» (cfr., in particolare, il punto 3. del *Considerato in diritto*).

Come si vede, anche in questo caso, la Corte, in punto di non autosufficienza dell'atto introduttivo del giudizio, per fondare la declaratoria di inammissibilità, si rifà a un proprio indirizzo "consolidato", non a caso già affermato (tra le altre, con le richiamate sentenze 6 febbraio 2009, n. 31, 20 maggio 2008, n. 163 e 13 luglio 2007, n. 271) quando il conflitto era stato dichiarato ammissibile con l'ordinanza 11 marzo 2011, n. 87.

¹¹ In generale, si consideri che oltre il 15% delle decisioni complessivamente assunte al termine della prima fase è stata poi ribaltata nell'esito dalla pronuncia conclusiva del giudizio a cognizione piena. Nel dettaglio, considerando la giurisprudenza costituzionale fino all'anno 2022 incluso, in ben 43 occasioni la decisione di merito ha smentito la pronuncia di ammissibilità. Sul punto, sia consentito rinviare ai dati riportati in J. FERRACUTI, *La "fase" di ammissibilità*, cit., 77, in part. nota n. 155.

¹² Cfr. L. MEZZETTI - M. BELLETTI - E. D'ORLANDO - E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, 485, ove proprio in relazione all'ipotesi in cui una stessa fattispecie possa essere giudicata in modo antitetico nella prima e nella seconda fase del giudizio, vengono evidenziate le perplessità legate all'utilità della doppia sequenza procedimentale, che «se da un lato può essere letta in termini di valorizzazione del principio del contraddittorio, dall'altro può determinare diseconomie processuali evidenti o, addirittura, minare la legittimazione della stessa Corte quanto più frequenti saranno le deroghe al principio del "ne bis in idem"».

¹³ Nella prospettiva di E. BINDI, *L'«inutilità» della fase preliminare di ammissibilità del conflitto: un falso problema?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, III, 2188, se anche il procedimento in sede preliminare presenta un'insopprimibile *ratio*, tuttavia, nei casi in cui il controllo della Corte in sede di ammissibilità risulti carente, allora la *ratio* che sottostà a tale procedimento risulta senza dubbio compromessa. L'Autrice esprime simile opinione a commento della sentenza n. 252/1999 (già menzionata *supra*, sub nota n. 8), con la quale la Corte, previa declaratoria di ammissibilità del conflitto (cfr. l'ordinanza 26 febbraio 1998, n. 37), ha finito per adottare una pronuncia di inammissibilità, dopo aver rilevato, in una vicenda relativa all'insindacabilità parlamentare ex art. 68, co. 1, Cost., che la delibera con cui era stata negata l'autorizzazione a procedere al Tribunale di Milano non proveniva dalla Camera di appartenenza del parlamentare «al momento del fatto». Secondo l'Autrice, dunque, la Corte, potendo verificare già in sede preliminare l'assenza attuale della materia del conflitto, avrebbe dovuto pronunciare subito l'inammissibilità e non aspettare la seconda fase, per adottare poi, solo a quel momento, una sentenza di

È per tale ragione che ci si è domandati se sia davvero utile e opportuno il mantenimento di tale fase¹⁴, tanto più che appare “inspiegabile” che la Corte possa ripetere la stessa valutazione, già posta in essere nel corso della fase preliminare, anche nel successivo giudizio di merito, sulla base di elementi che potevano essere già in suo possesso precedentemente¹⁵.

Sempre in questo senso, ma sotto altra prospettiva, è stato sottoposto a critica anche l’elemento del carattere non definitivo delle ordinanze liminari, come tali, dunque, ribaltabili in sede di merito, in quanto – si è detto – «una volta superata quella soglia», ossia oltrepassata la fase di ammissibilità, «ed accertata la natura “costituzionale” del conflitto», il giudice costituzionale «non può e non deve ripensarci e dichiarare il conflitto inammissibile, perché ciò significa lasciare il conflitto, che pur c’è, senza composizione»¹⁶.

Chi scrive, poi, è dell’avviso che, nello studio del modello, insieme ai dubbi appena ricordati, vadano considerate anche le perplessità legate all’osservanza, da parte dell’archetipo bifasico, degli artt. 111, 24 e 3 Cost., sul presupposto, ovviamente, della

inammissibilità piuttosto discutibile alla luce della precedente ordinanza di ammissibilità. Anche perché, in tal modo, la Corte non ha fatto altro che concludere il giudizio con una decisione di carattere processuale solamente “posticipata” alla seconda fase del procedimento.

¹⁴ Riserve e perplessità riguardo all’impiego della prima fase preliminare sono, del resto, già state espresse da E. BETTINELLI, *Qualche osservazione controcorrente sul valore non definitivo delle ordinanze di ammissibilità dei ricorsi relativi ai conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in A. ANZON DEMMIG - B. CARAVITA DI TORITTO - M. LUCIANI - M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, 1 ss.; E. ROSSI, *Brevi considerazioni in ordine al profilo soggettivo del conflitto di attribuzione insorto tra CSM e Ministro di grazie e giustizia per la nomina del presidente della Corte d’appello di Palermo*, in A. ANZON DEMMIG - B. CARAVITA DI TORITTO - M. LUCIANI - M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, 232; E. MALFATTI - R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Torino, 1996, 420 ss.; R. ROMBOLI, in *Foro italiano*, 1995, I, 1701, 2642, 3057, secondo il quale, talvolta, lo svolgimento della fase di ammissibilità si rivela, per l’appunto, del tutto «inutile».

Più recentemente, commentando il conflitto deciso con l’ordinanza 8 febbraio 2019, n. 17, taluni dubbi sembrano essere espressi anche da E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino, 2020, 253. L’Autrice, infatti, dal punto di vista delle affermazioni ivi contenute circa la necessità di ravvisare violazioni manifeste delle prerogative dei parlamentari per poter ammettere a definizione i relativi conflitti, e della loro coerenza con la strutturazione bifasica del conflitto, si domanda se davvero si possa esigere di riscontrare *in limine litis* che si sia verificata una violazione di tal fatta di prerogative costituzionali, al contempo riconoscendosi, più o meno esplicitamente, che comunque un *vulnus* c’è stato, «quando la funzione del giudizio di ammissibilità del conflitto interorganico consisterebbe, tutt’al contrario, proprio nell’escluderlo, e nell’escluderlo all’evidenza». Da qui, i dubbi che sembrano emergere circa l’effettiva utilità, in questa prospettiva, della fase preliminare: «Per converso, se ragionassimo al cospetto di un caso in cui questo tipo di riscontro fosse avvenuto, che ne sarebbe – appunto – della seconda fase del conflitto? Essa nascerebbe “segnata”, avrebbe cioè un esito scontato, a meno di non ammettere addirittura che diverrebbe del tutto inutile».

¹⁵ Cfr. D. FLORENZANO, *L’oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Fonti normative. Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Trento, 1994, in part. 163-164.

¹⁶ Così, testualmente, R. BIN, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, 160, nel mostrare apprezzamento per le opinioni espresse da E. BETTINELLI, *Qualche osservazione controcorrente*, cit., 1993, in merito all’utilizzo, da parte della Corte, delle sentenze di inammissibilità.

loro applicabilità anche al comparto della giustizia costituzionale (soprattutto i primi due)¹⁷.

In questo senso, i principali profili sono quelli legati alla carenza di contraddittorio della fase di ammissibilità (art. 111)¹⁸, allo scolorimento del carattere di terzietà del Collegio giudicante, per effetto delle funzioni processualmente attive svolte dalla Corte in sede preliminare (art. 24)¹⁹, e di possibile incoerenza rispetto alla differente strutturazione unitaria del giudizio sui conflitti intersoggettivi (art. 3)²⁰.

3. La natura della previsione della fase di ammissibilità: necessitata o facoltativa?

Senonché, prima ancora di poter anche solamente iniziare la disquisizione di simili questioni, a chi scrive appare necessario operare un passaggio preliminare, spesso ignorato, ma che, tuttavia, sembra integrare un presupposto fondamentale di ogni discorso in materia. Infatti, preso atto che la scelta del descritto procedimento bifasico non ha base costituzionale, rappresentando piuttosto il frutto di un'opzione del legislatore ordinario,

¹⁷ È discussa l'applicabilità dell'art. 111 Cost. al settore della giustizia costituzionale. A chi, infatti, ne sostiene la sicura applicabilità, come A. PIZZORUSSO, *sub Art. 102 Cost.*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 1981, 197, R. GUASTINI, *sub Art. 101 Cost.*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 1981, 182; ID., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, 1995, 849 ss., nonché A. ANDRONIO, *Art. 111*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2113 (ove si legge che «Il primo periodo del 2° co., che concerne ogni tipo di processo, afferma i principi del contraddittorio, della parità delle armi, della terzietà e imparzialità del giudice»), si oppone chi, come ad esempio M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg., V, Milano, 2001, 615, mette in luce la peculiarità del ruolo svolto dal giudice costituzionale, anche sotto il profilo delle fonti regolanti la stessa giustizia costituzionale, le quali impedirebbero una meccanica applicazione ai giudizi in essa rientranti delle norme contenute nel Titolo IV della Costituzione, imponendo, piuttosto, e più correttamente, di procedere a un'analisi caso per caso delle norme applicabili.

La possibilità di riferire anche ai giudizi della Corte i relativi precetti sembra, tuttavia, sostenibile a chi scrive sulla scorta di plurimi elementi, che appaiono idonei a dimostrarne la natura di norma costituzionale di carattere processuale, come tale applicabile (quantomeno nei primi due commi) a qualsiasi esercizio di funzione giurisdizionale, già esposti in J. FERRACUTI, *La "fase" di ammissibilità*, cit., in part. 33 ss., cui sia consentito, dunque, rinviare per approfondimenti.

¹⁸ Sull'elemento del contraddittorio e della sua mancata previsione nell'ambito della fase di ammissibilità dei conflitti, anche con particolare riferimento alle criticità che tale aspetto determina rispetto al parametro dell'art. 111 Cost., si è già trattato in profondità in J. FERRACUTI, *Il filtro di ammissibilità dei conflitti interorganici e l'assenza di contraddittorio. Riflessioni "a tutto tondo"*, in *Federalismi.it*, 13/2021, 162 ss., cui, pertanto, sia consentito sommessamente rinviare.

¹⁹ Come anticipato in apertura, infatti, nell'ambito della fase di ammissibilità, è la Corte costituzionale il vero *dominus* della scena, dal momento che è proprio alla Consulta che, oltre alla gestione dei tempi del giudizio, compete anche la funzione relativa all'individuazione dei poteri interessati dal conflitto, come chiarito dalla stessa giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza 8 settembre 1995, n. 420.

²⁰ Per i conflitti tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni, infatti, la disciplina primaria regolatrice della materia configura un giudizio dall'istantanea e necessaria natura contraddittoria. Eppure, tanto i conflitti interorganici, quanto quelli intersoggettivi, danno vita a giudizi la cui struttura è sostanzialmente omogenea: invero, anche il conflitto tra enti dà luogo a un giudizio di accertamento per la delimitazione della sfera costituzionale di attribuzioni (delle Regioni e dello Stato), e non a un mero giudizio di impugnazione dell'atto origine del conflitto; allo stesso modo, l'ambito oggettivo del conflitto è determinato sulla base di criteri sostanzialmente analoghi a quelli del conflitto tra poteri. Cfr., sul punto, S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1989, in part. 386.

in via pregiudiziale appare necessario capire se, a monte, tale modello giudiziale sia ontologicamente consustanziale ai conflitti interorganici, oppure non lo sia.

La necessità di una simile indagine è immediatamente evidente: nel primo caso (laddove lo sia), infatti, è chiaro che ogni tipo di riflessione in proposito finirebbe inevitabilmente per essere depotenziata alla radice; non così nel secondo (laddove, cioè, non lo sia), allorché, per contro, rinverrebbe terreno fertile per potersi esplicitare, eventualmente anche in una prospettiva potenzialmente riformatrice.

4. Le indicazioni provenienti dagli ordinamenti spagnolo, tedesco e austriaco.

Per risolvere l'interrogativo posto, appaiono particolarmente utili le indicazioni che provengono da quegli ordinamenti in cui, come in Italia, è previsto il giudizio sul conflitto interorganico, e cioè Spagna, Germania e Austria.

Così, per quanto concerne l'ordinamento spagnolo, va immediatamente sottolineato che, da un punto di vista procedimentale, il giudizio sui *conflictos entre órganos constitucionales*²¹ non costa di una fase preliminare di ammissibilità.

In realtà, anch'esso, come quello italiano, si scinde in due fasi²², ma tanto la logica sottesa, quanto l'essenza della configurazione bifasica del giudizio, non sono in alcun modo assimilabili: in Spagna, infatti, la prima fase è solamente «conciliativa»²³, «precontenciosa»²⁴.

Si tratta, cioè, di una «fase previa finalizzata alla composizione del conflitto»²⁵, che ha una finalità peculiare, in quanto, lungi dall'essere finalizzata, come in Italia, allo «scarto» di conflitti mal posti, ossia delle «controversie manifestamente avventate»²⁶, è piuttosto preordinata a stimolare la conciliazione tra gli organi in tensione, al fine di evitare, a monte, la stessa insorgenza di possibili conflitti di tipo costituzionale.

²¹ Per una più ampia disamina dell'istituto all'interno dell'ordinamento spagnolo, cfr., tra gli altri, J. GARCÍA ROCA, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1987; J. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1992; M.A. TRUJILLO RINCÓN, *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Madrid, 1995.

²² La *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* (la c.d. LOTC), ossia la fonte che in Spagna disciplina il giudizio in questione, all'art. 73, prevede che l'organo costituzionale che assuma violate le proprie attribuzioni in forza di una data decisione assunta da altro organo tra quelli elencati all'art. 59, par. 1, lett. c), dovrà a esso richiederne la revoca entro il termine di un mese dal momento in cui è venuto a conoscenza dell'atto reputato lesivo, ancor prima di sollevare eventualmente conflitto innanzi al *Tribunal Constitucional*. Solo se, nel termine di un mese dall'interposizione della richiesta, detto organo affermi la propria competenza rispetto all'adozione della decisione contestata, oppure ometta di dare qualsivoglia tipo di riscontro, o, ancora, non revochi l'atto pur riconoscendo l'invasione di competenza, ovvero, infine, soddisfi solo in parte le richieste dell'organo istante, quest'ultimo, nel termine di un mese, potrà allora rivolgersi al giudice dei conflitti.

²³ Così S. BALDIN, *Le "altre funzioni" delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all'Est europeo*, Trieste, 2000, 67.

²⁴ Cfr. P. PÉREZ TREMPES, *Sistema de justicia constitucional*, 2010.

²⁵ L'espressione è ripresa da J. GÓMEZ MONTORO, *La soluzione dei conflitti costituzionali da parte del Tribunal constitucional español*, in *Foro italiano*, 1997, c. 182.

²⁶ In questi termini, rispetto alla fase di ammissibilità, si esprimono G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, Bologna, 1998, 387, e A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2007, 181.

La funzione di filtro rispetto all’accesso al giudizio è assicurata da altre misure – il riferimento è, in particolare, tanto alla predeterminazione soggettiva dei soggetti abilitati al conflitto²⁷, quanto alla limitazione oggettiva degli atti scrutinabili²⁸ – che hanno svolto a dovere il loro compito, se solo si considera che, a oggi, dal momento della sua attivazione (nel 1980) il *Tribunal* ha reso in materia di conflitti solamente cinque pronunce²⁹.

È chiaro, allora, che in contesto come questo, alla luce del livello del contenzioso, alquanto limitato (per non dire, praticamente inesistente), sarebbe stato superfluo introdurre, prima del giudizio di merito, un’apposita fase di ammissibilità sul modello di quella italiana.

Tale fase, per analoghe ragioni, non è contemplata neanche in Germania³⁰, ove, diversamente da quanto accade in Italia (e in Spagna, ma con le dovute precisazioni), il giudizio sui conflitti si svolge unitariamente³¹, in quanto una fase previa di ammissibilità non è stata né originariamente contemplata nel sistema tedesco dei conflitti, né successivamente introdotta.

La ragione di tale opzione va rinvenuta anche in questo caso nei numeri dei ricorsi, i quali, per la loro esiguità, non ne hanno mai imposto lo svolgimento. Invero, esaminando i numeri riportati dalle Relazioni annuali sull’attività giudiziaria del Tribunale costituzionale federale, il dato costante mostra un uso piuttosto accorto dello strumento

²⁷ Ai sensi dell’art. 59, par. 1, lett. c), della LOTC, sono abilitati a sollevare conflitti solamente il Governo, il Congresso dei deputati, il Senato e il Consiglio generale del Potere Giudiziario. Come ha chiarito lo stesso *Tribunal Constitucional* nella sentenza n. 17 aprile 1986, n. 45, l’elenco contenuto nel menzionato articolo dà vita a un *numerus clausus* in alcun modo estendibile.

²⁸ Da un punto di vista oggettivo, va ricordato che ai sensi dell’art. 73 della LOTC è possibile sollevare conflitto allorché taluno degli organi di cui all’art. 59, par. 1, lett. c) «estime que otro de dichos órganos adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las Leyes orgánicas confieren al primero», ossia ritenga che un altro di tali organi abbia adottato “decisioni” in forza di attribuzioni che sono costituzionalmente o legislativamente attribuite al primo, ove nel novero delle “decisioni” si è ritenuto debbano includersi sia gli atti e le deliberazioni, sia le disposizioni di carattere generale (perché, come sottolinea J. GÓMEZ MONTORO, *La soluzione dei conflitti costituzionali*, cit., «le une e le altre possono comportare una lesione dell’ambito di competenze degli altri organi»), ma non anche le pronunce giurisdizionali, con la conseguenza, quindi, che oggetto dei conflitti costituzionali di attribuzione possono essere solamente atti o norme di rango inferiore a quello legislativo

²⁹ Si tratta delle sentenze n. 45/1986, 3 ottobre 2000, n. 234, 12 aprile 2018, n. 34, 29 maggio 2018, n. 44 e 14 novembre 2018, n. 124.

³⁰ Le controversie costituzionali tra, o all’interno di, organi costituzionali della Federazione prendono il nome, in Germania, di *Organstreitigkeiten*, termine con cui si indica, per l’appunto, l’equivalente tedesco dei nostri conflitti interorganici di attribuzione.

³¹ Al riguardo, infatti, la Legge sul Tribunale costituzionale federale (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*), c.d. BVerfGE, al § 64, prevede che, al fine di instaurare correttamente il giudizio, i soggetti legittimati (ossia, ex § 63, l’Assemblea federale, il Cancelliere federale, i Ministri federali e i singoli membri del *Bundestag*, cui vanno aggiunti anche i partiti politici), entro il termine di sei mesi dal momento di intervenuta conoscenza dell’atto od omissione contestati alla base del conflitto, devono presentare al Tribunale la propria domanda, con cui far valere, a pena di inammissibilità, che essi o l’organo cui appartengono sono stati lesi o minacciati da una certa misura per effetto del comportamento attivo od omissivo dell’opponente, in relazione a diritti e doveri loro attribuiti dalla Legge fondamentale.

del conflitto³². Tanto per capire, dal 2005 al 31 dicembre 2019³³, sono solamente 97 i conflitti sollevati³⁴, con una media, all'incirca, di soli 6,5 ricorsi nuovi per anno solare. Un dato quindi molto basso, che risulta poi ancor più significativo se si tiene conto del fatto che, sempre alla predetta data, dopo sessantotto anni di attività (dal 7 settembre 1951), di tutte le questioni sino a quel momento portate all'attenzione del Tribunale di Karlsruhe (pari a 243.494 affari), quelle relative a conflitti interorganici rappresentano addirittura meno del 1,86% del dato complessivo³⁵.

Alla luce di tali dati, sembra, dunque, possibile affermare che la scelta del legislatore tedesco del 1951 di non prevedere una specifica fase preliminare di ammissibilità dei conflitti si sia nel tempo rivelata coerente e perfettamente armonica con il concreto atteggiarsi del relativo contenzioso, rispetto al quale avrebbe finito solamente per integrare un'inutile superfetazione procedimentale.

Lo stesso dicasi, infine, anche per l'ordinamento austriaco, nel quale pure non è contemplata alcuna fase di ammissibilità dei conflitti. Infatti, la disciplina generale valevole per tutti i procedimenti del giudice costituzionale di cui alla *Verfassungsgerichtshofgesetz* (la c.d. c.d.VfGG), per cui ogni giudizio deve svolgersi unitariamente³⁶, si applica anche ai *kompetenzkonflikte*³⁷.

³² Le citate Relazioni sono disponibili per la libera consultazione sul sito istituzionale del Tribunale al seguente link: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/Archiv/Archiv.html> (in lingua tedesca) e <https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresstatistiken/Archiv/Archiv.html> (in lingua inglese).

³³ Si tratta dell'arco temporale che, senza incorrere in errori, consentono di coprire le Relazioni annuali attualmente disponibili alla consultazione sul sito istituzionale del Tribunale costituzionale federale. Da un lato, infatti, la Relazione annuale del 2008, la più risalente disponibile, reca i dati fatti registrare a partire dal 2005, dall'altro, al momento in cui si scrive, l'ultima Relazione pubblicata è quella relativa all'anno 2019.

³⁴ In particolare, sono 10 nel 2005, 5 nel 2006, 6 nel 2007, 6 nel 2008, 2 nel 2009, 3 nel 2010, 9 nel 2011, 14 nel 2012, 14 nel 2013, 4 nel 2014, 7 nel 2015, 6 nel 2016, 1 nel 2017, 5 nel 2018, e 5 nel 2019.

³⁵ Va specificato, infatti, che nella riportata percentuale vanno ricompresi anche i procedimenti relativi ai conflitti tra lo Stato Federale e i *Laender*.

Più nel dettaglio, ad ogni modo, la Relazione annuale 2019, disponibile al seguente indirizzo web https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Statistik/statistics_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=3, riporta i seguenti dati: dal 7 settembre 1951 al 31 dicembre 2019, su 243.494 questioni proposte dinanzi al Tribunale costituzionale federale, 235.057 riguardavano ricorsi costituzionali diretti (96,53%), 3.882 il controllo su norme in forme "astratta" (cioè instaurato in via principale, a prescindere dai casi di applicazione), e "concreta" (ossia instaurato in via incidentale da altre giurisdizioni) (1,59%), 10 il giudizio di costituzionalità dei partiti politici (0,01%), 4.520 «*other types of proceedings, e.g. disputes between the Federation and the Laender (states), disputes between highest federal organs and other constitutional disputes at the federal and Laender level*» (1,86%), tra cui, dunque, i conflitti interorganici tra organi costituzionali, e, infine, 25 altro tipo di procedimenti posti in essere fino al 1960 (0,01%).

³⁶ Per una più compiuta disamina, cfr. R. HUPPMANN, *La giustizia costituzionale in Austria*, in J. LUTHER - R. ROMBOLI - R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Tomo I, Torino, 2000, 155-156.

³⁷ Al riguardo, a venire in evidenza è il § 138, co. 1, della Legge costituzionale federale (la *Bundes-Verfassungsgesetz* o B-VG), ai sensi del quale:

«La Corte di giustizia costituzionale decide inoltre su conflitti di competenza:

a) tra tribunali e autorità amministrative;

b) tra la Corte di giustizia amministrativa e tutti gli altri tribunali, e particolarmente tra la Corte di giustizia amministrativa e la Corte di giustizia costituzionale stessa, nonché tra i tribunali ordinari e gli altri tribunali;

Anche in questo caso, può dirsi che la scelta appare perfettamente ragionevole, dal momento che il contenzioso originato dai conflitti risulta in Austria di assai scarso peso per il giudice costituzionale.

Ancora una volta, sono i numeri a dimostrare l’assunto. Ad esempio, infatti, dal 2001 al 2019, sono stati incardinati solamente 100 conflitti costituzionali³⁸. Le istanze annualmente proposte sono risultate, quindi, davvero contenute³⁹, in quanto, al di là del 2019, ove il numero di ricorsi ha oggettivamente mostrato un aumento (comunque piuttosto contenuto) rispetto all’andamento consolidatosi dagli inizi del nuovo millennio, in tutti gli altri anni il dato dei conflitti proposti si è attestato ben al di sotto del numero di 10⁴⁰.

A fronte di simili numeri, francamente risibili, anche per quello austriaco vale, quindi, quanto già detto a proposito dell’ordinamento spagnolo e tedesco, ossia che la previsione/introduzione da parte del legislatore di una fase preliminare specificamente volta allo scrutinio dei conflitti avrebbe finito solamente per integrare un aggravio procedimentale inopportuno, e tanto più innecessario.

Dato il livello del contenzioso, non sembra, infatti, esservi alcuna necessità di un filtro all’accesso al giudizio della Corte.

5. Considerazioni conclusive.

Le indicazioni che possono ritrarsi dagli ordinamenti stranieri considerati portano, quindi, a concludere nel senso che la configurazione bifasica del relativo giudizio (e, quindi, la specifica previsione di un’apposita fase di ammissibilità) non è elemento che risulta ontologicamente connaturato ai conflitti tra poteri (e quindi necessitato dalla natura della controversia azionata).

Sotto tale profilo, pertanto, la regolamentazione interna del procedimento integra certamente un *unicum*, della cui opportunità può legittimamente disquisirsi.

Nel tentativo di smentire l’assunto, si potrebbe obiettare che mentre in Spagna e in Germania il legislatore ha configurato, a monte, limitazioni soggettive e oggettive

c) tra i Länder fra loro nonché tra un Land e la Federazione».

In particolare, rispetto all’ordinamento in esame rilevano solo i casi considerati alle lett. a) e b) della citata disposizione, giacché sono essi a fondare la competenza della *Österreichische Verfassungsgesichtshof* (la Corte di giustizia costituzionale) in materia di conflitti interorganici.

³⁸ Si fa riferimento a tale arco temporale in quanto specificamente preso in considerazione dalle Relazioni annuali pubblicate sul sito istituzionale dell’*Österreichische Verfassungsgesichtshof*, reperibili al seguente indirizzo web: https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgesichtshof/publikationen/activity_reports.en.html, con limite fissato al 31 dicembre 2019, al fine di garantire il parallelismo con i dati disponibili in relazione all’ordinamento tedesco (cfr. nota n. 33).

³⁹ Sono state, infatti, 4 nel 2001, 5 nel 2002, 3 nel 2003, 4 nel 2004, 4 nel 2005, 2 nel 2006, 2 nel 2007, 7 nel 2008, 3 nel 2009, 2 nel 2010, 6 nel 2011, 8 nel 2012, 1 nel 2013, 3 nel 2014, 4 nel 2015, 10 nel 2016, 5 nel 2017, 3 nel 2018 e 24 nel 2019.

⁴⁰ Sulle cause del sempre più decrescente impegno richiesto al giudice austriaco dei conflitti, v. H. SCHÄFFER, *Giurisdizione costituzionale e conflitti tra poteri legislativi centrali e regionali nell’esperienza austriaca*, *Relazione al Convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti 2006*, in www.assoziazioneideicostituzionalisti.it.

all’accesso al giudizio sui conflitti, istituendosi, dunque, in tal modo una sorta di filtro *a priori*⁴¹, non così è accaduto in Italia, ove l’art. 37 della l. n. 87/1953 risulta avaro di precisazioni in tal senso, tanto da essere toccato alla Consulta, nell’ambito della propria attività, il compito di individuare precisamente quali sono i soggetti legittimati a sollevare conflitto e quali atti possano in quella sede essere contestati⁴².

Simile considerazione, per quanto da non sottostimare, perde, tuttavia, di rilevanza, o quantomeno risulta fortemente depotenziata, se si considera che il livello del contenzioso sui conflitti negli ordinamenti stranieri considerati non risulta affatto dissimile – nonostante l’assenza di analoghi meccanismi di filtro all’accesso – da quello fattosi registrare in Italia.

Ad esempio, infatti, nell’arco temporale 2010 - 2019⁴³, in Italia risultano essere stati proposti solamente 74 conflitti⁴⁴, a fronte dei 68 sollevati in Germania, e dei 66 proposti in Austria⁴⁵.

Sullo specifico punto, sembra, anzi, particolarmente di rilievo evidenziare come, in realtà, una fase di ammissibilità, analoga a quella contemplata in Italia rispetto ai conflitti, sia sì significativamente prevista in Spagna e Germania, ma con riguardo alla differente tipologia di giudizi concernenti i ricorsi costituzionali diretti⁴⁶, rispetto ai quali è, però, giustificata alla luce degli eccezionali numeri fatti annualmente registrare da tali ricorsi⁴⁷. Tenendoli in debita considerazione, ben si comprende come ne vada della stessa tenuta dell’intero sistema di giustizia costituzionale prevedere in seno a tali giudizi una fase preventiva di ammissibilità, che, da un lato, consenta al giudice costituzionale di filtrare le domande in arrivo, evitando un sovraccarico del ruolo, e dall’altro, al contempo, gli

⁴¹ Circa l’ordinamento spagnolo, si può rinviare a quanto già *supra* osservato, in particolare alle note nn. 27 e 28. Per quanto concerne quello tedesco, invece, è appena il caso di rammentare che – come incidentalmente evidenziato *sub* nota n. 31 – da un punto di vista soggettivo, al § 64, la BVerfGE prevede che gli unici soggetti legittimati a sollevare conflitto siano l’Assemblea federale, il Cancelliere federale, i Ministri federali e i singoli membri del *Bundestag* (cui vanno aggiunti anche i partiti politici), mentre sotto il versante oggettivo, ai sensi del combinato tra il § 64, co. 1, BVerfGE e § 67, co. 1, risultano contestabili dinanzi al Tribunale tanto i comportamenti attivi, che si sostanzino in atti, quanto quelli omissivi degli organi interessati.

⁴² Cfr. R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 1, ove viene evidenziata la rinuncia del legislatore costituente a una più precisa delimitazione dei soggetti legittimati al giudizio e delle funzioni in esso difendibili, e la consapevole scelta di lasciare alla giurisprudenza costituzionale il compito di modellare tutte le categorie necessarie nell’esperienza concreta.

⁴³ Si prende in considerazione il periodo in questione, in quanto – come già anticipato nell’ambito della nota n. 33 – è quello che in relazione agli ordinamenti stranieri considerati, è possibile coprire con sicurezza, dal momento che l’ultima Relazione sull’attività del Tribunale costituzionale pubblicata in Germania risale proprio al 2019.

⁴⁴ Di cui, più precisamente: 6 nel 2010, 9 nel 2011, 7 nel 2012, 11 nel 2013, 5 nel 2014, 4 nel 2015, 8 nel 2016, 8 nel 2017, 8 nel 2018, e 8 nel 2019. Il dato si mostra costante anche nell’ultimo triennio, in cui, dalle statistiche ufficiali pubblicate dalla Corte sul proprio sito istituzionale, risultano sollevati solamente 3 conflitti nel 2020, 9 nel 2021 e, infine, 13 nel 2022.

⁴⁵ Questi, infatti, i dati dei conflitti rispettivamente proposti in Italia, Germania e Austria: 2010 (6, 3 e 2); 2011 (9, 9 e 6); 2012 (7, 14 e 8); 2013 (11, 14 e 1); 2014 (5, 4 e 3); 2015 (4, 7 e 4); 2016 (8, 6 e 10); 2017 (8, 1 e 5); 2018 (8, 5 e 3); 2019 (8, 5 e 24).

⁴⁶ In questo caso non si fa riferimento all’Austria, in quanto il relativo ordinamento non contempla questo tipo di competenza del giudice costituzionale.

⁴⁷ Negli anni passati, infatti, in Spagna si è arrivati a registrare anche più di 11.000 *recursos de amparo* proposti annualmente, e in Germania, analogamente, la media è di oltre 6.000 ricorsi diretti l’anno.

permetta di poter adeguatamente svolgere le proprie funzioni mediante lo smaltimento dell’arretrato.

In definitiva, l’impressione finale che emerge dall’analisi posta in essere è che, ancorché *ex ante*, in Italia, in mancanza di un meccanismo diretto di ricorso di costituzionalità alla Consulta, si sia (impropriamente) finito per applicare quella che tipicamente, negli altri sistemi analizzati, è la fase di ammissibilità dei giudizi sui ricorsi costituzionali diretti, alla differente tipologia dei giudizi sui conflitti che, invece, in quegli stessi ordinamenti ne sono privi. Si è, cioè, verificata una curiosa trasposizione – a sommosso avviso di chi scrive non (più) giustificata dai numeri – del procedimento che negli ordinamenti stranieri considerati risulta tipicamente proprio dei ricorsi diretti (e che è caratterizzato dal preventivo vaglio di ammissibilità dei ricorsi) al giudizio sui conflitti, ivi invece regolato unitariamente.

L’aspetto appare degno di considerazione.

Una delibazione preliminare come quella regolata dall’art. 37 della l. n. 87 del 1953 non può avere, infatti, altra funzione se non di deflazione delle controversie.

Ma se è così, ne discende che quando l’impegno quantitativo del giudice non è eccessivo – come si è dimostrato non essere in Italia in materia di conflitti⁴⁸ – perde allora di senso, o quantomeno viene fortemente depotenziata, la sua stessa previsione. E tanto più in un caso come quello in considerazione, in cui la configurazione di una fase previa all’eventuale giudizio di merito neppure risulta caratterizzata dalle garanzie processuali delle parti immanenti al principio del “giusto processo” (*in primis*, e lo si è accennato in apertura, il contraddittorio), e, a maggior ragione, se, proprio in relazione a tale ultima caratteristica, si tiene anche conto della prassi dei c.d. “sconfinamenti nel merito”⁴⁹, ossia della tendenza, non affatto infrequente, della Corte di spendere già in sede di ammissibilità considerazioni afferenti al merito del conflitto sollevato. Si tratta di una pratica questa che dovrebbe essere evitata perché ogni valutazione di merito contenuta nelle ordinanze liminari finisce per dar luogo a un utilizzo “anomalo” e sicuramente inappropriato di una categoria giuridica, quella dell’inammissibilità, che, per contro,

⁴⁸ A dimostrazione dell’assunto, oltre a tutto quanto già rappresentato nel testo, ci si può riferire ai dati statistici pubblicati dalla Corte costituzionale sul proprio sito istituzionale. Gli ultimi a disposizione, pubblicati unitamente alla relazione della Presidente Sciarra del 13 aprile 2023, mostrano, infatti, l’esiguo andamento del giudizio sui conflitti interorganici in rapporto al totale delle decisioni, dal 2008 in poi. Ebbene, nel 2008, le decisioni in sede di ammissibilità hanno integrato solamente il 2,9% del totale delle pronunce assunte dal giudice costituzionale, mentre quelle di merito il 4,99%. Per gli anni seguenti si riscontrano, invece, i seguenti, simili, dati: 2009 (2,63%-3,8%), 2010 (0,8%-2,13%), 2011 (3,22%-5,26%), 2012 (2,21%-1,9%), 2013 (2,45%-4,29%), 2014 (1,74%-3,14%), 2015 (1,44%-1,08%), 2016 (0,68%-3,07%), 2017 (1,42%-1,78%), 2018 (1,98%-1,59%), 2019 (0,34%-1,37%), 2020 (0%-5%), 2021 (1,1%-3,4%), 2022 (0,4%-4%).

In questo stesso senso si esprime anche E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., 225, secondo cui parlare del giudice costituzionale italiano come di una “Corte dei conflitti” risulterebbe eccessivo nell’attuale frangente storico, e addirittura improprio se si sposta l’attenzione dalle istanze presentate ai conflitti effettivamente decisi, sottoponendo così a critica i rilievi di A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 307, che avevano invece parlato di crescente e impressionante vitalità dell’istituto del conflitto, alla luce del crescendo delle pronunce rese dalla Corte.

⁴⁹ L’espressione è mutuata da M. CECCHETTI, *Problemi dell’accesso al giudizio*, cit., 376.

attiene, o quantomeno dovrebbe attenere, esclusivamente all’assenza dei requisiti di procedibilità dell’azione⁵⁰.

Ecco, se si tiene conto anche di questi episodi di *mala gestio* della fase di ammissibilità, si è dell’avviso per cui, definita la questione preliminare legata alla non imprescindibilità ontologica di una fase previa nei giudizi sui conflitti – la cui risoluzione integrava lo scopo della presente indagine – si possa fondatamente introdurre, e discutere, quella legata alla effettiva utilità della fase di ammissibilità dei conflitti e alla sua compatibilità con i precetti costituzionali citati in apertura, al fine di verificare la fattibilità di eventuali proposte di riforma delle previsioni legislative interne che configurano il modello procedimentale a oggi vigente.

⁵⁰ Esempio piuttosto evidente della prassi mostrata dalla Corte di avventurarsi in considerazioni di merito già in sede di ammissibilità è rappresentato dal filone delle ordinanze di inammissibilità rese su conflitti sollevati da singoli parlamentari, inaugurato con l’ordinanza 8 febbraio 2019, n. 17.

In particolare, al termine dell’anno 2022, e a partire dalla pronuncia citata, sono 21 i conflitti sollevati da parlamentari *uti singuli*: si tratta di quelli risolti nel senso dell’inammissibilità con le ordinanze nn. 17/2019 (appunto), 18 dicembre 2019, n. 274, 18 dicembre 2019, 275, 26 marzo 2020, n. 60, 7 maggio 2020, n. 86, 25 giugno 2020, n. 129, 29 luglio 2020, n. 176, 13 agosto 2020, n. 197, 13 aprile, n. 66, 13 aprile, n. 67, 23 settembre 2021, n. 186, 24 settembre 2021, n. 188, 6 luglio 2021, n. 193, 23 dicembre 2021, n. 255, 23 dicembre 2021, n. 256, 20 gennaio 2022, n. 15, 29 marzo 2022, n. 80, 16 giugno 2022, n. 151 (con cui, previa riunione, sono stati decisi due distinti conflitti), 17 giugno 2022, n. 154 e 17 ottobre 2022, n. 212.

Oltre al fatto che nessuno di essi – come anticipato – ha superato il vaglio della fase di ammissibilità, tali conflitti si caratterizzano proprio per le valutazioni di merito che la Corte ha speso già nella fase preliminare, con conseguente “appiattimento”, dunque, delle due fasi di cui si compone il giudizio nell’ambito della prima, che, tra le due, è quella sprovvista delle garanzie processuali tipiche del giusto processo costituzionalizzato.

Sugli sconfinamenti nel merito in relazione a questa tipologia di conflitti, sia consentito rinviare a quanto già evidenziato, a partire dall’ordinanza n. 17/2019 (nonché nelle ordinanze nn. 66/2021 e 67/2021, ivi in commento), in J. FERRACUTI, *La gestione dell’emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico. Prime note sulle ordinanze di inammissibilità nn. 66 e 67 del 2021*, in *ConsultaOnline*, 2/2021, in part. 381 ss.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO:
QUESTIONI ATTUALI E PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

I CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE SOLLEVATI DAI PARLAMENTARI DOPO
L'ORDINANZA N. 17 DEL 2019. PROFILI CRITICI E RIFLESSIONI A MARGINE
DEL PROCEDIMENTO DI *ORGANSTREIT*

SILVIA FILIPPI

SOMMARIO: 1.Premessa. – 2. Conflitto di attribuzione, *Organstreit* e tutela del singolo parlamentare nelle fonti della giustizia costituzionale. – 3. I conflitti di attribuzione sollevati dal parlamentare per presunte lesioni delle proprie prerogative nell'ambito del procedimento legislativo. – 3.1. I conflitti di attribuzione sollevati dal parlamentare per asserite violazioni delle proprie prerogative intese in senso ampio. – 4. Considerazioni finali su un tentativo di riflessione sul conflitto di attribuzione sollevato dal parlamentare alla luce dell'esperienza tedesca.

1. Premessa

L'ordinanza 17 del 2019 della Corte costituzionale ha astrattamente riconosciuto la legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitti di attribuzione¹, così introducendo un nuovo strumento a tutela delle prerogative dei parlamentari, la cui configurabilità, fino a quel momento, non era certa, sia per l'ambiguità di alcune pronunce

¹ Oltre che per il suo portato, l'ordinanza è stata oggetto di indagine per la sua particolare articolazione: nonostante si tratti di una declaratoria di inammissibilità, presenta i tratti di una sentenza, soprattutto nella motivazione, e ne assume anche la forma tipica, suddividendosi in *Ritenuto in fatto* e *Considerato in diritto*. Sulle specifiche problematiche legate al giudizio di ammissibilità, cfr. almeno i recenti lavori di M. ARMANNO, *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi applicative*, Napoli, 2019; J. FERRACUTI, *La «fase» di ammissibilità nel giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Problemi e prospettive*, Napoli, 2023.

fondative della giurisprudenza sui conflitti, che avevano in qualche modo “preparato la strada” agli sviluppi della giurisprudenza, o più o meno lambito la questione², sia per le differenti posizioni espresse dalla dottrina in tale fase, in cui cominciavano a definirsi le caratteristiche salienti della giurisprudenza costituzionale italiana³.

Tale nuovo strumento di tutela è però, fino ad ora, rimasto privo di una utilità concreta, dal momento che la Consulta ha sempre dichiarato inammissibili i conflitti sollevati da singoli parlamentari, non ritenendo mai “evidenti” le asserite lesioni alla sfera di prerogative proprie del singolo parlamentare, che, come si vedrà, sono state lamentate in riferimento a situazioni di natura molto diversa, facendo sorgere, da una parte, una serie di dubbi concernenti la reale effettività di tale evanescente tutela, che rischia di rimanere nel campo della sola teoria e portando, dall’altra, ad interrogarsi sulla reale consapevolezza dei parlamentari nell’accedere a tale strumento. Per esigenze di analisi, i passaggi fondamentali delle ordinanze di inammissibilità, pronunciate in seguito ai ricorsi presentati dai parlamentari, saranno illustrati nell’ambito di due macro-categorie: quella inerente alle asserite violazioni delle prerogative parlamentari nell’ambito del procedimento legislativo e quella delle presunte lesioni delle prerogative parlamentari declinate in senso “ampio”⁴.

L’intento di un lavoro di questo tipo consiste nel proporre una riflessione, muovendo dal piano delle fonti della giustizia costituzionale, sulle linee di tendenza riscontrabili nell’ambito dei conflitti di attribuzione sollevati dai singoli parlamentari, chiedendosi, a fronte dei precedenti, se una tutela siffatta possa rivelarsi effettiva nel nostro ordinamento, e fino a che punto possa essere utile un raffronto con il procedimento di *Organstreit*, tradizionalmente, ma anche recentemente, evocato quando si affrontano tali questioni⁵.

² Dopo tre anni dall’ammissione del primo conflitto tra poteri, la Corte si è pronunciata, con la sent. n. 69 del 1978, nel senso dell’estensione dei soggetti legittimati a sollevare conflitto al Comitato promotore del referendum, aprendo alla riflessione sulla configurazione del parlamentare come potere dello Stato; in Corte cost., sent. n. 379 del 1996, pronunciata su un conflitto tra Camere e g.i.p. e la Procura, avente ad oggetto la pratica “dei pianisti”, compare la questione della legittimazione del parlamentare a sollevare conflitto; nell’ord. di inammissibilità n. 177 del 1998 (seguita da altre dello stesso tenore), un deputato si era rivolto alla Consulta contro un Tribunale; in ord. n. 101 del 2000, alla dichiarazione di inammissibilità di un nuovo conflitto sollevato da un parlamentare contro l’autorità giudiziaria, la Corte sembrava ammettere che egli avesse agito a tutela delle sue attribuzioni. Su questi passaggi, si veda, da ultimo, A. LAURO, *Il conflitto di attribuzioni a tutela del singolo parlamentare. Prospettive e problematiche di una via incerta*, Bari, 2022, 20-36.

³ Cfr., senza pretesa di esaustività: M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, I, II, Milano, 1972; G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979; M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, 1990; N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, Milano, 1991; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano 1992; R. BIN, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.

⁴Cfr. altresì la più articolata suddivisione recentemente adottata da G. RIVOSECCHI, *La legittimazione del singolo parlamentare nei conflitti tra poteri. Ovvero: l’importanza dell’ultimo miglio*, in *Quad. cost.*, 1/2023, 138 ss.

⁵ Fra i “classici”, cfr. almeno: M. MAZZIOTTI, *op. cit.*, I, II, Milano, 1972, *passim*; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 998 ss.; F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1/1967, 716 ss. Hanno di recente richiamato l’esperienza tedesca, in particolare in seguito al dibattito sorto intorno all’ord. n. 17 del 2019 della Corte costituzionale: A. ANZON, *Conflitto tra poteri dello Stato o ricorso individuale a tutela di diritti?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2019, 190; M. MANETTI, *La tutela delle minoranze*

2. Conflitto di attribuzione, Organstreit e tutela del singolo parlamentare nelle fonti della giustizia costituzionale

Non è certo semplice individuare uno specifico approccio, sia pur di massima, del Costituente e del legislatore italiano nel delineare i tratti fondamentali del conflitto di attribuzione. L'art. 134 della Costituzione si limita infatti a stabilire, fra le competenze della Corte costituzionale, quella di giudicare sui conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato, senza fissare i soggetti legittimati a sollevarli, né caratterizzare tale giudizio. Del resto, nei lavori della Costituente, la Corte costituzionale presenta ancora una fisionomia incerta, e ancor più incerta appare la configurazione del conflitto di attribuzione, dal momento che non si era riusciti a prefigurare i rapporti tra poteri, né tantomeno a definire una volta per tutte quali questi poteri fossero. Un'analogia incertezza si riscontra nel legislatore, che, nell'art. 37 della legge n. 87 del 1953⁶, aveva stabilito che possono insorgere conflitti «tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono e per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali». Una formula, si converrà, abbastanza vaga, che rappresenterà tuttavia, come si vedrà a breve, la "porta d'ingresso" per i ricorsi presentati da deputati e senatori.

In questa fase genetica delle fonti della giustizia costituzionale italiana non si era ancora posto il problema della legittimazione attiva del singolo parlamentare a sollevare conflitto, e proprio l'indefinitezza della Costituzione e la formulazione dell'art. 37 della legge n. 87 del 1953 hanno consentito l'apertura successivamente operata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza 17 del 2019⁷. Anche se una parte della dottrina aveva in passato valutato negativamente l'assenza di elementi, sia in Costituzione che nella legge n. 87 del 1953, in grado di delineare con un certo tasso di precisione il profilo del conflitto⁸, l'implicita "clausola aperta"⁹, per cui la giurisprudenza costituzionale si configura come fonte integrativa della legge n. 87, anche per quanto attiene all'individuazione delle parti del conflitto¹⁰, si è rivelata un punto di forza, anziché di debolezza¹¹.

parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta, ivi, 192 ss.; G. BUONOMO, M. CERASE, *La Corte costituzionale ancora irrisolta sul ricorso delle minoranze parlamentari*, in *forumcostituzionale.it*, 13 febbraio 2019, 4-5; A. LAURO, *op. cit.*, 13 ss.; 75 ss.

⁶ V. altresì la relazione progetto di legge alla base della legge n. 87 del 1953: A. TESAURO, *Relazione al disegno di legge*, A. C. I, Doc. 469-A, 17 aprile 1950.

⁷ Su questi passaggi, v. A. LAURO, *op. cit.*, 9-13.

⁸ Cfr. M. MAZZIOTTI, *op. cit.*, I, 107; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 411. Sull'accezione di conflitto accolta dai Costituenti v., di recente, F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri*, Torino, 2019, 36 ss.

⁹ V. in questo senso R. BIN, *op. cit.*, che configura, nel complesso, il conflitto come elemento residuale, di chiusura, nella costruzione del sistema italiano di giustizia costituzionale.

¹⁰ Come rileva A. LAURO, *op. cit.*, 12, nt. 12, la clausola aperta si affianca alla previsione, ex art. 22, co. 2, della legge n. 87 del 1953, del potere regolatorio del proprio processo in capo alla Corte, come succede per le norme integrative.

¹¹ A un livello più generale, che concerne le basi dell'autorità della Corte costituzionale italiana, i suoi rapporti con i giudici ordinari e con la Corte di giustizia, la sua posizione rispetto al Parlamento, lo stile argomentativo e l'"apertura" alla società civile, il *topos* della "debolezza come forza", in una comparazione

Fra i precedenti che possono in qualche modo prefigurare la riconduzione del singolo parlamentare ai soggetti legittimati in base all’art. 37 della legge n. 87 del 1953 si pone sicuramente la sentenza n. 1 del 2013¹², concernente il conflitto promosso dal Presidente della Repubblica contro la Procura, a ragione di alcune intercettazioni fortuite. Al di là dei contenuti della pronuncia, attinenti ai contorni della funzione presidenziale e alla configurazione del conflitto tra Presidente della Repubblica e magistratura¹³, l’elemento processuale consente di valutare gli sviluppi del concetto di potere: dal momento che il capo dello Stato riteneva consistere una interferenza delle sue attribuzioni concretata non da una lesione in senso proprio, ma dalla mera invadenza nell’ambito di riservatezza suo proprio – peraltro ricondotto all’irresponsabilità presidenziale – la sfera delle attribuzioni assume una dimensione molto più ampia rispetto al passato. Le attribuzioni finiscono per comprendere degli ambiti di “autodeterminazione” del soggetto legittimato ad agire, che può quindi ottenere che gli altri poteri agiscano conformemente. Visti questi sviluppi, appare quindi ammissibile che il parlamentare possa agire a tutela del proprio ambito di libertà costituzionalmente garantito, che comprende le sue attribuzioni, in cui non possono ingerirsi altri poteri, come richiesto dall’art. 37 della legge n. 87 del 1953¹⁴.

Guardando invece alle fonti della giustizia costituzionale in Germania, sia i Costituenti che il legislatore hanno fatto ricorso a un approccio completamente diverso rispetto a quelli italiani, nonostante si muovano pressoché nello stesso torno di anni. Concentrandoci sul procedimento assimilabile (ma non in tutto sovrapponibile) al nostro conflitto, si osserva come il procedimento di *Organstreit*¹⁵, in cui il *Bundesverfassungsgericht* è chiamato a giudicare, in base alla Costituzione, sui conflitti sorti tra due organi costituzionali sui diritti e doveri loro propri, viene regolato all’art. 93 I n. 1 della Legge fondamentale tedesca del 1949 e ai §§ 63 e seguenti della legge sul Tribunale costituzionale federale, risalente al 1951¹⁶. Gli organi costituzionali che

con il modello tedesco, è stato recentemente oggetto di analisi in D. PARIS, A. VON BOGDANDY, *La forza si manifesta pienamente come debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020, 9 ss.

¹²A. LAURO, *op. cit.*, 72 ss. L’A. individua dei «bagliori» del fenomeno anche in Corte cost., sent. n. 7 del 1996 e Corte cost., sent. n. 168 del 2013.

¹³I diversi profili della decisione sono stati ampiamente commentati dalla dottrina. Cfr. almeno: A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Rivista AIC*, 1/2013; A. ANZON, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla Giurisdizione*, ivi; F. SORRENTINO, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2013; U. DE SIERVO, *Una buona sentenza a tutela della libertà del Presidente della Repubblica*, ivi; M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, in *Rivista AIC*, 2/2013 e, di recente, F. FABRIZZI, *op. cit.*, 157 ss.

¹⁴A. LAURO, *op. cit.*, 75.

¹⁵Tra le molte decisioni in cui il Tribunale costituzionale si sofferma sulla natura del procedimento di *Organstreit*, si veda 2BVE 4/12, 15 luglio 2015, in cui si afferma che si tratta di « un procedimento in contraddittorio fra ricorrente e resistente [...] attraverso il conflitto interorganico si delimitano reciprocamente le competenze degli organi costituzionali o di loro parti nell’ambito di un rapporto giuridico costituzionale e non si opera un controllo di costituzionalità oggettiva su una determinata azione dell’organo da esso indipendente».

¹⁶Tale procedimento affonda le sue radici nella tradizione germanica, e in particolare nello *Staatsgerichtsbarkeit*, un tipo di giudizio concernente la valutazione della conformità dell’agire dei supremi organi dello Stato rispetto al diritto. Sul punto, cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das*

possono essere parte del conflitto sono indicati nella Legge fondamentale e nella legge sul Tribunale costituzionale federale, nell'intento di scongiurare i problemi derivanti da una formulazione troppo generica, già sperimentati in epoca weimariana, nell'ambito di un procedimento analogo¹⁷. L'art. 93 I n. 1 della Legge fondamentale indica, fra i soggetti legittimati al conflitto, gli organi supremi federali e le altre parti dotate di diritti propri, in base alla Legge fondamentale o al regolamento di procedura di un organo supremo federale. Gli sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale dimostrano però l'impossibilità di fissare una volta per tutte i soggetti che possono essere parte del giudizio: il Tribunale costituzionale, interpretando le disposizioni costituzionali in materia, ha infatti messo a punto ulteriori criteri di individuazione, che hanno consentito di estendere il novero delle parti legittimate¹⁸. Tale elemento conferma che il Tribunale costituzionale, anche nello svolgere tale peculiare funzione nella risoluzione dei conflitti, «non è una creatura della Costituzione stessa, ma piuttosto della sua successiva evoluzione¹⁹».

I singoli parlamentari, comunque, rientrano fra le parti legittimate secondo le fonti della giustizia costituzionale tedesca, rientrando nella categoria delle “parti di organo”, a meno che non agiscano per difendere i diritti derivanti dal proprio *status* (in questo caso rientrerebbero nella categoria “altre parti interessate”). Il Tribunale costituzionale si esprime sulla questione nella sua seconda decisione sui conflitti, riconoscendo infatti la legittimazione attiva al parlamentare che intenda difendere i propri diritti e poteri, il quale non può invece sostituirsi alla Camera di appartenenza, a meno che la lesione dei diritti del *Bundestag* implichi una lesione anche dei diritti propri del suo *status*²⁰. Va comunque sottolineato che, anche in questo caso, la giurisprudenza ha man mano interpretato in senso più ampio i diritti dei singoli parlamentari alla luce del principio del libero mandato²¹. I parlamentari sono quindi legittimati a sollevare il conflitto qualora venga lesa la loro posizione costituzionalmente garantita, in particolare in relazione alla pubblicità del dibattito e all'effettività della partecipazione al procedimento legislativo. La tutela prevista è rivolta specificamente al parlamentare, ed è quindi indipendente rispetto a quella apprestata al gruppo o al partito di appartenenza. Tutte queste condizioni concorrono a configurare tale tipologia di giudizio promossa dal singolo parlamentare come un rimedio specifico per tutelare il proprio *status* di organo costituzionale

Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren Entscheidungen, München, 2018, 64; R. GROTE, *Der Verfassungsorganstreit. Entwicklung, Grundlagen, Erscheinungsformen*, Tübingen, 2010, 7 ss.

¹⁷ M. MAZZIOTTI, *op. cit.*, I, 113-114.

¹⁸Cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOH, *op. cit.*, 66 ss. In italiano, sulla questione: S. FILIPPI, *Il procedimento di Organstreit: il Bundesverfassungsgericht come interlocutore necessario degli attori politici*, in G. REPETTO, F. SAITTO (cur.), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, Napoli, 2020, 92 ss.

¹⁹F. MEINEL, *Germany's Dual Constitution. Parliamentary Democracy in the Federal Republic*, London, 2021, 61.

²⁰ 2BVE 4/52, 7 marzo 1953.

²¹ Fra le molte decisioni, si veda 2 BvE 1/11, 22 settembre 2015, in cui vengono citate anche le precedenti sentenze del tribunale costituzionale attinenti alla questione. In dottrina, v. per tutti: M. MORLOK, *Art. 38*, in H. DREIER (cur.), *GG Kommentar*, II, Tübingen, 2015, Rn. 169.

indipendentemente considerato²², conseguendone, d’altra parte, che la tutela di diritti fondamentali “residuali” venga esercitata mediante il ricorso diretto individuale.

Va inoltre sottolineato che, una delle caratteristiche del procedimento di *Organstreit*, di impensabile “esportazione” nel sistema di giustizia costituzionale italiano, consiste nella sua ipotetica sovrapposibilità con altri procedimenti²³, quali il controllo astratto, il ricorso diretto o il ricorso cautelare: il primo si configura come procedimento oggettivo a tutela della Costituzione, che può essere attivato anche da soggetti politici (soprattutto dalle minoranze); il secondo tutela chiunque lamenti una lesione dei diritti fondamentali da parte della pubblica autorità; il terzo è un intervento d’urgenza che può essere richiesto al Tribunale costituzionale dai soggetti legittimati a proporre ricorso individuale, tra cui i parlamentari. In determinati frangenti, per far valere la medesima violazione od omissione possono quindi essere parallelamente attivati più procedimenti da parte di soggetti diversamente legittimati²⁴.

A questo punto, al fine di dare una maggiore concretezza alle valutazioni concernenti l’opportunità di un raffronto fra i profili che caratterizzano il nostro conflitto di attribuzione e il procedimento di *Organstreit*, saranno analizzate le ordinanze di inammissibilità pronunciate dalla Consulta sui ricorsi dei singoli parlamentari, in modo da valutare “sul campo” le potenzialità dell’apertura operata dalla Corte costituzionale con l’ordinanza 17 del 2019.

3. I conflitti di attribuzione sollevati dal parlamentare per presunte lesioni delle proprie prerogative nell’ambito del procedimento legislativo

L’ordinanza 17 del 2019, “capostipite” del filone giurisprudenziale oggetto dell’analisi, in cui la Corte costituzionale, proseguendo nella direzione inaugurata da alcune decisioni precedenti²⁵, ha riconosciuto per la prima volta al singolo parlamentare la legittimazione a sollevare il conflitto, è stata adottata in seguito alla presentazione di

²² Cfr. 2 BvR 508/01, 2 BvE 1/01, 30 luglio 2003, in cui si afferma che, in linea di principio, l’*Organstreit* è la sede propria per la tutela dei diritti connaturati allo status di parlamentare. Invece, secondo C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, München 1991, § 7 Rn. 12; T. MAUNZ, H. H. KLEIN, *Art. 93*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (cur.), *Grundgesetz-Kommentar*, 6, München, 2013, Rn. 11, il parlamentare agirebbe comunque in quanto parte di un altro organo costituzionale.

²³ Per un inquadramento delle principali vie di accesso al Tribunale costituzionale, in italiano, v. G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in G. REPETTO, F. SAITTO (cur.), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, cit., 7 ss.; F. SAITTO, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, ivi, 43 ss.

²⁴ In questo senso, si pensi alle sentenze sul Trattato di Maastricht e sul Trattato di Lisbona. In italiano, v. S. FILIPPI, *op. cit.*, 102-103. Su Tribunale costituzionale tedesco e Unione Europea, v. P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all’Unione Europea: l’egemone riluttante*, in G. REPETTO, F. SAITTO (cur.), *op. cit.*, 191 ss.

²⁵ Cfr. le ordinanze n. 177 del 1998, n. 225 del 2001, n. 277 del 2017 e n. 163 del 2018.

un ricorso a tutela delle prerogative del parlamentare nell'ambito del procedimento legislativo²⁶.

Sebbene la vicenda sia nota, si ritiene debba essere brevemente richiamata: i senatori ricorrenti avevano sollevato conflitto di attribuzione, ritenendo che le modalità attraverso cui si era giunti all'approvazione della legge di bilancio per il 2019 avrebbero integrato una violazione delle loro prerogative. Le ridotte tempistiche di esame del disegno di legge, unitamente alla posizione, da parte del Governo, della questione di fiducia sul maxi-emendamento sostitutivo del testo, avrebbero leso il loro diritto di partecipare al procedimento legislativo, nonché il loro diritto a presentare progetti di legge ed emendamenti e il diritto di prendere parte all'esame dei progetti di legge. La Corte si è premurata di delimitare l'ambito delle situazioni che consentono al parlamentare di sollevare il conflitto, sottolineando che la violazione delle prerogative parlamentari debba essere «manifesta» e che debba verificarsi una «sostanziale negazione o un'evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al ricorrente²⁷», non ritenuta sussistente nel caso di specie. La Corte, pur aprendo ai conflitti sollevati dal parlamentare, resta molto cauta, essendo ben consapevole del fatto che, se avesse riconosciuto un abuso del procedimento legislativo tale da determinare la violazione asserita, si sarebbe presentato il conseguente problema dell'annullamento, sebbene i ricorrenti non lo avessero richiesto, della legge 145 del 2018.

Le successive ordinanze 274 e 275 del 2019, pur ribadendo la legittimazione del singolo parlamentare a sollevare il conflitto a tutela delle proprie prerogative, hanno dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi presentati avverso la presunta lesione causata dall'inserimento di un articolo eterogeneo in fase di conversione del decreto-legge 135 del 2018 e, in uno dei due casi, anche dalla posizione della questione di fiducia²⁸. La Corte ha rilevato che, in realtà, il confronto parlamentare non era mancato e la presunta eterogeneità dell'emendamento inserito non poteva essere lamentata nella sede del conflitto di attribuzioni. Tale ultima ipotesi avrebbe costituito infatti un "abuso" del conflitto, configurando un'alternativa via di accesso alla Corte per l'impugnazione di leggi e atti con forza di legge.

L'ordinanza 60 del 2020 rappresenta, invece, una ulteriore puntata della «saga della legge di bilancio²⁹», in cui la Corte, dichiarando l'inammissibilità dei ricorsi, presentati da due gruppi dell'opposizione³⁰ relativamente all'*iter* di approvazione della legge di

²⁶L'ordinanza 17 del 2019 rappresenta «l'ultima tappa dell'evoluzione giurisprudenziale» dei conflitti sul procedimento legislativo: per un'analisi dei «tentativi precedenti» v. F. FABRIZZI, *op. cit.*, 92 ss. e riferimenti ivi citati.

²⁷Ord, n. 17 del 2019, punto 3.5 del cons. in dir.

²⁸Fra i commenti alle due ordinanze: G. PICCIRILLI, *Vizi formali della legge e conflitto di attribuzioni sollevato da singoli parlamentari: in un vicolo cieco?*, in *Quad. cost.*, 1/2020, 144 ss.; F. FABRIZZI, *Le ordd. 274 e 275/2019 su conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato sollevati da singoli parlamentari. Dialogando con l'ord. 17/2019*, in *Oss. AIC*, 2/2020; R. DICKMANN, *L'illegittimità delle norme intruse dei decreti-legge tra conflitto di attribuzione promosso da singoli parlamentari e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Federalismi*, 2/2020, nonché, di recente: G. RIVOCCHI, *op. cit.*, 141 ss.; E. LA FAUCI, *I conflitti sollevati dai parlamentari a seguito dell'ordinanza n. 17/2019: tanto rumore per nulla?*, in *Oss. AIC*, 4/2021, 156 ss.

²⁹E. LA FAUCI, *op. cit.*, 161.

³⁰Fra i numerosi commenti a questa ordinanza, seguito "ideale" dell'ord. 17 del 2019, in quanto concernente la legge di bilancio, cfr. M. MANETTI, *Il conflitto promosso dai parlamentari si rivela una*

bilancio per il 2020, conferma l’orientamento adottato l’anno prima, pur con l’effetto di restringere ulteriormente la recente apertura. Viene infatti sottolineato che le alterazioni del procedimento legislativo possono trovare bilanciamento con le esigenze di tempestività proprie delle leggi in materia economica e di bilancio. Va inoltre rilevato che, sebbene la Corte non abbia ammesso il conflitto sollevato dai gruppi, non ha recisamente escluso l’eventualità di accoglimento di un loro futuro ricorso.

L’ordinanza 197 del 2020 è stata invece pronunciata su un conflitto inerente al procedimento di approvazione della legge di conversione del decreto-legge che prevedeva il rinvio, dovuto alla pandemia, delle scadenze elettorali, e, in particolare, del referendum costituzionale sulla riduzione dei parlamentari e delle elezioni regionali. Il ricorso proposto dal parlamentare, utilizzato in modo «congiunturale»³¹, lamentava la lesione delle proprie prerogative relativamente a diversi profili, che però attenevano, come rilevato dalla stessa Consulta, a valutazioni più di natura politica che giuridica. A ciò si aggiunga che il parlamentare non aveva argomentato in alcun modo relativamente a come le proprie prerogative fossero state violate nell’ambito del procedimento legislativo.

Anche le ordinanze 66 e 67 del 2021 possono ascrivere alle pronunce su ricorsi concernenti presunte violazioni delle prerogative dei parlamentari nell’ambito del procedimento legislativo³², dal momento che i due ricorrenti avevano sollevato conflitto contro il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Governo e, uno di loro, anche della Camera e del Senato, in relazione a tutti i d.P.C.M. e agli atti volti a rispondere all’emergenza pandemica. I parlamentari chiedevano altresì alla Corte di auto-sollevare la questione di legittimità costituzionale dei quattro decreti-legge, e delle loro leggi di conversione, attraverso cui erano stati attribuiti al Presidente del Consiglio poteri emergenziali³³. Come facilmente prevedibile, la Corte non ha riscontrato alcuna lesione delle prerogative parlamentari, in quanto ai ricorrenti non era stato precluso il confronto, come anche dimostrato, in particolare, dal fatto che fosse stato espresso voto contrario alla legge di conversione di uno dei decreti-legge impugnati. Da tali ricorsi emerge, quindi, l’intenzione dei parlamentari di aver voluto “strumentalmente” utilizzare il conflitto per avanzare delle censure d’incostituzionalità nei confronti dei provvedimenti attraverso cui il Governo aveva inteso affrontare l’emergenza pandemica.

La dichiarazione di inammissibilità del ricorso promosso da un senatore nei confronti del Senato e della Commissione bilancio in riferimento alle decisioni del Presidente di Assemblea di non ammettere quattro emendamenti di contenuto quasi analogo, presentati in sede di conversione di decreti-legge, ha suscitato invece qualche

trappola. Dalla tutela degli interna corporis alla modifica tacita della Costituzione, in *Giur. cost.*, 2/2020, 722 ss.; R. DICKMANN, *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere... ma non dei gruppi parlamentari (nota a Corte cost., ord. 26 marzo 2020, n. 60)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 90 ss.; M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l’invalidabile soglia del controllo di ammissibilità*, in *Oss. AIC*, 4/2020, 195 ss.; G. RIVISECCHI, *op. cit.*, 138 ss.

³¹ C. CARUSO, *Uso e abuso del conflitto tra poteri: inammissibili i ricorsi in tema di referendum costituzionale ed elezioni regionali*, in *Quad. cost.*, 4/2020, 826 ss.

³² G. RIVISECCHI, *op. cit.*, 146 ss. definisce i conflitti da cui sono scaturite le ord. 66 e 67 del 2021; le ord. 255 e 256 del 2021; l’ord. 15 del 2022 e l’ord. 212 del 2022, «conflitti del regime emergenziale».

³³ Cfr. J. FERRACUTI, *La gestione dell’emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico. Prime note sulle ordinanze di inammissibilità nn. 66 e 67 del 2021*, in *Consulta Online*, 2/2021, 439 ss.

perplexità³⁴. Secondo il ricorrente, il suo potere di emendamento sarebbe stato leso in quanto gli emendamenti presentati erano stati dichiarati inammissibili o improponibili, senza che ve ne fossero i presupposti. Nell'ordinanza 186 del 2021 la Corte ha però ricondotto l'ipotetica violazione delle prerogative del parlamentare ad una esclusiva violazione di norme e prassi regolamentari³⁵. In un contesto così delineato, appare di certo molto ridotto lo spazio per un eventuale intervento del giudice costituzionale nei conflitti sollevati dai parlamentari in relazione alla menomazione delle loro prerogative nell'ambito del procedimento legislativo. Questo era forse un caso in cui sarebbe stato auspicabile che la Corte ammettesse il ricorso, fornendo ulteriori elementi per meglio delineare le violazioni che integrano una lesione delle prerogative del parlamentare.

Anche sull'ordinanza 188 del 2021 è stato espresso qualche dubbio sull'approccio utilizzato dalla Corte³⁶: questa volta il deputato ricorrente lamentava il radicale impedimento nell'esercizio delle sue prerogative costituzionalmente previste, ricorrendo nei confronti della Camera e del suo Presidente, contro la decisione di non ammettere la presentazione in Aula di un progetto di legge. Per il ricorrente, il fatto che il Presidente di assemblea avesse considerato inammissibili una parte dei contenuti del disegno di legge, nonché rilevato che alcuni articoli avrebbero dovuto invece essere presentati in un disegno di legge costituzionale, avrebbe concretizzato la violazione degli articoli 71 comma 1, 72 e 67 della Costituzione. La prima questione concerneva quindi il potere di iniziativa legislativa sussistente in capo al parlamentare, che, come sostenuto dalla maggior parte della dottrina, si concretizza al momento dell'instaurazione del procedimento, mentre, la seconda, riguarda il controllo di ammissibilità svolto dal Presidente di assemblea, che deve limitarsi agli aspetti formali e non può trasformarsi in una sorta di controllo preventivo di costituzionalità³⁷. Pronunciandosi nel senso dell'inammissibilità, la Consulta ha inquadrato invece il potere di iniziativa legislativa nell'ambito dei regolamenti e delle prassi parlamentari, riconoscendo che il controllo di ammissibilità degli atti di iniziativa legislativa rientra nel novero degli strumenti presidenziali diretti a garantire un regolare procedimento legislativo. Anche in questo caso, ammettendo il ricorso, la Corte costituzionale avrebbe forse potuto contribuire a una più definita individuazione delle prerogative del parlamentare nell'ambito del procedimento legislativo.

L'ordinanza 151 del 2022 si inserisce, da ultimo, fra quelle decisioni di inammissibilità in cui la Corte è intervenuta per evitare che i parlamentari utilizzassero lo strumento del conflitto, lamentando la lesione delle loro prerogative nell'ambito del procedimento legislativo, per attaccare invece le presunte patologie, o il merito, dei decreti-legge. Il caso di specie concerneva infatti il conflitto sollevato da alcuni

³⁴G. RIVOSECCHI, *op. cit.*, 142-143.

³⁵La Corte costituzionale, nell'ordinanza 17 del 2019, aveva invece assimilato il potere di proporre emendamenti all'iniziativa legislativa garantita dalla Costituzione.

³⁶Cfr. G. FAMIGLIETTI, *Presidente di assemblea "giudice" (della costituzionalità) o "arbitro" (della vita parlamentare)? (nota a Corte cost. ord. n. 188 del 24 settembre 2021)*, in *Consulta Online*, 1/2022, 75 ss.; G. RIVOSECCHI, *op. cit.*, 143 ss.

³⁷Dal momento che, nella sentenza 379 del 2003, la Corte aveva ritenuto giustiziabile il controllo operato dal Presidente di assemblea, sarebbe stato auspicabile un controllo nel merito, poiché il vaglio presidenziale è stato in questo caso piuttosto incisivo.

parlamentari nei confronti del Governo e delle Camere in relazione alle modalità di approvazione di un disegno di legge di conversione di un decreto-legge che vedeva, tra i suoi contenuti, delle disposizioni sull'amministrazione straordinaria di Alitalia. In particolare, i ricorrenti, pur utilizzando il conflitto per denunciare una violazione di prerogative che, pur se sussistente, avrebbe comunque interessato la Camera di appartenenza, intendevano contestare l'azione del Governo, che non aveva trasmesso la decisione della Commissione europea e da cui sarebbe peraltro derivata l'impossibilità per l'intera Assemblea, e non per uno o più parlamentari, di essere a conoscenza del contenuto di essa.

La giurisprudenza fin qui esaminata dimostra la ritrosia della Corte costituzionale nell'individuare una lesione delle prerogative dei parlamentari nell'ambito del procedimento legislativo. Se, da una parte, in alcune situazioni appare particolarmente ostico distinguere i diritti del parlamentare dai diritti della Camera di appartenenza, dall'altra, come dimostrato dall'ordinanza 60 del 2020 o dall'ordinanza 188 del 2021, sarebbe stato forse preferibile che il ricorso almeno superasse il vaglio di ammissibilità, sì da avere maggiori elementi per delineare la sfera dei diritti che la Corte, con l'apertura operata dall'ordinanza 17 del 2019, ha inteso tutelare. Alla luce di questo, si può affermare che la successiva giurisprudenza concernente le presunte menomazioni subite dai parlamentari nell'ambito del procedimento legislativo ha mantenuto la natura «compromissoria³⁸» della prima ordinanza della Corte che ha (forse) inaugurato una nuova stagione per la tutela dello *status* di parlamentare.

3.1. I conflitti di attribuzione sollevati dal parlamentare per asserite violazioni delle proprie prerogative intese in senso ampio

La seconda macro-categoria delle ordinanze di inammissibilità pronunciate dalla Corte su ricorsi presentati da singoli parlamentari copre invece la materia di quei conflitti sollevati per lamentare le violazioni, intese in senso ampio, delle proprie prerogative.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità, con le ordinanze 86, 129 e 176, dei rispettivi ricorsi presentati da singoli parlamentari, a ragione della mancata individuazione delle attribuzioni lese. La Consulta, con l'ordinanza 86 del 2020³⁹, non ha ammesso il ricorso di un senatore contro l'assegnazione di un seggio vacante in Sicilia ad una candidata dell'Umbria. Il punto su cui riflettere maggiormente concerne le delibere delle Camere relative sull'assegnazione dei seggi vacanti, e, in particolare, se queste possano determinare una violazione dei diritti dei parlamentari. La risposta è negativa, dal momento che non vengono compromesse le prerogative dei singoli parlamentari, che la Corte ha individuato nel diritto di parola, di proposta e di voto. Piuttosto, come concorre a dimostrare la richiesta di auto-sollevamento della questione di legittimità costituzionale

³⁸L'espressione è di N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *Federalismi*, 20 febbraio 2019.

³⁹ Cfr. A. LAURO, *L'integrità numerica delle Camere alla prova del conflitto fra poteri: la risposta negativa del singolo parlamentare*, in *Giur. cost.*, 3/2020, 1125 ss.; E. LA FAUCI, *op. cit.*, 168 ss.

rispetto alla legge 165 del 2017, il vero intento del ricorrente era quello di focalizzare l'attenzione sulle problematiche legate alla legge elettorale.

Un successivo conflitto, su cui la Corte costituzionale si è pronunciata con l'ordinanza 129 del 2020, era stato invece sollevato da un deputato che aveva subito un'intercettazione ambientale disposta dalla Procura, lamentando la violazione della sua immunità parlamentare. La Corte ha quindi, come facilmente prevedibile, dichiarato l'inammissibilità del ricorso, dal momento che aveva in più occasioni affermato che deve essere la Camera di appartenenza del deputato a sollevare conflitto a tutela della garanzia prevista dall'articolo 68, co. 3 Cost.

L'ordinanza 176 del 2020, così come la 197, di cui si è detto nel paragrafo precedente, concerne una questione connessa al referendum costituzionale sul "taglio" dei parlamentari. In particolare, secondo il parlamentare che aveva sollevato il primo conflitto, la riduzione del numero delle circoscrizioni estero avrebbe leso le sue prerogative, nonché quelle degli elettori non residenti nel nostro Paese. Nonostante il ricorrente ritenesse sussistente la sua legittimazione in quanto la violazione denunciata avrebbe riguardato il procedimento legislativo, gli argomenti presentati avevano ad oggetto la riforma costituzionale e non il suo procedimento di approvazione, focalizzandosi sul principio della rappresentanza democratica. Pertanto, la Corte non ha potuto che rilevare che le censure mosse dal ricorrente non avessero attinenza con le prerogative proprie del parlamentare e dichiarare l'inammissibilità. In tale ordinanza, sembra⁴⁰ tuttavia che la Corte intenda in modo meno rigido il criterio della manifesta evidenza della lesione lamentata, nella parte in cui afferma che il ricorrente, nella fase di ammissibilità, debba solo motivare la ridondanza delle violazioni asserite, senza provare minimamente la presunta manifesta violazione.

È stato inoltre ritenuto di inserire l'ordinanza 193 del 2021 fra quelle in cui veniva lamentata, da parte del parlamentare, la violazione di sue prerogative intese in senso ampio, in quanto il ricorrente qui aveva sollevato conflitto contro il Presidente del Senato relativamente alle direttive sui criteri di redazione degli atti di sindacato ispettivo, considerate in violazione dei suoi poteri di controllo politico⁴¹. La Consulta ha riconosciuto che i poteri in oggetto rientrassero fra le attribuzioni costituzionali dei parlamentari⁴², ma ha utilizzato le stesse argomentazioni delle decisioni di inammissibilità pronunciate nell'ambito dei conflitti sollevati per censurare le lesioni del potere di presentare emendamenti e proposte di legge. La Corte ha quindi esteso l'ambito di ciò che rientra nel campo del regolamento e non può pertanto essere oggetto di un ricorso per conflitto.

Le ordinanze 255 e 256 del 2021 e 15 e 212 del 2022 sono state invece pronunciate su ricorsi di deputati e senatori concernenti l'organizzazione, intesa in senso lato, dei lavori in aula nel corso della pandemia⁴³. Le ordinanze 255 e 256, in particolare, sono

⁴⁰ Come sottolinea G. RIVOCCHI, *op. cit.*, 142.

⁴¹ Cfr. G. RIVOCCHI, *op. cit.*, 146. L'A. inserisce invece le sue considerazioni sulla decisione nello stesso paragrafo in cui tratta dei conflitti sul procedimento legislativo.

⁴² Cfr. Corte cost., sent. n. 379 del 2003, cui rinvia la stessa Corte.

⁴³ Cfr. G. RIVOCCHI, *op. cit.*, 147 ss.; T. GIUPPONI, *Autonomia delle Camere e green pass: porte oramai sbarrate al ricorso del singolo parlamentare?*, in *Quad. cost.*, 1/2022, 158 ss.; A. LAURO, *Nessun*

seguite ai conflitti sollevati, contro il Governo e la Camera di appartenenza, da parlamentari che asserivano la violazione delle prerogative parlamentari da parte delle deliberazioni di adeguamento alla normativa emergenziale dei Collegi dei Questori, che avevano previsto il possesso del *green pass* per partecipare ai lavori parlamentari. La Consulta ha sottolineato che le Camere dispongono di una propria autonomia anche nell’aggiornare il proprio ordinamento rispetto alle previsioni sul *green pass* e pertanto la disciplina prevista per i lavoratori pubblici, che era stata richiamata dai parlamentari ricorrenti, non poteva essere utilizzata per ricavare argomenti a supporto della presunta violazione delle prerogative parlamentari. La Corte ha dichiarato quindi l’inammissibilità del ricorso, sia per questo profilo, sia relativamente alla presunzione di una menomazione dovuta all’obbligo del *green pass* per prendere parte ai lavori parlamentari attraverso deliberazioni interne di Camera e Senato e non invece attraverso modifiche regolamentari. Gli atti adottati rientrano nell’autonomia propria delle Camere nell’interpretazione dei regolamenti, che già consentono al Presidente di assemblea di proporre, in casi gravi, l’adozione di sanzioni.

L’ordinanza 15 del 2022 ha dichiarato l’inammissibilità di un ricorso sollevato da alcuni parlamentari residenti in Sicilia e Sardegna nei confronti del Governo, in quanto ritenevano che la disposizione del decreto-legge che obbligava chi dovesse usufruire dei mezzi pubblici ad avere il *green pass* rafforzato avrebbe ostacolato deputati e senatori non vaccinati nel raggiungere il Parlamento, con il risultato di menomare le loro attribuzioni, e, in particolare, la loro partecipazione all’attività legislativa e all’elezione del Presidente della Repubblica. La Corte ha ritenuto che i ricorrenti non avessero provato la violazione delle loro prerogative costituzionali, in particolare perché la disposizione asseritamente lesiva non riguardava specifiche attribuzioni dei parlamentari, colpite solo indirettamente. Spetta invece alle Camere la garanzia delle prerogative parlamentari, anche alla luce degli impegni politico-parlamentari prospettati, seppur sempre coerentemente al quadro normativo.

L’ultima ordinanza pronunciata su conflitti concernenti prerogative parlamentari intese in senso ampio, che si possono collocare nel contesto pandemico, è la 212 del 2022. La Corte si è risolta anche questa volta nel senso dell’inammissibilità di un ricorso contro il Parlamento in seduta comune, in cui si contestava la violazione del diritto-dovere di partecipare all’elezione del Presidente della Repubblica, in quanto la parlamentare ricorrente, priva del necessario *green pass* per accedere in Parlamento, non era stata ammessa ad esercitare il voto negli spazi esterni della Camera, predisposti per i parlamentari positivi al Covid-19 o in quarantena. Anche in questo caso, il ricorso presentato è stato utilizzato strumentalmente da parte della parlamentare, per contestare la normativa adottata per il contenimento della pandemia e l’organizzazione “emergenziale” dei lavori parlamentari. La decisione si pone in linea con le altre, dirette a salvaguardare l’autonomia delle Camere, peraltro mostrando in controluce l’ispirazione “politica” del ricorso.

parlamentare è un’isola: green pass ed elezione del Presidente della Repubblica, in lacostituzione.info, 22 gennaio 2022.

L’ordinanza 154 del 2022 è stata, da ultimo, pronunciata in seguito a un ricorso in cui dei deputati avevano sollevato un conflitto di attribuzione avverso delle decisioni dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, inerenti alla proroga legislativa delle concessioni balneari⁴⁴, che avrebbero leso le loro prerogative parlamentari in riferimento alla possibilità di definire liberamente lo spazio di discrezionalità affidato al legislatore, sia sotto il profilo della definizione dei principi che debbono ispirare le gare, sia nella possibilità di modulare nel tempo l’applicazione della normativa europea. La Corte ha affermato che l’eventuale lesione della funzione legislativa non avrebbe comunque intaccato le prerogative del singolo parlamentare, bensì quelle dell’intera Assemblea parlamentare. Il ricorso è risultato inoltre inammissibile sotto altri profili.

Da tale seconda macro-categoria di ordinanze, che abbiamo artificialmente ritagliato sì da dare una continuità all’analisi della giurisprudenza sui conflitti sollevati dai parlamentari, affiorano risultanze analoghe a quelle mostrate dallo studio della prima macro-categoria. La Corte mostra un atteggiamento di prudenza, sintomatico del fatto che ritiene il conflitto sollevato dai parlamentari una *extrema ratio* nell’ambito degli strumenti posti a presidio delle sue prerogative. Va tuttavia rilevata, come emerge dai ricorsi a monte delle ordinanze considerate, una certa disinvoltura da parte dei parlamentari nell’utilizzare impropriamente lo strumento del conflitto, con effetti deleteri sulla sua configurazione, che non si è ancora consolidata.

A fronte della giurisprudenza esaminata, pare quindi opportuno sviluppare alcune riflessioni sul rendimento del conflitto di attribuzione sollevato dai parlamentari, riprendendo il discorso precedentemente avviato rispetto all’opportunità di un raffronto di tale modello con quello invece adottato in Germania.

4. Considerazioni finali su un tentativo di riflessione sul conflitto di attribuzione sollevato dal parlamentare alla luce dell’esperienza tedesca

Il conflitto di attribuzione, nel nostro ordinamento, è stato tradizionalmente posto in confronto con il procedimento di *Organstreit*. Tuttavia, a partire dalla differente configurazione delle fonti della giustizia costituzionale che regolano tali procedimenti nei due ordinamenti, si è cercato di dimostrare che, per operare determinati accostamenti, è sempre necessaria una certa dose di cautela. Per quanto riguarda, nello specifico, i ricorsi sollevati dal parlamentare, si è posta l’attenzione sulla recente giurisprudenza costituzionale italiana, dal momento che, contrariamente a quanto avvenuto nell’esperienza tedesca, in cui il parlamentare è legittimato al conflitto fin dagli albori della giustizia costituzionale, da noi è stato riconosciuto come soggetto rientrante tra quelli previsti dall’art. 37 della legge n. 87 del 1953 solo dal 2019.

La prima osservazione sulla giurisprudenza successiva all’ordinanza 17 del 2019 riguarda il *leitmotiv* della Corte sulla mancata legittimazione dei singoli parlamentari a far valere le prerogative della Camera di appartenenza, potendo adire il giudice dei

⁴⁴Cfr. A. LAURO, *Lido Montecitorio, ovvero l’abuso del conflitto fra poteri a tutela delle concessioni balneari*, in *lacostituzione.info*, 18 maggio 2022.

conflitti solo quando dimostrino di essere stati lesi nelle *proprie* prerogative costituzionali. Da una parte, leggendo alcune decisioni, si sarebbe auspicato che la Corte avesse varcato la soglia dell’ammissibilità, in modo da conferire maggiore consistenza a un diritto che, evanescente com’è, rischia di non poter essere giustiziabile. Ci si riferisce, in particolare, ai conflitti sollevati per presunte lesioni delle prerogative dei parlamentari nell’ambito dell’iter di approvazione della legge di bilancio, o a quei conflitti che, a prescindere dagli specifici casi, avrebbero consentito di meglio precisare il possibile impatto dei poteri dei Presidenti delle Camere sull’esplicarsi dei poteri del parlamentare nell’ambito del procedimento legislativo. Ciò non significa che la Corte avrebbe potuto accogliere determinati ricorsi, ma che sarebbe stato almeno opportuno fornire nella fase di merito – sebbene alcune ordinanze di inammissibilità siano piuttosto articolate nella parte motiva – ulteriori elementi per identificare la sfera di attribuzioni del singolo parlamentare, che, nei fatti, assai spesso finiscono per scolorare in quelle della Camera di appartenenza, tanto è vero che appare difficile capire dove terminino le une e inizino le altre, o che a volte sembrano essere schiacciate dal peso dell’autodichia.

D’altra parte, è pur vero che si registra la tendenza per cui alcuni parlamentari utilizzano lo strumento del conflitto come mezzo improprio per contestare il merito di certe normative, o per porre l’attenzione su determinate situazioni, che nulla hanno a che vedere con le proprie prerogative costituzionali. Tale meccanismo è tutt’altro che innocuo: dal momento che la fisionomia del conflitto di attribuzione promosso dai parlamentari è ancora in fase di assestamento, una prassi di questo tipo finisce per generare una diffusa percezione negativa dello strumento, da alcuni visto come un “surrogato” del ricorso diretto, da altri come un ulteriore mezzo di battaglia politica. Nulla di più lontano dalle premesse dell’ordinanza 17 del 2019, che intendeva invece aprire un nuovo spazio di tutela costituzionale.

Tornando a un confronto con l’esperienza tedesca, il primo dato da tenere in considerazione è quello della residualità del nostro conflitto di attribuzione rispetto al giudizio di costituzionalità delle leggi sollevato in via incidentale. La Consulta ammette il conflitto tra organi in relazione ad atti legislativi e atti con forza di legge solo in via eccezionale, nei casi in cui rappresenti il rimedio per fornire una tutela immediata ed efficace. Si osserva comunque che, a partire dalla prima decisione nel merito del conflitto, risalente al 1975, la frequenza dei conflitti è rimasta piuttosto bassa. Nel corso degli anni la giurisprudenza costituzionale ha contribuito alla definizione dei “poteri”, come dimostra appunto l’apertura ai ricorsi sollevati dai singoli parlamentari, tenendo conto di un sistema di rapporti politici molto articolato. Stando alla copiosa giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, ogni singolo deputato del *Bundestag* ha il diritto di rivolgersi al Tribunale costituzionale contro provvedimenti che incidono la sua autonoma posizione giuridica come garantita dalla Costituzione. Il giudizio di *Organstreit* si inserisce quindi in un disegno costituzionale differente dal nostro, al punto che le medesime istanze possono essere presentate da soggetti legittimati a titolo diverso e attraverso procedimenti differenti: ciò non impedisce al Tribunale costituzionale federale di pronunciarsi con un’unica sentenza, permettendo così di parlare di «osmosi» fra procedimenti. Le differenti tipologie di ricorso ed i casi da cui scaturiscono sono infatti

alla base di quello che si profila come un controllo sulla costituzionalità dell'ordinamento complessivamente inteso⁴⁵.

Il fatto che il Tribunale costituzionale prenda in esame in sede di conflitto un atto legislativo non costituisce inoltre un'eccezione: può dichiarare la legittimità o meno di atti, condotte, omissioni, indifferentemente, senza però abrogare o dichiarare nullo un determinato provvedimento o obbligare il resistente a porre in essere un certo comportamento. E su tale questione si può fare un confronto con quanto affermato nel n.1 cons. in dir. dell'ordinanza 17 del 2019, in cui era stato dichiarato inammissibile il ricorso «suicida⁴⁶» dei trentasette senatori proprio perché non vi era richiesto di procedere all'annullamento degli atti ritenuti lesivi delle prerogative.

Quanto alla delimitazione dell'ammissibilità dal punto di vista oggettivo, nell'ordinamento tedesco la violazione del regolamento o delle prassi del *Bundestag* non determina di per sé l'illegittimità di un atto, a meno che non vengano violate anche norme costituzionali. Il Tribunale costituzionale garantisce ai parlamentari la possibilità di confrontarsi su un disegno di legge, ma non integra di per sé una violazione delle prerogative la riduzione dei tempi per il confronto parlamentare. Nel caso in cui, invece, si assista ad una totale compressione del confronto, si concretizza invece una radicale incompatibilità rispetto al principio per cui la decisione assunta dal parlamentare deve essere libera e autonoma. In questo senso, la giurisprudenza costituzionale italiana sui conflitti, per cui la Corte ritiene irrilevante oltre alla violazione di norme e prassi regolamentari, qualsiasi violazione delle prerogative costituzionali derivanti dallo *status* di parlamentare che non risulti manifesta o evidente, si pone sulla stessa linea.

Quanto alla legittimazione attiva del singolo parlamentare, prevista nel sistema tedesco fin dalle origini, in quello italiano si configura come un'evoluzione, e per certi versi un'eccezione, nell'ambito di uno strumento, quello del conflitto di attribuzione, nato con una fisionomia profondamente diversa rispetto all'*Organstreit*. Tale ultimo procedimento si presenta invece come uno strumento complementare rispetto ad altri, che, come dimostrato da diverse vicende, consente di "attaccare" su più fronti i profili inerenti al diritto europeo. Negli ultimi anni si è assistito all'intensificarsi del ricorso all'*Organstreit*, che sta assumendo sempre più l'aspetto di una *strategic litigation*. Schema, quest'ultimo, che nella nostra realtà non potrebbe mai funzionare, sia per ragioni "strutturali" del nostro conflitto, sia per il diverso profilo della nostra Corte costituzionale, particolarmente cauta nell'intervenire in questioni che presentano un elevato tasso di politicità. Va comunque rilevato che, in Germania, da diversi anni si sta discutendo molto sul ruolo del Tribunale costituzionale nell'ordinamento costituzionale, e, in particolare, sul suo essere «senza limiti⁴⁷». In un contesto politico e sociale sempre più complesso, il controllo del Tribunale costituzionale sui processi decisionali parlamentari può infatti presentarsi come un problema, dal momento che gli equilibri della peculiare forma di governo parlamentare tedesca, forgiata dalla Legge Fondamentale, appaiono sempre più

⁴⁵ K. SCHLAICH, *Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica federale di Germania*, in *Quad. Cost.*, 1982, 565 ss., 573.

⁴⁶ A. PACE, *Un ricorso suicida*, in *Giur.cost.*, 1/2019, 180 ss.

⁴⁷ M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 2011.

instabili⁴⁸. Le istituzioni alla base della democrazia nata nel secondo dopo-guerra, cioè a dire, i partiti di massa, il Tribunale costituzionale e la Cancelleria federale, sono oggi coinvolti in una serie di dinamiche che i Costituenti non potevano immaginare, da cui nasce la necessità di una nuova riflessione sulla configurazione dell'ordinamento costituzionale.

In ultima analisi, il modello tedesco sembra racchiudere più rischi che virtualità: le diverse vie d'accesso al Tribunale costituzionale implicano il rischio che tale organo, in particolare a fronte di un progressivo indebolimento dei partiti, possa diventare una sorta di "terza Camera": oggi non c'è infatti alcuna grande decisione politica che non passi da Karlsruhe.

⁴⁸F. MEINEL, *op. cit.*, 68-69.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

I DECRETI DEL PRESIDENTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE:
L’EMERGERE DI UNA NUOVA FONTE ATIPICA DEL DIRITTO PROCESSUALE
COSTITUZIONALE?

LORENZO MADAU

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La prima fase della “nuova stagione”: i decreti presidenziali come fonte emergenziale del diritto processuale costituzionale. – 3. Una breve panoramica di diritto comparato: le misure adottate dagli altri Tribunali costituzionali e supremi per far fronte all’emergenza da COVID-19. – 4. La seconda fase della “nuova stagione”: i decreti presidenziali come fonte della disciplina di dettaglio rispetto alle Norme integrative. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. Premessa

Lo scopo del presente contributo è quello di esaminare un fenomeno recente nell’ambito dell’evoluzione degli strumenti di autonormazione della nostra Corte costituzionale, collegato a un tipo di provvedimento, il “decreto del Presidente della Corte costituzionale”, che - a ragione - non è mai stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina.

Nei principali manuali di giustizia costituzionale, infatti, a tale proposito non si trova molto di più della riproposizione di quanto prescrive, al riguardo, l’art. 18, comma 2, della legge n. 87 del 1953¹, il quale a sua volta si limita ad affermare laconicamente

¹ Cfr., ad esempio, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 170; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2021, 72, 126; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di*

che “I provvedimenti del Presidente sono adottati con decreto”. Si tratta, dunque, dell’atto monocratico tipico con il quale si esprimono i poteri del Presidente di organizzazione, impulso e coordinamento delle attività della Corte.

Le Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale presentano alcuni esempi di atti presidenziali che, coerentemente con la previsione generale della legge n. 87 sopra ricordata, sono adottati nella forma del decreto, come, ad esempio, l’ammissione delle opinioni degli *amici curiae* (art. 6, comma 3), la fissazione della data dell’udienza pubblica (art. 10) o la convocazione della Corte in camera di consiglio (artt. 11 e 24).

I decreti, pertanto, per più di sessant’anni sono stati pacificamente utilizzati «per meri fini organizzatori interni alla Corte»² e ai suoi lavori, nell’ambito dei poteri presidenziali di impulso e coordinamento attinenti sia all’attività giurisdizionale che a quella amministrativa dell’organo.

La scelta di occuparsi, in questa sede, proprio di tale tipologia provvedimento è dovuta, allora, alla volontà di mettere in luce come di recente, in particolare a partire dall’emergenza dovuta alla pandemia di COVID-19 esplosa nel 2020, essa abbia conosciuto una notevole e inattesa fortuna, vivendo una vera e propria “nuova stagione”, per così dire, che ne ha visto mutare in buona misura la sua stessa natura.

Questa nuova stagione dei decreti presidenziali, tuttavia, può essere a sua volta già suddivisa in due fasi ben distinte: la prima fase si identifica nel periodo della gestione emergenziale dei giudizi costituzionali da parte della Corte nel pieno della pandemia, corrispondente in linea di massima al biennio 2020-2021.

La seconda fase, invece, è quella post-emergenziale, segnata dal ritorno all’ordinaria gestione delle attività giurisdizionali della Corte e, soprattutto, da due riforme delle Norme integrative, quella di cui alla deliberazione del 22 luglio 2021, con cui è stato introdotto il “processo costituzionale telematico”, e quella di cui alla deliberazione del 24 maggio 2022, che ha modificato le modalità di svolgimento e discussione dell’udienza pubblica.

2. La prima fase della “nuova stagione”: i decreti presidenziali come fonte emergenziale del diritto processuale costituzionale

Di fronte all’esplosione della pandemia da COVID-19 sul territorio italiano, la Corte costituzionale ha saputo reagire in modo tempestivo ed efficace, adottando le misure volta per volta più idonee al fine di contemperare le esigenze di continuità delle proprie attività con quelle di contenimento della diffusione di un virus fino a poco prima sconosciuto all’uomo.

Lo strumento principe attraverso cui la Corte ha scelto di gestire tale fase emergenziale, dettando le misure cui si accennava, è stato proprio il decreto presidenziale,

giustizia costituzionale, Torino, 2022, 173; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, 2018, 36.

² Così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 173.

evidentemente ritenuto - grazie all'agilità e alla continua rivedibilità dovute alla sua natura monocratica - particolarmente adatto allo scopo di rimodellare costantemente le attività dell'organo in base all'evoluzione del quadro epidemiologico.

Invero, dopo la delibera del 9 marzo 2020, con cui la Corte, nella fase più critica dell'emergenza sanitaria, aveva disposto il rinvio di tutte le udienze pubbliche di marzo, tra il 12 marzo 2020 e il 16 marzo 2021 si è assistito a ben dieci decreti presidenziali³, rivolti a dettare - aggiornandola continuamente - una disciplina eccezionale e temporanea delle modalità di svolgimento delle attività della Corte⁴.

In ordine di tempo, il primo decreto adottato dall'allora Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, è stato quello del 12 marzo 2020, il quale dettava poche e semplici misure, ma che rappresentavano già delle novità ragguardevoli per i giudizi costituzionali.

Con tale provvedimento, infatti, la Corte ha avviato un primo esperimento di telematizzazione dei processi costituzionali, consentendo il deposito di atti e memorie processuali, ad esclusione degli atti introduttivi del giudizio, tramite invio in formato elettronico, a mezzo di posta elettronica certificata (PEC), presso un indirizzo della cancelleria della Corte appositamente creato.

Ciò che qui più rileva sottolineare è che si trattava, come dichiarava espressamente il decreto stesso, di una deroga agli artt. 6 e 10 delle Norme integrative che, nella versione allora vigente, prevedevano un'unica modalità di deposito di atti e memorie processuali, da effettuarsi fisicamente presso la cancelleria della Corte e in formato cartaceo.

Lo stesso decreto apriva le porte sia a successivi ulteriori provvedimenti, finalizzati a regolare le attività della Corte durante l'emergenza pandemica facendo uso della «propria autonomia e tenuto conto della specificità dei procedimenti che si svolgono innanzi ad essa»⁵, sia alla possibilità di valutare l'applicazione ai giudizi costituzionali delle disposizioni emergenziali dettate dal legislatore in tema di giustizia amministrativa con l'art. 3 del decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11.

Tra queste due possibili strade, la Corte ha poi ribadito sempre la prima, ritenendo più idoneo, in considerazione dei caratteri di specificità e unicità dei suoi giudizi rispetto alle comuni attività giurisdizionali, ricorrere a una disciplina frutto dei suoi poteri di autoregolamentazione.

³ I decreti presidenziali "emergenziali" sono consultabili sul sito *web* della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it), nella sezione relativa ai comunicati stampa. Particolarmente utile è anche l'apposita sezione del sito *web* della rivista *Consulta OnLine* - visionabile al seguente link: https://www.giurcost.org/cronache/cronache_dalla_Corte2022.html - dove sono stati raccolti tutti i principali provvedimenti adottati dalla Corte per far fronte all'emergenza da coronavirus.

⁴ Sulla disciplina emergenziale dei processi costituzionali, v.: A. CERRI, *Il processo costituzionale nell'emergenza del coronavirus*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2020, 2299 ss.; P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta OnLine*, 1/2020; M. TROISI, *Il processo costituzionale nella fase dell'emergenza: tra omologazione necessaria e rivendicazione della propria autonomia*, in *Federalismi.it*, 18/2020; F. DAL CANTO, *Il sistema giustizia alla prova dell'emergenza pandemica, tra forme e sostanza*, in *Rivista AIC*, 2/2021, 110 ss.; P. COSTANZO, L. TRUCCO, *La giustizia costituzionale italiana si vaccina contro l'infezione da Covid-19*, in AA.VV., *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, in *Federalismi.it*, 4/2022, 292 ss.; sia consentito anche L. MADAU, *La magistratura e la Corte costituzionale di fronte all'emergenza sanitaria*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione*, Pisa, 2020, spec. 177 ss.

⁵ Cfr. decreto del 12 marzo 2020.

Così, il 24 marzo 2020 la Presidente della Corte, in questo caso «su conforme avviso espresso dal Collegio», come indicato nella premessa del provvedimento secondo una formula che verrà ripresa in quasi tutti i provvedimenti successivi, ha adottato un nuovo decreto, prevedendo stavolta una serie di misure organiche di notevole impatto, volte a “reinventare” temporaneamente le modalità di svolgimento delle attività della Corte alla luce dell'emergenza.

Innanzitutto, si è previsto che, per permettere ai giudici di continuare a riunirsi collegialmente e, così, di portare avanti i lavori della Corte senza doversi recare fisicamente al Palazzo della Consulta, la partecipazione degli stessi alle camere di consiglio, nonché a ogni altra riunione della Corte, potesse avvenire anche mediante collegamento da remoto, avvalendosi delle piattaforme telematiche di videoconferenza, con la specificazione che il luogo da cui i giudici si fossero collegati sarebbe stato «considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge».

Per quanto concerne le udienze pubbliche, invece, la Corte ha preferito non ricorrere, per il momento, alla videoconferenza e, a partire dall'udienza del 7 aprile, ha previsto ancora il loro rinvio a nuovo ruolo, ma stavolta con due importanti eccezioni.

In primo luogo, la Corte si è lasciata la possibilità di disporre, per mano del Presidente e sentito il Collegio, la trattazione immediata in udienza pubblica, qualora questa si fosse resa necessaria per «questioni di eccezionale gravità e urgenza»⁶.

In secondo luogo, si è disposto che, se richiesto concordemente da tutte le parti del giudizio, la Corte, invece di rinviare la trattazione, avrebbe potuto procedere direttamente alla decisione della questione in camera di consiglio. In tal caso, dunque, la decisione sarebbe arrivata senza alcuna discussione orale della causa e sulla sola base degli atti scritti depositati. A tal fine, la richiesta di procedere alla decisione in camera di consiglio doveva esser fatta pervenire alla cancelleria della Corte per iscritto, anche mediante invio di PEC, entro il termine perentorio di sei giorni liberi prima dell'udienza, ed entro lo stesso termine le parti avevano facoltà di depositare brevi note⁷.

Infine, il provvedimento confermava quanto già disposto con il decreto del 12 marzo in merito al deposito telematico di atti e memorie in deroga alle ordinarie modalità previste dalle Norme integrative.

Con il graduale miglioramento del contesto epidemiologico sul territorio nazionale, il 20 aprile 2020 la Presidente della Corte, anche in tal caso «su conforme avviso espresso

⁶ Si trattava di una formula abbastanza generica, ma con cui probabilmente la Corte guardava alla possibilità che, dalla preoccupante sovrapposizione di competenze e di atti adottati da organi ed enti diversi nella gestione della crisi sanitaria, potessero sorgere controversie istituzionali di particolare rilievo (nelle forme di un giudizio di costituzionalità in via principale o tramite conflitto di attribuzione), bisognose di una loro tempestiva ricomposizione in via giudiziale

⁷ In tal modo, la Corte ha evitato i problemi che aveva posto l'introduzione del c.d. “procedimento cartolare coatto”, prevista dal decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 per i processi amministrativi, raggiungendo un apprezzabile bilanciamento tra due esigenze confliggenti: da un lato, quella di preservare l'ordinaria procedura che passa, di regola e salvo i casi di camera di consiglio previsti dalla normativa, per la discussione orale della causa in pubblica udienza, essendosi previsto il rinvio delle udienze a un momento successivo, in cui il loro svolgimento fosse tornato ad essere possibile; dall'altro, il rispetto dell'interesse delle parti a una celere definizione delle questioni, qualora esse avessero dovuto ritenere che il ritardo della decisione avrebbe potuto provocare loro un danno e che, comunque, non avrebbero avuto molto da aggiungere nella discussione orale rispetto a quanto già argomentato negli atti scritti.

dal Collegio» in pari data, ha adottato un nuovo decreto che, ritenendo maturi i tempi per un progressivo ritorno alla normalità, ha provveduto ad aggiornare e rimodellare le misure emergenziali precedenti, stabilendone di nuove, destinate ad avere validità a partire dal 5 maggio e fino al 30 giugno 2020.

Con tali misure, sono state confermate la possibilità per i giudici di partecipare da remoto a riunioni interne e camere di consiglio, la facoltà di procedere alla trattazione immediata dei casi di eccezionale gravità e urgenza, nonché la possibilità di depositare in via telematica gli atti e le memorie processuali, ma è stata introdotta una ragguardevole novità riguardante le cause fissate per la discussione in udienza pubblica.

Il decreto, infatti, ha eliminato la misura generale del rinvio a nuovo ruolo, prevedendo, come nuova regola, quella della decisione allo stato degli atti, senza discussione orale (ma con l'invio di brevi note aggiuntive), già introdotta nel provvedimento del 24 marzo. Anche in questo caso, tuttavia, veniva prevista un'eccezione rimessa all'iniziativa delle parti: qualora anche una sola parte ne avesse fatto richiesta – da far pervenire alla cancelleria e a tutte le altre parti, per iscritto, entro il termine perentorio di dieci giorni liberi prima dell'udienza – la causa sarebbe stata trattata in udienza pubblica, ma con la partecipazione di giudici e avvocati "da remoto", tramite strumenti di videoconferenza, come già previsto per le camere di consiglio del Collegio⁸. In tal modo, anche la Corte introduceva per i propri giudizi, come già aveva fatto il legislatore per i giudizi comuni, l'udienza telematica.

Nell'estate del 2020, mentre il Paese assisteva alla progressiva riapertura della gran parte delle attività, anche il decreto presidenziale dell'8 giugno 2020, su conforme avviso del Collegio, disponeva, a partire dall'udienza pubblica del 9 giugno 2020, «nei casi in cui l'udienza pubblica si svolge con collegamento da remoto», il ritorno della presenza del pubblico presso la sede della Corte costituzionale, «nel rispetto delle misure di prevenzione sanitaria vigenti» e con ragionevoli limiti numerici e procedurali.

Successivamente, il decreto presidenziale del 23 giugno 2020, adottato, con formula ormai consolidata, «su conforme avviso espresso dal Collegio in data 22 giugno 2022», ha previsto, in primo luogo, che, a partire dall'udienza del 7 luglio 2020, le udienze pubbliche tornassero a svolgersi nelle modalità tradizionali, con la presenza fisica di giudici e avvocati presso la sede della Corte, ovviamente nel rispetto delle misure di prevenzione sanitaria, nonché con la presenza del pubblico, pur con le limitazioni quantitative e procedurali già previste dal precedente decreto dell'8 giugno.

In secondo luogo, a partire dal 1° luglio venivano ripristinate anche le ordinarie modalità di deposito degli atti processuali, da effettuarsi nuovamente secondo le disposizioni delle Norme integrative, ovvero presso la cancelleria della Corte e in formato cartaceo.

⁸ In tal caso, il decreto disponeva, da un lato, che il luogo dal quale i giudici «si collegano è considerato [...] aula di udienza a tutti gli effetti di legge»; dall'altro, che l'udienza pubblica «è celebrata senza toga e in assenza del pubblico» e che «[l]a pubblicità è assicurata mediante la verbalizzazione a cura del Cancelliere, nonché mediante la registrazione e la successiva pubblicazione delle registrazioni nel sito informatico istituzionale della Corte costituzionale».

Con l'autunno e la nuova “ondata” di contagi, come noto, tornarono anche le misure governative di contenimento e, similmente, i decreti del Presidente della Corte, nel frattempo divenuto Mario Rosario Morelli.

A seguito di un caso di infezione da COVID-19 e della chiusura della sede di Palazzo della Consulta, con decreto del 1° ottobre 2020 è stata disposta la riattivazione dell'indirizzo PEC emergenziale per la trasmissione degli atti processuali, nuovamente consentita in deroga alle modalità ordinarie di cui alle Norme integrative. In questo caso, tuttavia, il decreto, nelle sue premesse, era privo della formula sopra più volte riportata relativa al previo conforme avviso del Collegio.

Cinque giorni più tardi, il 6 ottobre 2020, il Presidente ha adottato un nuovo decreto, in cui stavolta ritornava la formula «su conforme avviso espresso dal Collegio in data 5 ottobre 2020», con il quale, oltre a confermare la facoltà di deposito telematico degli atti, veniva disposto che «[a] partire dall'udienza pubblica del 20 ottobre 2020 e fino al 31 gennaio 2021, in parziale modifica del decreto presidenziale del 23 giugno 2020, la partecipazione dei giudici e degli avvocati alle udienze pubbliche potrà avvenire anche mediante collegamento da remoto e senza toga, in caso di certificata impossibilità a recarsi presso la Corte per ragioni legate all'emergenza epidemiologica e previa autorizzazione del Presidente».

Già alla luce di questi primi decreti dell'autunno 2020, dunque, si può notare come il ricorso al decreto presidenziale, quale strumento per dettare misure temporanee sulle modalità di svolgimento dei giudizi costituzionali, non sia stato un fenomeno confinato dalla Corte a una “istintiva” risposta emergenziale alla prima e più imprevedibile fase della pandemia di COVID-19 della primavera 2020. Esso, invece, appare il frutto di una scelta ponderata e costantemente ribadita dalla Corte, anche a distanza di mesi dal primo ricorso emergenziale ai decreti, quando il tempo intercorso le avrebbe permesso, qualora lo avesse voluto, di scegliere di percorrere anche altre strade, come quella delle delibere collegiali. Peraltro, si tratta di una scelta che viene confermata, senza soluzione di continuità, anche a fronte dell'avvicendamento di giudici diversi nel ruolo di Presidente, come visto.

Così, il 30 ottobre è il momento di un nuovo decreto presidenziale, adottato, su conforme avviso del Collegio in pari data, in considerazione della necessità di «ulteriori e più pressanti misure per far fronte all'emergenza epidemiologica da COVID-19». Tale provvedimento, oltre a confermare le misure di cui al decreto 6 ottobre 2020, ne disponeva la parziale modifica, in particolare con riguardo alla possibilità di partecipazione da remoto alle udienze di giudici e avvocati, che, a partire dall'udienza del 3 novembre 2020, veniva resa possibile sulla base della semplice richiesta.

Infine, nella primavera 2021, a fronte della c.d. “terza ondata”, guidata dalla diffusione delle nuove varianti del coronavirus, meritano di essere segnalati altri due decreti adottati dal Presidente della Corte, carica a cui nel frattempo era assunto Giancarlo Coraggio.

Con il primo, datato 16 marzo 2021, venivano riproposte e prorogate le medesime misure del precedente decreto di ottobre ma, a differenza di questo, veniva vietata *in toto* la partecipazione del pubblico alle udienze (ferma restando la pubblicità delle stesse,

garantita dalla verbalizzazione, dalla registrazione e dalla successiva pubblicazione online).

In data 18 maggio 2021, invece, un nuovo decreto presidenziale confermava nuovamente le misure più volte ricordate, consentendo di nuovo la partecipazione del pubblico alle udienze, entro il numero massimo di venti persone.

Con riguardo a questi due decreti del Presidente Coraggio, si segnala un elemento di difformità rispetto ai precedenti.

Nelle premesse del decreto del 16 marzo 2021, infatti, si affermava che lo stesso veniva adottato «sentiti i Giudici costituzionali», con formula che, almeno formalmente, faceva riferimento al solo “ascolto” del Collegio, e non più al loro conforme avviso.

Ancor più evidente il distacco dai precedenti del decreto del 18 maggio 2021, il quale, da un punto di vista formale, appare quale provvedimento adottato in autonomia dal solo Presidente, mancando in tal caso ogni riferimento a un coinvolgimento del Collegio.

Con tale decreto, in ogni caso, si chiude la stagione dei decreti “emergenziali”, a causa sia del progressivo miglioramento del contesto sanitario a partire dall’estate 2021, sia del fatto che, con la deliberazione del 22 luglio 2021, la principale innovazione disposta dalle misure emergenziali, ovvero la modalità di deposito telematico degli atti processuali, era stata ormai pienamente codificata all’interno del *corpus* delle n.i.

3. Una breve panoramica di diritto comparato: le misure adottate dagli altri Tribunali costituzionali e supremi per far fronte all'emergenza da COVID-19

Al termine dell’esame dei decreti “emergenziali” adottati nel biennio 2020-2021, appare interessante aprire una breve parentesi di diritto comparato, al fine di esaminare le misure prese da altri Tribunali costituzionali e supremi, nel pieno della pandemia da COVID-19, con lo scopo di adattare le modalità di svolgimento dei propri giudizi alle esigenze di tutela della salute e contenimento dei contagi⁹.

a) Partendo dal *Tribunal Constitucional* spagnolo, la prima misura emergenziale di carattere generale adottata dallo stesso è rappresentata dall’*acuerdo* del *Plenum* del 16 marzo 2020¹⁰, ai sensi dell’articolo 10.1.n della *Ley Orgánica 2/1979*¹¹, con il quale è

⁹ Particolarmente utili, ai fini di uno studio di tal fatta, si rivelano sia la sezione “Segnalazioni sull’attualità costituzionale straniera” del Servizio Studi della Corte costituzionale - Area studi di diritto comparato, raggiungibile al seguente collegamento ipertestuale: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSegnalazioni.do>; sia il seguente studio, effettuato e pubblicato dallo stesso Ufficio della Corte: P. PASSAGLIA (a cura di), *Emergenza sanitaria e svolgimento del processo da remoto*, Corte costituzionale, Servizio Studi Area di diritto comparato, in <https://www.cortecostituzionale.it>. V. anche: R. TARCHI (a cura di), *L’emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, Atti del Seminario del Dottorato in Scienze giuridiche “Teoria dei diritti fondamentali, Giustizia costituzionale, Comparazione giuridica” Università di Pisa – 8 maggio 2020, in *Riv. Gruppodipisa*, Quad. n. 1/2020.

¹⁰ Il cui testo è visionabile sul sito web del *Boletín Oficial del Estado*, al seguente link: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3805>.

¹¹ Il quale prevede che il *Plenum* del *Tribunal* sia competente anche «[d]e cualquier otro asunto que sea competencia del Tribunal pero recabe para sí el Pleno, a propuesta del Presidente o de tres

stato sospeso il computo dei termini processuali e amministrativi durante la vigenza del *Real Decreto* n. 463/2020, che aveva dichiarato lo stato di allarme su tutto il territorio nazionale per gestire la situazione di crisi sanitaria.

Tuttavia, tale sospensione, da un lato, non pregiudicava la possibilità di presentare i ricorsi o altri atti documentali che interessassero i processi costituzionali o i procedimenti amministrativi attraverso il Registro elettronico, di cui il Tribunale si era dotato già dal 2016¹² e accessibile dalla sede elettronica dello stesso; dall’altro, non comprometteva il funzionamento del *Tribunal*, che avrebbe continuato a emanare pronunce e ad adottare le misure cautelari necessarie, nei processi costituzionali che lo richiedessero, «*en garantía del sistema constitucional y de los derechos fundamentales y libertades públicas*».

Con *acuerdo* del 6 maggio 2020¹³, inoltre, il Collegio ha stabilito che i termini che erano stati sospesi con l’*acuerdo* di marzo avrebbero ripreso a decorrere dall’inizio dal primo giorno feriale successivo a quello in cui fosse stata revocata la più generale sospensione dei termini processuali e amministrativi decisa dal *Real Decreto* n. 463/2020.

Il Tribunale spagnolo, d’altronde, a differenza della nostra Corte, non ha dovuto occuparsi di affrontare la questione delle modalità di svolgimento delle proprie udienze, dal momento che, come noto, i suoi giudizi si svolgono pressoché esclusivamente in forma scritta¹⁴. Invero, anche durante l’emergenza epidemiologica non si registrano casi di udienze celebrate da remoto.

b) Per quanto concerne la Francia, invece, le misure emergenziali per i giudizi di competenza del *Conseil constitutionnel* non sono state adottate da quest’ultimo, bensì dal legislatore statale che, con la legge organica n. 2020-365 del 30 marzo 2020, aveva previsto la possibilità di derogare, fino al 30 giugno 2020, al termine trimestrale entro cui *Conseil d’État* e *Cour de cassation* possono deferire una *question prioritaire de constitutionnalité* al *Conseil constitutionnel*, nonché al termine di pari durata entro cui quest’ultimo deve pronunciarsi¹⁵. D’altra parte, in Francia la telematizzazione degli atti processuali era già a regime¹⁶, sicché non si sono resi necessari adeguamenti in tal senso.

c) In Germania, il Tribunale costituzionale federale ha pubblicato un comunicato stampa in data 19 marzo 2020¹⁷, con cui rendeva noto di aver adottato una serie di misure

Magistrados, así como de los demás asuntos que le puedan ser atribuidos expresamente por una ley orgánica».

¹² Il registro elettronico è stato introdotto e disciplinato con *Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional* del 15 settembre 2016 ed è reperibile al seguente collegamento ipertestuale: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/BOE-A-2016-11054.pdf>.

¹³ Pubblicato sul Bollettino Ufficiale dello Stato in pari data e leggibile al seguente link: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4882.

¹⁴ L’art. 85, *apartado* 3 de la *Ley Orgánica* 2/1979, come modificato dalla *Ley Orgánica* 6/2007, prevede tuttavia che «*El Pleno o las Salas podrán acordar la celebración de vista oral*».

¹⁵ V. al riguardo P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta OnLine*, 1/2020, 242 ss.; V. FREDIANELLI, *L’emergenza Covid-19 in Francia e nel Regno Unito: un bilancio comparato*, in R. TARCHI (a cura di), *L’emergenza sanitaria*, cit., 82 ss.

¹⁶ V. l’art. 3 del *Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC*.

¹⁷ Reperibile al seguente collegamento:

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-019a.html>.

organizzative al fine di coniugare la necessità di rimanere pienamente operativo con le esigenze di contrasto alla diffusione del coronavirus: in particolare, veniva introdotto un sistema a due turni in tutti le aree di lavoro dei suoi componenti; venivano sospese le udienze e la pronuncia di sentenze pubbliche, fatti salvi i casi indifferibili, fino alla fine di aprile; la sede del Tribunale veniva chiusa al pubblico; veniva garantita la trattazione dei procedimenti d’urgenza, in particolare tramite l’utilizzo di strumenti ITC in grado di permettere ai giudici di lavorare da remoto¹⁸. Anche per i giudizi del *Bundesverfassungsgericht*, peraltro, si deve tener conto di come lo svolgimento del procedimento con udienza pubblica costituisca nella prassi un’eccezione¹⁹: ai sensi dell’art. 25 della legge sul Tribunale costituzionale federale, infatti, il processo costituzionale può, con il consenso esplicito delle parti coinvolte, svolgersi anche senza un’udienza, tramite un procedimento scritto; udienza che, inoltre, manca sempre laddove la decisione deve o può essere presa in forma di ordinanza.

d) Con riguardo alla Corte Suprema del Regno Unito, il 17 marzo 2020 il Presidente della Corte, Lord Reed of Allermuir, ha adottato una *practice*²⁰ con la quale è stata concessa la possibilità di derogare alle ordinarie modalità di deposito degli atti processuali in cancelleria: in tal caso, le parti avrebbero dovuto preavvertire via mail la cancelleria delle modalità con cui avrebbero provveduto a inviare la documentazione processuale (per esempio, via posta ordinaria o tramite corriere espresso) e, così facendo, la Corte avrebbe trattato i documenti ricevuti per posta come depositati il giorno lavorativo successivo all’invio, a conferma specifica della più generale enunciazione programmatica contenuta nella *practice* secondo cui: “*time limits will be applied flexibly*”. Tali misure sono poi confluite nella più dettagliata *Practice Note* adottata dal Presidente della Corte il 21 maggio 2020²¹, con la sostanziale modifica secondo cui tutti gli atti avrebbero dovuto essere trasmessi, da quel momento in poi, esclusivamente in via elettronica²².

Come si ricava dal “*Supreme Court Annual Report 2020-21*”²³, nel corso del primo anno di pandemia la Corte Suprema ha lavorato interamente da remoto, introducendo

¹⁸ Un successivo comunicato stampa del 30 aprile 2020 (disponibile al *link*: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-030.html>) ha poi disposto la proroga delle misure annunciate nel comunicato di marzo fino al 15 maggio 2020.

¹⁹ In questo senso, v. M.T. ROERIG, *Germania*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Emergenza sanitaria*, cit., 25 ss.

²⁰ Per la lettura di tale *practice* v. al seguente collegamento: <https://www.supremecourt.uk/news/time-limits-for-filing-documents-in-the-supreme-court-and-jcpc.html>.

²¹ Disponibile al seguente *link*: <https://www.supremecourt.uk/docs/practice-note-on-arrangements-during%20the-coronavirus-pandemic.pdf>. Sulle *practice notes* come peculiare strumento di disciplina dei procedimenti giudiziari, di cui sono dotati per secolare tradizione i giudici inglesi e che si differenzia dalle *practice directions* a causa del contenuto limitato a specifiche fattispecie determinate e, dunque, intrinsecamente provvisorio (laddove le seconde hanno, invece, contenuto di carattere generale e durevole), v. L. MOCCIA, I «Regolamenti della Corte» nel quadro delle fonti della procedura civile inglese, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1990, 976.

²² Tale *Practice Note* è stata infine revocata e sostituita dalla nuova *Practice Note* del Presidente Lord Reed of Allermuir del marzo 2022 (disponibile in: <https://www.supremecourt.uk/docs/new-practice-note-march-2022.pdf>).

²³ V. in particolare LORD REED OF ALLERMUIR, *Overview*, in *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2020–2021*, 6 ss., disponibile sul sito *web* della Corte Suprema: www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2020-21.pdf. Informazioni al riguardo anche in S. PASETTO, *Inghilterra*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Emergenza sanitaria*, cit., 54-55; A. SPERTI, *Institutional and*

immediatamente la modalità di svolgimento delle udienze e di tutte le altre riunioni tramite videoconferenza, mentre già dal 2015 le udienze della Corte venivano trasmesse in diretta *streaming*.

e) Per quanto concerne, invece, la Corte Suprema degli Stati Uniti²⁴, essa ha innanzitutto disposto il rinvio delle udienze originariamente fissate per i mesi di marzo e aprile. Nei primissimi mesi della pandemia, inoltre, è stato adottato dapprima l'*Order* del 19 marzo, con cui è stata disposta l'estensione dei termini di presentazione delle richieste di *writ of certiorari* fino a centocinquanta giorni²⁵ e, in data 15 aprile 2020, un nuovo *Order*²⁶ con cui è stata resa temporaneamente obbligatoria la modalità telematica di trasmissione e deposito degli atti processuali, già introdotta a partire dal 2017 accanto alla modalità di deposito tradizionale.

Infine, con un comunicato stampa del 13 aprile 2020²⁷, la Corte Suprema ha reso nota la decisione di effettuare le proprie udienze tramite strumenti di teleconferenza, con la partecipazione di giudici e avvocati rigorosamente da remoto e la trasmissione in diretta dell'audio della seduta, messo a disposizione dei *media*.

Al termine della rapida panoramica effettuata, si può innanzitutto notare che, per quanto riguarda la tipologia di misure adottate in risposta alle esigenze di contenimento della diffusione del virus, si registra una tendenziale omogeneità di fondo tra le diverse Corti prese in considerazione: ricorre nella maggior parte dei casi una risposta, perlomeno nelle primissime fasi dell'emergenza, rivolta a sospendere i giudizi o i termini processuali; così come ricorrono, in alcuni casi prima, in altri dopo, misure volte a introdurre modalità di svolgimento da remoto delle attività giurisdizionali. La principale differenza, invece, può essere ravvisata nella preesistenza o meno, nei procedimenti delle diverse Corti al momento dello scoppio della pandemia, di strumenti di telematizzazione della trasmissione e del deposito degli atti processuali. In particolare, solo la Suprema Corte inglese, come la nostra Corte costituzionale, ha dovuto introdurre *ex novo* tali modalità nel corso della pandemia, mentre la gran parte delle altre Corti ne erano già dotate e hanno dovuto, al massimo, estenderne o generalizzarne l'uso.

Con riguardo agli strumenti con cui le misure emergenziali giurisdizionali sono state adottate, spicca il contrasto tra il caso francese, dove è intervenuto direttamente il legislatore statale, e i restanti Paesi esaminati, dove le risposte emergenziali sono state prese dalle stesse Corti, nell'esercizio della propria autonomia.

Infine, può essere curioso - tenendo conto della profonda distanza culturale che separa i due ordinamenti di riferimento - rilevare come gli strumenti di disciplina

public communication of constitutional courts in times of pandemic, in AA.VV., *Comparative law in times of emergencies*, Roma, 2022, 198-199.

²⁴ Su cui v., per maggiori approfondimenti, P. MAGARÒ, *La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del COVID-19 (uno sguardo d'insieme)*, in *Consulta OnLine*, 1/2020, 249 ss.; F. SPAGNOLI, *L'emergenza COVID-19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato*, in R. TARCHI (a cura di), *L'emergenza sanitaria*, cit., 39 ss.; S. PASETTO, *Stati Uniti*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Emergenza sanitaria*, cit., 91-92; A. SPERTI, *Institutional and public communication*, cit., 200-201.

²⁵ Per leggerlo, v.: https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/031920zr_d1o3.pdf.

²⁶ Il cui testo è consultabile al seguente *link*:

https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/041520zr_g204.pdf.

²⁷ Disponibile al seguente collegamento:

https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_04-13-20.

processuale emergenziale più vicini ai decreti presidenziali della Corte italiana siano probabilmente le *Practice Notes* del Presidente della *Supreme Court* del Regno Unito, le quali, tuttavia, costituiscono parte consolidata del variegato bagaglio di fonti di autoregolamentazione processuale di cui sono dotate le Corti inglesi, in generale, e la Corte Suprema, in particolare.

4. La seconda fase della “nuova stagione”: i decreti presidenziali come fonte della disciplina di dettaglio rispetto alle Norme integrative

Come anticipato in premessa, la nuova “stagione” dei decreti presidenziali non è rimasta confinata al periodo eccezionale dell’emergenza pandemica, ma ha trovato nuova linfa anche una volta ristabilita una situazione di normalità nello svolgimento delle attività della Corte.

Tale “seconda fase” della nuova stagione può essere identificata, più in particolare, con le due più recenti riforme delle Norme integrative, frutto di riflessioni ed esperienze maturate dalla Corte (anche) nel periodo pandemico: la riforma organica di cui alla deliberazione del 22 luglio 2021, che ha riscritto per intero le Norme integrative al fine di introdurre la disciplina del c.d. processo costituzionale telematico²⁸ e quella di cui alla deliberazione del 24 maggio 2022, con cui sono state innovate le modalità di svolgimento dell’udienza pubblica, al fine di introdurre una più serrata e proficua discussione tra giudici e avvocati²⁹.

Le due riforme, infatti, per quel che qui più interessa, hanno un elemento in comune, ravvisabile proprio nel ruolo di primo piano riconosciuto allo strumento del decreto del Presidente della Corte, a favore del quale entrambe hanno operato un rinvio per la disciplina di dettaglio delle novità procedurali da esse introdotte.

È quanto avviene, in primo luogo, con l’art. 39 della nuova versione delle n.i., il quale prevede che «[l]a modalità telematica di cui alle presenti Norme integrative è disciplinata con decreto del Presidente, previa deliberazione della Corte. Il decreto è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale*».

Portata simile ha l’art. 3 della delibera del 24 maggio 2022, a tenore del quale «[l]a disciplina di dettaglio dello svolgimento dell’udienza pubblica, ai sensi dell’art. 19, quarto comma³⁰, delle “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale” è disciplinata con decreto del Presidente, previa deliberazione della Corte. Il decreto è pubblicato nel sito internet della Corte».

²⁸ Su cui v. G. D’AMICO, *Il processo costituzionale telematico tra le peculiarità del giudizio di costituzionalità e l’esigenza di assicurare l’interoperabilità dei dati*, in *Studium iuris*, 6/2022, 666 ss.; E. SAMMACICCIO, *La Corte e il processo telematico: valutazioni e prospettive dopo la pandemia*, in *Consulta OnLine*, 2/2022, 864 ss.; M. TROISI, *Processo costituzionale ed emergenza pandemica*, in L. DI MAJO, L. BARTOLUCCI (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Napoli, 2022, 275 ss.

²⁹ Su tale riforma v., per un’analisi in chiave comparata, il contributo di D. CAMONI, *La Corte costituzionale si apre al dialogo (in udienza) con gli avvocati. Brevi note comparate a partire dalla recente riforma delle Norme Integrative*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2022, 200 ss.

³⁰ Il quale, così come modificato dalla medesima deliberazione, prevede che «Il Presidente dirige la discussione e stabilisce i tempi nei quali le difese orali debbono contenersi».

Le due disposizioni collegiali hanno trovato pronta attuazione, rispettivamente, tramite decreto presidenziale del 28 ottobre 2021 e decreto del 30 maggio 2022.

Il primo, “emanato” dal Presidente Giancarlo Coraggio e intitolato «Modalità per l’attuazione del processo costituzionale telematico a norma dell’art. 39 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», si compone di cinque brevi articoli di carattere generale e, soprattutto, di un Allegato A che ne costituisce parte integrante e che reca le regole tecniche per l’attuazione del processo costituzionale telematico.

Particolarmente interessante per il nostro discorso è l’art. 2, comma 2, del decreto, il quale dispone che «[l]e modifiche all’Allegato A rese necessarie dall’evoluzione tecnologica sono disposte previa delibera della Corte in sede non giurisdizionale con provvedimento del Presidente e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* e sul sito istituzionale della Corte». Non si parla specificamente di “decreto”, bensì di “provvedimento del Presidente”, ma lo schema per disporre le modifiche delle regole tecniche di cui all’Allegato A ricalca abbastanza fedelmente quello di cui all’art. 39 n.i. D’altronde, non poteva essere diversamente: l’allegato A è, infatti, come detto, parte integrante del decreto 28 ottobre 2021 e, anzi, è la sua parte di maggior rilievo, quella che effettivamente dà attuazione alla previsione di rinvio di cui all’art. 39 n.i.: di conseguenza, non si poteva pensare a una modalità di adozione e successiva modifica sostanzialmente diversa da quella prevista in via generale dall’art. 39 medesimo.

Il decreto che ha dato seguito al rinvio di cui all’art. 3 della delibera del 24 maggio 2022, invece, è stato emanato dal Presidente Giuliano Amato il 30 maggio 2022 e si compone di quattro articoli volti a disciplinare nel dettaglio l’articolazione temporale e procedurale dell’udienza pubblica, così come ripensata dalla Corte con la modifica degli artt. 10 e 19 delle n.i.

Le disposizioni del decreto, se in alcune parti ripetono quanto già previsto dalle due disposizioni citate delle n.i., con l’aggiunta di qualche particolare in più³¹, per altro verso contengono previsioni di dettaglio effettivamente innovative, come, in particolare, quelle di cui all’art. 3. Esso prevede, innanzitutto, che ciascuna parte e ciascun interveniente «hanno a disposizione, di regola, quindici minuti complessivi per svolgere le proprie difese orali e rispondere alle domande formulate per iscritto dal giudice relatore», ferma restando la possibilità che il Presidente, sentito il giudice relatore, assegni un diverso tempo, in considerazione «della natura e del grado di complessità della causa». Si prevede, inoltre, che, nel caso in cui più difensori per una stessa parte (o interveniente) intendano prendere la parola, essi sono tenuti a dividersi il tempo complessivamente assegnato a quella parte; mentre, nel caso in cui vi siano più parti (o intervenienti) che sostengano la medesima posizione rispetto alle questioni in esame, il Presidente assegna loro un «unico tempo complessivo». Infine, le eventuali questioni preliminari devono

³¹ Si pensi all’art. 2, il quale prevede che la sintetica introduzione del giudice relatore *ex art.* 19, comma 1, n.i., con cui si apre l’udienza, di regola non deve essere superiore a cinque minuti; oppure all’art. 4 che, nel confermare la possibilità per ciascun giudice di rivolgere ulteriori domande ai difensori, specifica che esse devono essere «brevi» e che, in tal caso, «il Presidente regola il prosieguo della discussione».

essere «brevemente discusse, su invito del Presidente, prima dello svolgimento delle difese orali».

Altro esempio di disposizione innovativa è dato dall'art. 1, comma 2, sulla base del quale, con la comunicazione ai difensori dei quesiti formulati nei loro confronti dal giudice relatore *ex art.* 10, comma 3, n.i., il cancelliere comunica loro anche le eventuali determinazioni del Presidente circa i tempi a loro disposizione secondo il sopra ricordato art. 3.

In sintesi, con la modifica delle Norme integrative operata dalle ultime due riforme appare evidente un ulteriore salto di qualità compiuto dallo strumento del decreto presidenziale nell'ottica della Corte.

Come visto, nell'emergenza pandemica esso era divenuto lo strumento di elezione per disciplinare, in modo agile e continuamente rivedibile a seconda delle esigenze determinate dall'evolversi del quadro epidemiologico, le modalità eccezionali di svolgimento dei giudizi costituzionali, anche in deroga a quanto previsto dalle Norme integrative. Il decreto presidenziale di tale fase, tuttavia, rimaneva uno strumento intrinsecamente legato alla temperie emergenziale e, in quanto tale, di per sé eccezionale nonché precario, come testimoniava la presenza ricorrente di un termine finale, in alcuni casi concretamente individuato, in altri indicato solo genericamente (di solito, nella formula "fino a successive determinazioni").

Con le recenti riforme sopra ricordate, invece, può dirsi che i decreti presidenziali abbiano subito un'ulteriore trasfigurazione e siano divenuti una vera e propria fonte ordinaria, legittimata direttamente dalle Norme integrative per la posizione di una disciplina integrativa e di dettaglio (anche se solo con riguardo a specifici aspetti e istituti processuali) rispetto a quanto previsto dalla disciplina generale delle medesime n.i. A voler utilizzare, pur solo a fini evocativi, la scolastica immagine piramidale della gerarchia delle fonti, dunque, potrebbe dirsi che, nel particolarissimo microsistema normativo del diritto processuale costituzionale, sia stato in tal modo introdotto un ulteriore livello, subordinato rispetto alle Norme integrative e rappresentato da questa nuova figura di decreti presidenziali.

5. Brevi considerazioni conclusive

In conclusione, l'esame effettuato permette di trarre qualche prudente considerazione d'insieme, anche in relazione ai problemi di ordine sistematico che il nuovo utilizzo dei decreti presidenziali può porre.

Con riferimento ai decreti "emergenziali", il problema che si poneva, e che è stato subito sottolineato dalla dottrina³², era quello relativo al rapporto tra fonti e, più in particolare, alla loro legittimazione a derogare alle disposizioni contenute nelle Norme integrative, frutto di deliberazione collegiale da adottare a maggioranza dei componenti della Corte *ex art.* 14, comma 1, della legge n. 87/1953.

³² Cfr. R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta OnLine*, 3/2020, 529-30; F. DAL CANTO, *Il sistema giustizia*, cit., 125-26.

Tali decreti, invero, si sono atteggiati a vera e propria fonte *extra ordinem* di disciplina del processo costituzionale “emergenziale”, non prevista da alcuna norma di riconoscimento preesistente, bensì fondata su un’autoattribuzione di potere della Corte stessa, giustificata dalla eccezionalità e gravità della situazione pandemica, a fronte della quale i giudici costituzionali hanno ritenuto opportuno rispondere per mezzo di uno strumento agile, flessibile e facilmente rivedibile quale un decreto presidenziale, piuttosto che ricorrere ogni volta a una deliberazione collegiale. A questo riguardo, sorge quasi spontanea la suggestione di evidenziare un parallelismo, *mutatis mutandis*, tra il fenomeno esaminato e quanto avvenuto nello stesso periodo nell’ordinamento generale, sul piano delle fonti governative, con il protagonismo senza precedenti assunto dallo strumento monocratico dei decreti del Presidente del Consiglio nella regolamentazione dell’emergenza sanitaria.

Nel valutare la legittimità del fenomeno analizzato, d’altronde, si deve tenere presente, in primo luogo, la peculiare fluidità delle fonti che disciplinano il sistema normativo del diritto processuale costituzionale, ove assume un peso decisivo il ruolo della Corte, sia nella veste diretta di legislatore della disciplina dei suoi stessi giudizi, per il tramite delle Norme integrative, sia nella veste di giudice chiamato a interpretare e, spesso, integrare in via giurisprudenziale le stesse fonti processuali scritte, di per sé spesso lacunose e generiche. Occorre infatti ricordare che la Corte detiene il monopolio sulla “gestione” in senso lato (intesa come approvazione, modifica, deroga, abrogazione, ma anche interpretazione e applicazione) delle proprie Norme integrative, quale espressione peculiare della propria autonomia costituzionale.

In secondo luogo, si deve poi considerare che tali decreti “emergenziali”, con poche, criticabili eccezioni³³, contenevano sempre in premessa il riferimento al «previo conforme avviso espresso dal Collegio», il quale permette, perlomeno da un punto di vista sostanziale, di avvicinarli a delle delibere collegiali, quali quelle che sarebbero state necessarie, da un punto di vista formale, per procedere correttamente a una modifica o deroga delle Norme integrative. Cosicché, la scelta di ricorrere ai decreti non può dirsi certo frutto di un accentramento di potere voluto dal Presidente a discapito del Collegio, bensì di una volontà della Corte di ricorrere a uno strumento formalmente diverso e più duttile rispetto alla delibera collegiale, ma che sostanzialmente era sempre attribuibile, nella determinazione del suo contenuto, alla Corte collegialmente intesa.

Con riguardo, invece, ai decreti presidenziali recanti la disciplina di dettaglio del processo costituzionale telematico e della “nuova” udienza pubblica, in questo caso un problema di rapporto tra fonti evidentemente non si pone, dal momento che, come si è visto, essi trovano fondamento e legittimazione nelle stesse Norme integrative (o, nel secondo caso, nella deliberazione collegiale di modifica delle n.i.), che li prevedono quali fonti a esse subordinate e “integrative” delle disposizioni più generali da esse recate.

In questo caso, semmai, il riconoscimento di uno spazio di disciplina lasciato dalle n.i. ai decreti presidenziali potrebbe porre un problema legato ai rapporti tra principio di collegialità e poteri monocratici del Presidente. Apparentemente, infatti, questi nuovi

³³ V. *supra*. È il caso, in particolare, dei decreti 12 marzo e 1° ottobre 2020 nonché 18 maggio 2021.

decreti potrebbero dare l'impressione di uno spostamento di potere a favore del secondo a discapito del Collegio. A ben guardare, tuttavia, non sembra sia realmente così.

Solo dal punto di vista meramente esteriore e formale, infatti, tali decreti si configurano come atti monocratici del Presidente. A livello sostanziale, invece, il loro contenuto è determinato dal Collegio, dal momento che la loro adozione deve avvenire «previa deliberazione della Corte». In definitiva, si tratta di *atti formalmente presidenziali ma sostanzialmente collegiali*, in maniera simile a quanto vale per i regolamenti del Governo, i quali assumono la veste formale e la denominazione di decreto del Presidente della Repubblica con cui vengono emanati, ma restano ovviamente atti sostanzialmente governativi, il cui contenuto è determinato dalla deliberazione del Consiglio dei ministri con cui sono adottati.

Proprio tale caratteristica essenziale permette di aggiungere qualcosa in più: essi, pur recando la denominazione di “decreti presidenziali”, sono in realtà una tipologia di provvedimento affatto nuova e diversa dai comuni decreti del Presidente fino a qui conosciuti, con i quali condividono solo il *nomen iuris*.

I “nuovi” decreti se ne differenziano, infatti, sia dal punto di vista contenutistico, dal momento che non si tratta più di meri atti amministrativi puntuali a carattere tecnico-operativo od organizzativo, bensì di atti a contenuto generale, recanti una vera e propria disciplina processuale di dettaglio; sia dal punto di vista procedimentale, in considerazione, soprattutto, della necessità di una previa deliberazione collegiale, del tutto assente nei tradizionali decreti, ma anche del diverso regime di pubblicazione: infatti, per il decreto *ex art. 39 n.i.* si prevede addirittura la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, mentre per il decreto *ex art. 3 della delibera 24 maggio 2022* si prevede la pubblicazione sul sito istituzionale della Corte, in questo caso in analogia con quanto previsto dall'art. 6, comma 4, per i decreti di ammissione delle opinioni degli *amici curiae*. Al di là di quest'ultimo caso particolare (peraltro anch'esso frutto di recente novella), per i comuni decreti presidenziali, invece, non è previsto alcun obbligo di pubblicazione da parte delle fonti che li prevedono.

In conclusione, se i decreti presidenziali utilizzati in tempi di pandemia potevano essere considerati una fonte *emergenziale*, atipica e innominata, i decreti di questa seconda fase possono forse essere ritenuti esemplificazione di una nuova fonte *emergente* del diritto processuale costituzionale.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

AL DI LÀ DI ACCOGLIMENTO ED AMMISSIBILITÀ. GLI EFFETTI DELLE (PIÙ
O MENO) NUOVE TECNICHE DECISORIE DELLA CORTE COSTITUZIONALE
SUL REFERENDUM ABROGATIVO E SULLA FUTURA GIURISPRUDENZA

LUCA MARIANTONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le sentenze interpretative e le sentenze additive: *nuove norme, vecchie disposizioni*. – 3. L’evoluzione del giudizio sull’ammissibilità del referendum abrogativo: incostituzionalità preventiva della normativa di risulta. – 4. La costituzionalizzazione pretoria di una disciplina. Il problema della irretrattabilità delle addizioni «costituzionalmente adeguate» della Consulta... – 5. ...e le possibili soluzioni.

1. Premessa

È oramai indubitabile che il giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi e sulla ammissibilità del referendum abbiano assunto dei contorni differenti rispetto ai paradigmi originari. Di queste deviazioni, però, sarebbe anacronistico – se non addirittura dannoso – compiere una critica che non tenga in debito conto le evoluzioni, anche sociali, con cui la Corte costituzionale è stata chiamata a confrontarsi e rispetto alle quali ha avvertito l’esigenza di perfezionare ed arricchire il proprio armamentario decisionale.

In quest’ottica, senza poter analizzare ogni strumento nelle “mani” della Corte, si affronteranno di seguito alcuni aspetti delle sentenze interpretative ed additive, nonché del giudizio sulla ammissibilità del referendum, al fine di analizzare gli effetti delle decisioni della Consulta in riferimento alla (iper)stabilizzazione delle soluzioni normative volta per volta individuate, anche in relazione alle possibili reazioni del corpo elettorale di fronte alla combinazione fra pronunce additive e referendum popolare.

2. Le sentenze interpretative e le sentenze additive: nuove norme, vecchie disposizioni

L'accostamento delle sentenze interpretative alle sentenze additive all'interno delle decisioni definite genericamente "manipolative", nonostante le pur presenti differenze, non è forzato né, tantomeno, originale. Già agli inizi degli anni Ottanta, Gaetano Silvestri – indipendentemente dal giudizio negativo rispetto alle sentenze additive (peraltro successivamente ritrattato¹) sul quale ci si soffermerà più avanti – riteneva che le sentenze interpretative tanto di rigetto quanto di accoglimento introducessero un *quid novi* nell'ordinamento al pari delle sentenze additive². Per ragioni di chiarezza si riporta di seguito il ragionamento offerto dall'Autore per chiarire la propria posizione. Egli affermava che in una sentenza interpretativa di rigetto vi fosse un testo A non portatore di una norma incostituzionale se interpretato alla luce della norma costituzionale B, di modo che la norma concreta – conforme a Costituzione – fosse la somma algebrica di A più B, cioè C. Parimenti, in una sentenza interpretativa di accoglimento, il testo A, messo a confronto con la norma costituzionale B, sarebbe stato incostituzionale senza un qualcosa, X, la cui presenza avrebbe reso legittima la disposizione. Di conseguenza la norma legittima sarebbe stata la somma di A più X, cioè la stessa C del caso precedente. In termini pratici, quindi, la norma C avrebbe potuto essere ottenuta sia attraverso l'interpretazione di A alla luce di B, sia attraverso l'integrazione di A con X alla luce dello stesso parametro B.

È evidente quindi che, nella ricostruzione dell'Autore, «tutte le sentenze interpretative sono additive»³ e poiché il confine fra una sentenza interpretativa di accoglimento ed una additiva è particolarmente sfumato, tale sarebbe anche il confine fra una sentenza interpretativa di rigetto ed una sentenza additiva.

Una più marcata separazione fra le sentenze interpretative di rigetto e di accoglimento è invece riconosciuta da Crisafulli per il quale – oltre al fatto che le prime, in quanto sentenze di rigetto, sarebbero efficaci solo nei confronti del giudice *a quo* mentre le seconde varrebbero per tutti gli operatori giuridici – nel caso delle sentenze interpretative di rigetto la apparente lacuna sarebbe colmabile in forza di altre norme,

¹ Sebbene in *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1981, l'Autore avesse duramente – «testardamente» nelle Sue parole – criticato le sentenze genericamente definite *normative* in ragione di una impossibilità di ricavare direttamente dall'ordinamento positivo le norme oggetto dell'addizione, successivamente, come riportato dall'Autore stesso in AA. VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte Costituzionale Vezio Crisafulli*, Roma, 2011, 54-55, ebbe modo di cambiare opinione a seguito di una conversazione con lo stesso Crisafulli, il quale, pur riconoscendo che vi fosse del vero nella critica mossa alle sentenze manipolative, affermò che non se ne potesse fare a meno. È su queste basi che, quindi, Silvestri ritenne che quella della Corte fosse un «*felix culpa*» poiché, nonostante da un punto di vista dogmatico le critiche potessero risultare fondate, nella pratica vie era l'esigenza di «bonificare un ordinamento costituzionale caratterizzato da una larga inattuazione della Costituzione e, perciò, le sentenze additive in molti casi erano assolutamente indispensabili».

² G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, cit., 1690-1691.

³ *Idem*, 1691 (corsivo dell'Autore).

espresse od implicite, mentre nelle sentenze interpretative di accoglimento la fonte della integrazione sarebbe la stessa sentenza della Corte giacché la lacuna non sarebbe colmabile con gli ordinari mezzi interpretativi⁴.

Se nelle parole di Crisafulli è chiara la distinzione "interna" fra le sentenze interpretative, non può dirsi altrettanto in riferimento alla distinzione fra le sentenze interpretative di accoglimento e le sentenze additive⁵. In riferimento a tale possibile sovrapposizione, però, non può non essere ritenuto dirimente il fattore, potremmo dire, "temporale". Negli anni Sessanta e Settanta, infatti, le resistenze della dottrina nei confronti di una indefinita "potestà normativa" della Corte erano particolarmente sentite ed autorevoli⁶, al punto che sarà in seguito lo stesso Crisafulli ad utilizzare la celebre figura delle «rime obbligate»⁷ al fine di offrire una più solida base agli interventi additivi della Corte⁸. Non deve sorprendere, quindi, che si cercasse altrimenti una legittimazione

⁴ V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969, 2885.

⁵ Per l'Autore, infatti, in conseguenza di una sentenza interpretativa di accoglimento non vi sarebbe una modificazione del testo come nelle sentenze parziali, bensì «la necessità di darne una diversa lettura, estraendone qualcosa di meno, od anche qualcosa di più rispetto al significato che esprimeva prima della decisione della Corte», V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative»*, cit., 2887. Distingue, invece, le due categorie di pronunce A. CERRI, *Violazione del principio di eguaglianza ed intervento della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1968, 628, per il quale con le sentenze additive la Corte costituzionale «non annulla, non sopprime una fra le possibilità interpretative che un determinato testo avrebbe consentito, ma aggiunge un significato che il tenore della disposizione stessa avrebbe escluso».

⁶ Si veda, *ex plurimis*, C. LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, 1970, 1140, per il quale le sentenze della Corte non potrebbero che essere «riduttive dell'azione normogena del testo, mai estensive [...] a meno che non si intenda forzare il sistema per attribuire alle decisioni della Corte una vera e propria funzione legislativa: cioè una funzione diretta, non già ad ostacolare l'azione di preesistenti fonti legislative, ma ad introdurre veri e propri atti-fonti, anche se in occasione di giudizi su atti-fonti preesistenti» (corsivo dell'Autore). Con toni meno veementi, ma non per questo meno decisi, anche A. CERRI, *Violazione del principio di eguaglianza ed intervento della Corte costituzionale*, cit., p. 629, per il quale, nel dubbio fra l'annullamento della disposizione o della esclusione implicita, «dovrebbe essere annullata la disposizione; questo infatti è il compito istituzionale della Corte e l'alterazione che da tale annullamento deriva è, in linea generale, meno grave di quella prodotta dalla creazione di una norma positiva».

⁷ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1976, 1707, «Se di creazione di nuovo diritto vuole parlarsi (ma non è), dovrà almeno aggiungersi, dunque, che si tratterebbe di una legislazione a rime obbligate» (corsivo dell'Autore). Sulla formula "rime obbligate" già F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, 231 ss.

⁸ Nonostante le voci contrarie, ricordava G. BRANCA, *Dichiarazione di incostituzionalità e ampliamento di norma eccezionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, 365, che fosse, in quegli anni, ammessa in tutti gli ambienti l'ortodossia di formule quali «illegittimo in quanto», «nella parte», «nei limiti». Va in ogni caso notato che tali considerazioni sono da inscrivere all'interno della dinamica, richiamata nel titolo del saggio, di espansione della portata normativa di una norma eccezionale. In questi casi, infatti, lo schema utilizzato dalla Corte è propriamente quello del giudizio di ragionevolezza attraverso il quale si consente la espansione di una norma di vantaggio, sebbene speciale, a casi in origine da essa non contemplati, attribuendole quindi una portata generale che le mancava. Sembra a chi scrive che simili ipotesi siano da annoverare fra le pronunce additive in cui oggetto della dichiarazione di incostituzionalità è una norma implicita di esclusione che limita la portata normativa della disposizione. L'effetto, chiaramente, sarebbe additivo, ma, in queste ipotesi, il "verso" della addizione deriverebbe dalla spontanea integrazione della disposizione con l'articolo 3 della Costituzione e, quindi, la portata "creativa" della sentenza della Corte dovrebbe ritenersi minima se non addirittura nulla. Non di creazione si tratterebbe, bensì di applicazione della disposizione a casi che, prima della incostituzionalità, non potevano ad essa essere ricondotti e che, invece, ora possono esserlo a seguito della eliminazione dell'ostacolo alla espansione della norma. Come nota sempre Branca nella seguente pagina 366, «quando è in giuoco l'art. 3 cost., la pronuncia acquista la chiassosa apparenza d'un intervento legislativo: si confrontano due casi

per pronunce che, in concreto, non si limitavano ad espungere bensì avevano l'effetto di ampliare la portata della (pur invariata) disposizione.

Le resistenze nei confronti delle sentenze additive, peraltro, nel corso degli anni Ottanta, hanno coinvolto anche il legislatore. Come riportato da Leopoldo Elia⁹, infatti, in quel torno di anni vi sono state diverse iniziative parlamentari volte a razionalizzare (*rectius* limitare) la possibilità per la Corte costituzionale di utilizzare lo strumento delle sentenze additive. In particolare, notava Elia la singolarità della posizione assunta da Branca alla luce, anche, delle considerazioni dallo stesso espresse in precedenza e poco sopra richiamate¹⁰. Nello specifico, nel documento presentato dal senatore allegato alla Relazione del Comitato per lo studio delle questioni istituzionali, istituito il 15 settembre 1982 presso la I Commissione permanente per la riforma della Costituzione, erano espresse proposte di riforma della Corte costituzionale finalizzate ad impedire «alla Corte di strafare, come ha fatto sinora imponendosi o sostituendosi al Parlamento, di trasformare il controllo in legislatura indiretta»¹¹. In particolare, si intendeva innalzare ai quattro quinti o ai due terzi dei membri del collegio la maggioranza necessaria al fine di dichiarare l'incostituzionalità di una legge sulla scorta di una “presunzione di costituzionalità” delle leggi. Si prospettavano, inoltre, la possibilità di introdurre una interlocuzione fra Corte e Parlamento prima della pronuncia di una incostituzionalità al fine di consentire entro un termine prestabilito la abrogazione ovvero la modifica della legge oggetto del giudizio nonché l'introduzione della opinione dissenziente. Per quanto in questa sede interessa, infine, si proponeva di vietare le sentenze additive poiché «esse creano norme nuove e perciò sono espressione d'un potere normativo che alla Corte non spetta perché né la Costituzione né altre leggi glielo danno»¹². Il giudizio di disvalore, peraltro, proseguiva oltre sino al punto di affermare – e qui risiede il cambio di opinione messo in luce da Elia – che «se per esempio la legge attribuisce un vantaggio a una categoria di persone e lo nega ad altre categorie, la Corte costituzionale, quando si convinca che ciò contrasti col principio d'uguaglianza, dovrà né più né meno annullare la

regolati diversamente e, non essendo giusto od opportuno sopprimere le due norme che li regolano, se ne annulla una con l'effetto di allargare il campo dell'altra. Può sembrare che si sia creata una norma nuova, ma in realtà l'invasione della seconda nel campo della prima è solo una conseguenza indiretta della pronuncia [...]».

⁹ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 – luglio 85)*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 314 ss.

¹⁰ Si aggiungano alle considerazioni precedenti anche quelle espresse in G. BRANCA, *L'illegittimità parziale nelle sentenze della Corte costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, 73, in cui l'Autore, in riferimento alle sentenze interpretative di accoglimento parziale, affermava che sarebbe stata «cosa abnorme o per lo meno assai pericolosa» se la Corte costituzionale avesse eliminato totalmente un atto legislativo che in tutto o in parte potesse essere salvato in quanto così facendo la Corte sarebbe uscita dal campo delle proprie attribuzioni e avrebbe invaso il potere di abrogazione riservato al legislativo. È utile notare che, mentre in queste parole di Branca la dichiarazione di incostituzionalità della intera legge veniva vista come un'invasione della sfera riservata al Parlamento, per i critici delle sentenze additive sarebbe proprio tale dichiarazione di incostituzionalità l'unico strumento attraverso il quale fare salve le attribuzioni del Parlamento – sempre al netto della inammissibilità ex art. 28 della legge n. 87/1953.

¹¹ Atti Senato, Allegati alla Relazione del Comitato per lo studio delle questioni istituzionali, vol. III, 92.

¹² *Idem*, 91.

legge: con la conseguenza di togliere il vantaggio a quella categoria senza danni per lo Stato invece di estenderlo, con una sentenza c.d. additiva, alle altre categorie»¹³.

A nostro avviso, le parole appena sopra riportate, se da un lato manifestano una diversità di atteggiamento, dall’altro non possono essere ritenute affatto eccentriche rispetto alle opinioni espresse quasi venti anni prima. Non può trascurarsi, del resto, la sensibile differenza di contesto fra gli anni Sessanta e gli anni Ottanta, in specie dal punto di vista economico. Non a caso, infatti, nel ritenere «incredibile la tolleranza del Parlamento» nei confronti della «deviazione di potere» rappresentata dalle sentenze additive, veniva in conclusione richiamata l’assenza per la Corte del vincolo di spesa rappresentato dall’articolo 81 della Costituzione (nella sua versione originaria)¹⁴. È necessario ricordare, però, che proprio sul finire degli anni Ottanta anche la stessa Corte costituzionale, sulla scorta della oramai conclamata carenza di risorse, ha iniziato a tenere maggiormente in considerazione il problema della sostenibilità del bilancio statale, con una nuova e rinnovata attenzione per l’articolo 81 della Costituzione¹⁵, la quale, se non ha comportato una crisi “quantitativa” delle sentenze additive, ne ha, senz’altro, determinato una crisi «qualitativa»¹⁶.

In ogni caso, indipendentemente dai giudizi sulla ammissibilità delle sentenze additive e dai tentativi, a ciò connessi, di offrire legittimazione a tale tipologia di pronunce, non può negarsi che tanto le sentenze additive quanto le sentenze interpretative abbiano l’effetto di determinare una novazione normativa senza che vi sia alcuna modifica del testo della disposizione.

Le sentenze additive, infatti, anche se, come espresso dalla dottrina in precedenza richiamata, «aggiung(ono) un significato che il tenore della disposizione stessa avrebbe escluso»¹⁷, chiaramente, fanno ciò a livello interpretativo, e, in questo, il loro risultato non appare dissimile da quello che consegue ad una sentenza interpretativa: *nuove norme, vecchie disposizioni*.

Tuttavia, come si dirà poco più oltre, gli effetti o, per meglio dire, i vincoli derivanti dalle pronunce della Corte sono differenti a seconda dello strumento decisorio utilizzato. Sebbene le sentenze interpretative, infatti, producano la “stabilizzazione” di una interpretazione, sollevano meno problemi in riferimento alla irretrattabilità della decisione poiché si tratta pur sempre di sentenze che “eliminano” – una interpretazione e non una disposizione –, tanto da essere state sostituite nel tempo dalle sentenze di accoglimento parziale¹⁸.

Diversamente, le sentenze additive, come noto, agiscono sostanzialmente sul testo della disposizione, senza cambiarne la forma ma integrandola in via pretoria. Ebbene, sul punto, come detto, si tornerà. Sin d’ora, però, va anticipato che proprio l’abbandono (ondivago) dello schema delle “rime obbligate” da parte della Corte produce uno

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sul punto si veda M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, agg. 2012, 33 ss.

¹⁶ L. ELIA, *Le sentenze additive*, cit., 319-320.

¹⁷ A. CERRI, *Violazione del principio di eguaglianza*, cit.

¹⁸ Sul punto si veda G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1987.

scostamento sempre maggiore fra le sentenze interpretative e le sentenze additive – il risultato ottenibile con una additiva a “versi sciolti” non sarebbe perseguibile attraverso una interpretazione del solo testo della legge alla luce della Costituzione – e, di conseguenza, generano sempre maggiori criticità rispetto alla ammissibilità di tale ultimo strumento.

3. L’evoluzione del giudizio sull’ammissibilità del referendum abrogativo: incostituzionalità preventiva della normativa di risulta

Una di queste “nuove criticità” riconducibili ad un uso disinvolto delle sentenze additive è, per chi scrive, legata anche alla evoluzione che ha avuto negli anni il giudizio sulla ammissibilità del referendum. Questo, infatti, come si vedrà qui di seguito, ha visto entrare la (il)legittimità costituzionale della normativa di risulta fra le cause che possono determinare l’inammissibilità del referendum.

Prima di analizzare il rapporto che, a nostro avviso, potrebbe intercorrere fra le addizioni “a versi sciolti” e l’evoluzione del giudizio di ammissibilità, è bene ripercorrere, seppur brevemente, le tappe che, rispetto alla tesi restrittiva¹⁹ dei primi anni *post* legge n. 352 del 1970 ed al paradigma intermedio della sentenza n. 16 del 1978, hanno fatto sì che si giungesse a dichiarare l’inammissibilità di quesiti il cui esito positivo avrebbe determinato una normativa di risulta incostituzionale²⁰.

La distinzione fra le due attribuzioni della Corte che in teoria dovrebbe essere netta, nella realtà appare più sfumata, tanto che parte della dottrina²¹, anche recentemente²², si è interrogata sulla sussistenza della distinzione qualitativa fra i due giudizi.

In particolare, notava già Luciani in riferimento alla sentenza n. 16 del 1978 che una ragione di perplessità nei confronti della possibilità di ricostruire, attraverso la citata pronuncia, i tratti di uno specifico modello di referendum fosse determinata dal fatto che, al fine di fondare il limite dell’omogeneità del quesito, la Corte avesse richiamato il principio della libertà di voto, desunto dagli articoli 1 e 48 della Costituzione. Proprio tale

¹⁹ Nel parlare di tesi restrittiva ci si riferisce a quelle interpretazioni per le quali il parametro del giudizio di ammissibilità dovrebbe essere soltanto il secondo comma dell’articolo 75 della Costituzione.

²⁰ Tale possibilità, peraltro, non è recente ma era stata avanzata già in riferimento alle proposte di legge che poi avrebbero portato alla legge costituzionale n. 1 del 1953. In particolare, si veda R. LUCIFREDI, *Il controllo sulla costituzionalità delle richieste di referendum abrogativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, 134, il quale, in modo peraltro netto, in riferimento alla possibile collocazione dell’intervento della Corte nella procedura referendaria, affermava che il momento delle comunicazioni delle varie Corti d’appello della avvenuta raccolta delle firme fosse quello più adatto per il «controllo di costituzionalità» della richiesta di referendum.

²¹ Si veda, su tutti, M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, (a cura di), *Commentario della Costituzione*, tomo I, 2, Bologna-Roma, 2005, in part. 346. Si veda sul punto anche V. CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1978, 155, per il quale «nel corso del giudizio «di legittimità» dell’Ufficio centrale della Cassazione e del giudizio «di ammissibilità» della Corte costituzionale (malgrado l’incertezza e gracilità della linea di confine provvisoriamente segnata tra le due competenze) si sono rinvenuti gli strumenti per impedire l’effettuazione di consultazioni referendarie suscettibili di avere effetti, se non dirompenti, almeno, come si suol dire, «destabilizzanti».

²² Sul punto, G. GUZZETTA, *Quale futuro per il referendum? Considerazioni sul giudizio di ammissibilità e possibili svolte ermeneutiche de jure condito*, in *Federalismi.it*, 7/2023.

riferimento, a detta dell’Autore, determina che «la sostanza dell’operazione compiuta» sia stata «l’effettuazione di un – seppur parziale – sindacato anticipato di costituzionalità»²³. Infatti, «una volta che si era invocata (sia pur comprensibilmente, visto che il voto nel *referendum* è il contenuto di una libertà politica) una disposizione costituzionale diversa dall’art. 75, comma 2°, però, una volta che si era aperto il vaso di Pandora dei richiami ad altri luoghi della Costituzione, solo «sistematicamente» concernenti il tema del *referendum*, non vi era nessuna plausibile ragione per fermarsi all’art. 48, escludendo la rilevanza di altre norme costituzionali di riferimento»²⁴.

Più di recente, si è affermato che l’interrogativo riguardante la natura qualitativamente diversa fra giudizio di ammissibilità e giudizio di legittimità vada sciolto in senso negativo²⁵. Sul punto viene richiamata anche la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, sebbene anche di recente abbia riconosciuto la distinzione fra i due giudizi²⁶, affermava nel 2011 che nonostante «il giudizio di ammissibilità (avesse) carattere oggettivo e ad esso (fosse) estranea qualsiasi valutazione di merito, in ordine sia alla normativa oggetto di referendum sia a quella risultante dall’eventuale abrogazione referendaria [...] tuttavia ciò non significa(va) che alla Corte fosse inibita l’individuazione della normativa di risulta» dato che «la stessa Corte (aveva) individuato alcuni limiti e requisiti di ammissibilità del referendum, che esig(evano) non soltanto di verificare quale (potesse) essere tale normativa ma anche (in alcuni casi eccezionali) di valutarne la conformità a Costituzione. Tali (erano) i casi in cui (veniva) in rilievo il limite di ammissibilità costituito da leggi a contenuto vincolato, per effetto o di trattati internazionali o di norme comunitarie o di norme costituzionali, e da leggi costituzionalmente necessarie»²⁷. Proprio quest’ultima categoria rappresenta il banco di prova sul quale misurare l’espansione del giudizio di ammissibilità verso un giudizio anticipato di legittimità della normativa di risulta. Se, infatti, da un lato, è pacifico che nel caso, ad esempio, delle leggi elettorali sia imprescindibile, per la Corte, svolgere una valutazione sulla normativa di risulta²⁸ stante l’indefettibile esigenza di avere in ogni momento una disciplina applicabile per elezione del Parlamento²⁹, dall’altro, il sindacato sulla normativa di risulta appare più problematico quando la legge da sottoporre a

²³ Per entrambe le citazioni, M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 344.

²⁴ M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 342-343 (corsivo dell’Autore).

²⁵ G. GUZZETTA, *Quale futuro per il referendum?*, cit., 60-61.

²⁶ Da ultimo, infatti, in occasione del giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo c.d. “sulle droghe leggere”, la Corte ha espressamente affermato che sono escluse dal giudizio di ammissibilità valutazioni di merito sulla legittimità costituzionale della normativa di risulta (Corte costituzionale, sentenza n. 51/2022, considerato in diritto, par. 10).

²⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 25/2011, Considerato in diritto, par. 5.1.

²⁸ Si badi, però, che il giudizio dovrebbe limitarsi alla ricognizione di una normativa di risulta immediatamente ed autonomamente applicabile, tale da poter essere utilizzata senza la necessità di ulteriori interventi parlamentari, e non dovrebbe invece spingersi a sindacare il merito della stessa legge elettorale che “uscirebbe” dalle urne in caso di approvazione del referendum.

²⁹ L’ammissibilità di referendum sulla legge elettorale, peraltro, per lungo tempo è stata esclusa e quando è stato ammesso, con la sentenza n. 47/1991, il referendum sulla legge elettorale del Senato, ciò ha suscitato non poche critiche in riferimento alla natura inevitabilmente manipolativa di quesiti che si debbano “preoccupare” di lasciare in vigore una normativa immediatamente applicabile anche all’esito di una approvazione del referendum. Nel dibattito sul punto contemporaneo alla sentenza si veda F. LANCHESTER (a cura di), *I referendum elettorali. Seminario di studio e documentazione*, Roma, 1992.

referendum venga ritenuta necessaria al fine di garantire, tutelare, proteggere un bene od un diritto costituzionalmente garantiti, delle cui garanzie non può farsi a meno. In simili ipotesi, infatti, a risultare determinante nel caso in cui si anticipi il sindacato di legittimità al momento della ammissibilità del quesito potrebbe non essere la sussistenza concreta della legge, quanto piuttosto il bilanciamento fra valori dalla stessa operato a seguito al voto referendario.

Come notato, è stata la stessa Corte costituzionale, con la già citata sentenza n. 16 del 1978 ad aver aperto «le porte del giudizio di ammissibilità a una serie di criteri poco congeniali alla dualità della struttura del referendum (si/no) e del vaglio (ammissibile/inammissibile) che la Corte è chiamata ad esercitavi»³⁰, attraverso una interpretazione estensiva delle proprie competenze in materia di referendum. I criteri enunciati nella "sentenza Paladin", infatti, «si sono sviluppati secondo percorsi assai poco lineari e non di rado poco rigorosi, rendendo sempre più labile e confusa quella distinzione/separazione tra i sindacati di ammissibilità e di legittimità costituzionale tanto predicata quanto poco praticata; destinata ad essere liturgicamente invocata dalla quasi totalità delle pronunce sui quesiti per essere nella gran parte dei casi smentita dopo qualche *Considerato*»³¹.

Le criticità della anticipazione del sindacato sulla legittimità costituzionale della normativa di risulta al momento del giudizio sulla ammissibilità del referendum assumono, a nostro avviso, una portata nuova laddove si combini questa "evoluzione" con quella, di cui si è parlato poco sopra, relativa alle sentenze additive della Corte costituzionale.

Come detto, infatti, la categoria delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e delle leggi costituzionalmente necessarie, già di difficile delimitazione, può prestarsi ad un utilizzo tale da consentire di sindacare, al momento della ammissibilità, la legittimità costituzionale del merito delle "scelte" derivanti dalla eventuale approvazione del referendum, in specie nel caso di bilanciamento di valori costituzionali. Tale attività, peraltro, esulerebbe in realtà dalla ricerca di una futura ed eventuale disciplina da poter applicare e sfocerebbe, piuttosto, nella ricerca di quella sola disciplina che, oltre a sussistere dopo l'abrogazione, rispetti anche la Costituzione nel suo complesso.

Sarebbe all'interno di questo perimetro, quindi, che solamente potrebbero "muoversi" i Comitati promotori.

Ebbene, proprio in ciò potrebbe emergere l'intreccio fra le sentenze additive della Corte ed il referendum abrogativo.

Se, come detto, le scelte di bilanciamento derivanti dall'approvazione di un quesito referendario possono assumere rilevanza nel giudizio di ammissibilità, a maggior ragione la assumo nel caso in cui quelle stesse scelte si pongano in potenziale contrasto con altri e diversi bilanciamenti realizzati dalla Corte costituzionale attraverso una sentenza additiva "a rime libere", magari su di una legge che tocchi un ambito eticamente sensibile, nel quale si prospetta una pluralità di soluzioni costituzionalmente adeguate.

³⁰ G. BASCHERINI, *Prime note in tema di referendum abrogativo a partire dalla più recente tornata referendaria*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2022, 57.

³¹ *Idem*, 57-58.

È proprio in questi casi che, come si dirà subito di seguito, emergono, per chi scrive, ulteriori criticità legate all’(ab)uso di addizioni a “versi sciolti” in ambiti caratterizzati da una spiccata discrezionalità legislativa (*rectius* politica).

4. La costituzionalizzazione pretoria di una disciplina. Il problema della irretrattabilità delle addizioni «costituzionalmente adeguate» della Consulta...

Pur con le perplessità relative a possibili “invasioni” del campo riservato al potere legislativo, che hanno sempre accompagnato le sentenze additive, la bontà di tale soluzione è dimostrata dalla prassi. Per decenni la Corte costituzionale ha utilizzato le sentenze additive per risolvere incostituzionali lacune legislative. L’utilizzo delle pronunce a rime obbligate, inoltre, ha avuto il merito di espandere la portata normativa delle disposizioni legislative attraverso una integrazione derivante direttamente dalla Costituzione.

Se questa è la teoria, è però necessario prendere atto della realtà. Nella prassi, infatti, è oramai rinvenibile una (seppure ondivaga³²) tendenza all’abbandono delle “rime obbligate” a favore di altre formule quali le “soluzioni costituzionalmente adeguate” o la possibilità di ricorrere a “grandezze già rinvenibili nell’ordinamento”³³.

Proprio la tendenza verso un utilizzo meno rigoroso delle “rime obbligate” è la ragione per la quale in questa sede si vuole analizzare il rapporto fra le “addizioni” operate dalla Corte ed i vincoli che da esse derivano nei confronti non solo del legislatore ma anche del corpo elettorale e della stessa Corte costituzionale.

³² Per l’abbandono delle rime obbligate si vedano le sentt. nn. 156/2020, 152/2020, 242/2019, 99/2019, 40/2019, 233/2018, 222/2018, 236/2016, nonché le ordd. nn. 132/2020 e 207/2018, mentre, più di recente, per un recupero del rispetto della discrezionalità legislativa – sebbene con forti moniti al legislatore – in una pluralità di soluzioni ammissibili sentt. nn. 32 e 33 del 2021.

³³ Sul punto si vedano G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta online*, 3 febbraio 2020; M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019; S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza ‘rime obbligate’*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2020; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in www.giustiziainsieme.it, 2019; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema penale*, 12/2019; A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2019; D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”. Note a margine della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2019; ID., *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2020; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019; A. SPADARO, *I limiti ‘strutturali’ del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 4/2019; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207 del 2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019; M.E. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016.

In particolare, il vincolo nei confronti dell’attività legislativa è di pronta evidenza; né il Parlamento né il Governo possono reintrodurre una disciplina dichiarata incostituzionale³⁴. Nel caso delle sentenze additive ciò significa che sarebbe preclusa la possibilità di rimuovere l’addizione operata dalla Corte giacché è solo grazie ad essa che la disposizione può ritenersi conforme a Costituzione o, meglio, è proprio la omissione che la Consulta ha eliminato che rendeva la disposizione incostituzionale. Le sentenze additive, quindi, sarebbero comunque caratterizzate da un momento ablatorio – l’eliminazione di una norma implicita di esclusione – che comporterebbe un automatico ampliamento della portata normativa della disposizione³⁵. In riferimento alla (im)possibilità di reintrodurre la normativa dichiarata incostituzionale e, quindi, nel caso delle sentenze additive, “abrogare l’addizione” è stato appena sopra usato il condizionale poiché parte della dottrina ha ritenuto che l’ultimo comma dell’articolo 136 della Costituzione³⁶ attribuisca al Parlamento la possibilità di “superare” la pronuncia della Corte facendo ricorso ad una legge costituzionale³⁷. A chi scrive, in realtà, sembra che tale possibilità sia invece preclusa dalla Carta. Il «provvedano nelle forme costituzionali», infatti, a nostro avviso, andrebbe inteso come un richiamo al rispetto, formale e sostanziale, della Costituzione piuttosto che come un invito all’utilizzo della procedura aggravata dell’articolo 138. Inoltre, attribuendo alla disposizione tale significato, non potrebbe neanche essere spiegato l’esplicito riferimento che la Carta fa ai «Consigli regionali interessati», i quali non potrebbero fare ricorso, per superare la sentenza, a «le altre leggi costituzionali».

I vincoli derivanti da un dispositivo additivo, come detto, non riguardano solo il legislatore, ma si estendono anche alla Corte costituzionale stessa e, a nostro avviso, al corpo elettorale.

Per quanto riguarda i vincoli per la Corte derivanti da una sua stessa pronuncia è necessario operare una distinzione. Innanzitutto, vi sono casi in cui l’impossibilità per il legislatore di ripristinare una disciplina è legata alla vincolatività della decisione per la stessa Consulta. In particolare, il legislatore ben potrebbe riproporre una legge già dichiarata incostituzionale poiché un vero e proprio divieto giuridico, un ostacolo alla entrata in vigore, non sussiste³⁸. Chiaramente, in questo caso si esporrebbe al rischio di una nuova pronuncia di incostituzionalità, ma, per l’appunto, non vi sarebbero ostacoli

³⁴ Diverso il caso in cui, in ragione della specificità della questione, sia la Corte stessa riconoscere la discrezionalità al legislatore anche rispetto alla sentenza di accoglimento. Si veda, ad esempio, la sentenza n. 150/2021, in tema di diffamazione a mezzo stampa, nella quale la Consulta ha affermato che «La presente decisione, pur riaffermando l’esigenza che l’ordinamento si faccia carico della tutela effettiva della reputazione in quanto diritto fondamentale della persona, non implica che il legislatore debba ritenersi costituzionalmente vincolato a mantenere anche per il futuro una sanzione detentiva per i casi più gravi di diffamazione» (Considerato in diritto, par. 10).

³⁵ Sul punto C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro Italiano*, 9/1970, 163 ss.; L. ELIA, *Le sentenze additive*, cit., 302 ss.

³⁶ «La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali».

³⁷ G. D’ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1992, 70.

³⁸ Si potrebbe nel caso ipotizzare, quale *extrema ratio*, il sollevamento da parte della Corte costituzionale, innanzi a se stessa, di un conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato per violazione dell’articolo 137 della Costituzione.

alla entrata in vigore. L'impossibilità di cui si è detto poco sopra, quindi, sarebbe legata esclusivamente al rispetto di un dovere di correttezza. La nuova incostituzionalità, peraltro, non sarebbe automatica poiché, come detto, sarebbe legata anche alla vincolatività del precedente per la stessa Corte costituzionale. Come noto, vi sono casi in cui un *overruling* della giurisprudenza della Corte non solo è possibile, ma anche auspicabile; la vicenda dell'adulterio femminile ne è una prova emblematica. Come affermato da Crisafulli, infatti, «non sarebbe possibile ritenere che la Corte sia per sempre vincolata dalle sue precedenti decisioni, anche se di annullamento, perché queste si riferivano soltanto a quelle determinate norme, poste o comunque risultanti da quella legge storicamente individuata, di cui era sorta questione»³⁹.

Mentre però nel caso di un dispositivo "ordinario" – di rigetto, di inammissibilità o, al limite di accoglimento seguito dalla riproposizione della legge – il vincolo di una pronuncia nei confronti della Corte sarebbe legato alla stabilità dell'interpretazione, nel caso delle sentenze additive, a nostro avviso, il vincolo si fa più forte e più stringente. Laddove infatti la Consulta, per un cambio drastico di orientamento (o di membri), volesse "ribaltare" la propria decisione precedente si troverebbe innanzi un ostacolo, forse, insormontabile. In casi simili, infatti, la Corte potrebbe dover dichiarare l'incostituzionalità della propria addizione. È di pronta evidenza l'imbarazzo istituzionale che caratterizzerebbe una tale situazione nella quale l'incostituzionalità di una disposizione riguarderebbe proprio l'aggiunta operata da parte dell'organo posto a presidio della legittimità costituzionale della legge. Va detto che, in simili ipotesi, la Corte potrebbe fare ricorso ad una sentenza interpretativa o ad una nuova additiva al fine di circoscrivere la portata normativa della propria addizione, eventualmente sino al punto, in casi estremi, di renderla priva di applicabilità concreta⁴⁰. In concreto infatti, lo «scudo»⁴¹ dell'articolo 137, terzo comma, della Costituzione, che pone le sentenze della Corte al riparo da una qualsivoglia impugnazione, non è mai venuto meno ed anzi «è stato elevato contro questioni incidentali apparentemente orientate a impugnare la normativa di risulta di dispositivi manipolativi, ma in realtà miranti a censurare il giudicato costituzionale»⁴². Ciò significa che ci si potrebbe aspettare un *self restraint* della Corte ispirato ad un "dovere di correttezza" nei confronti della propria precedente giurisprudenza.

³⁹ V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Diritto e Società*, 1/1978, 68.

⁴⁰ Al fine di offrire alla Corte costituzionale uno strumento "utile" a correggere il proprio orientamento, nel caso però di vizio del procedimento logico sottostante la sentenza, è stato in passato prospettato un utilizzo "informale" dell'istituto della correzione degli errori materiali o delle omissioni, oggi disciplinato all'articolo 36 delle Norme integrative. Tale possibilità, però, come notato da E. CATELANI, *Sull'ammissibilità della riproposizione di questioni già decise con sentenza di accoglimento (sent. n. 17/1992)*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello stato*, Torino, 1993, 30, avrebbe potuto determinare la violazione del principio della certezza del diritto nei casi in cui tale strumento fosse stato utilizzato in modo eccessivo ed abnorme, mentre, se fosse stato limitato alle sole correzioni di errori materiali, sarebbe stato inidoneo al fine di modificare sentenze viziate da un errore di fatto.

⁴¹ A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, 152.

⁴² *Ibidem*. L'Autore riporta a titolo di esempio le ordinanze nn. 27, 93, 282/1990; 171/1992; 319/1996; 58/2002 e 9/2003.

Il drastico cambio di interpretazione rispetto ad una propria precedente sentenza, tale da far ritenere l’addizione incostituzionale, peraltro, neanche potrebbe essere risolto facendo ricorso alla possibilità della revocazione della sentenza della Corte costituzionale. Tale istituto, infatti, come notato, non appare applicabile al giudizio di legittimità costituzionale poiché, in caso contrario, «la Corte potrebbe modificare in fasi successive il contenuto del risultato normativo che con la precedente dichiarazione di incostituzionalità era stato definito in termini di massima certezza e di coerenza con le esigenze di garanzia costituzionale»⁴³ ed anzi, laddove lo facesse, andrebbe a modificare in senso positivo l’ordinamento giuridico, con una ulteriore possibile frizione nei rapporti con il legislatore.

L’impossibilità di revocare le sentenze e la inoppugnabilità delle decisioni non significano però che alla Corte sia precluso pronunciarsi nuovamente sulla stessa disposizione in seguito ad una precedente sentenza di accoglimento. Ciò chiaramente, riguarda i casi in cui dal precedente accoglimento non sia derivata la espunzione completa della disposizione dall’ordinamento giacché, in tale ipotesi, non si avrebbe l’oggetto della questione di legittimità. In tutti gli altri casi, non certo residuali, in cui all’accoglimento fa seguito la permanenza della legge nell’ordinamento, invece, vi potrebbe essere non già l’obiettivo di sindacare il precedente dispositivo, «bensì, ed esclusivamente, di verificare la legittimità della normativa quale risulta dopo l’applicazione da parte del giudice del contenuto della sentenza additiva»⁴⁴. La dottrina appena citata, in ogni caso, collega tale possibilità alla attribuzione di valore normativo alle sentenze della Corte. Su questo punto si tornerà in seguito. In questo momento è opportuno segnalare che tanto la possibilità di pronunciarsi sul seguito della addizione, quanto il giudizio sul valore stesso della addizione, venivano affermati in un “ambiente” permeato da sentenze additive a rime obbligate, il cui seguito interpretativo incostituzionale avrebbe potuto essere addebitato ad una dis-interpretazione, da parte dei giudici comuni, di premesse e fini della sentenza. Nel caso di sentenze additive a rime libere, invece, a nostro avviso, l’incostituzionalità della addizione – o della interpretazione della addizione – potrebbero non essere addebitabili ai giudici, bensì derivare, anche esclusivamente, da un mutamento di sensibilità della Corte.

La saldezza del rispetto della precedente giurisprudenza, infatti, potrebbe vacillare nel momento in cui la addizione operata dalla Corte non sia più a rime obbligate bensì una fra le «soluzioni costituzionalmente adeguate» e, magari, riguardi temi eticamente delicati e divisivi. Le addizioni pretorie in simili vicende, infatti, proprio per il grado di discrezionalità connesso alla “libertà” delle rime, potrebbero maggiormente prestarsi a successive rivalutazioni critiche anche da parte della stessa Corte.

Si cercherà di chiarire meglio quanto detto con un rapido esempio. Nel c.d. “caso Cappato”, deciso – dopo il noto *iter* – la Corte, con la sentenza n. 242 del 2019, in estrema sintesi, ha riconosciuto l’illegittimità dell’articolo 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, nei modi previsti dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219/2017, agevoli l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una

⁴³ E. CATELANI, *Sull’ammissibilità della riproposizione*, cit., 33.

⁴⁴ *Idem*, 34.

persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche. Lasciando impregiudicata in questa sede la pur fondamentale questione legata alla natura giuridica della "esclusione della punibilità" introdotta⁴⁵, può ritenersi che la Corte abbia aggiunto una condizione di liceità in una materia eticamente sensibile. Ebbene, non può negarsi che siffatta decisione possa essere criticata non solo da un punto di vista formale, in riferimento alla bontà dello strumento decisorio, ma anche da un punto di vista sostanziale, in riferimento al merito della addizione. Non sembra impossibile, infatti, immaginare che i sostenitori del bene "vita" abbiano visto nella decisione della Consulta un *vulnus* a quello che loro reputano un bene fondamentale dell'individuo tale da non poter essere compresso o bilanciato in alcun modo. Ebbene, proprio in casi come questo potrebbe immaginarsi che gli stessi "pro vita" si facciano legittimamente promotori di eccezioni di legittimità costituzionale finalizzate a far rimettere nuovamente la questione riguardante l'articolo 580 del codice penale stavolta, però, non per la sua formulazione originaria bensì per l'aggiunta operata dalla Corte costituzionale.

È proprio in queste ipotesi che il vincolo derivante da una sentenza additiva si farebbe forte. La Corte, infatti, laddove per qualsivoglia ragione volesse accogliere la questione, dovrebbe, in concreto, dichiarare incostituzionale la propria addizione. Evento, questo, che potrebbe essere tanto singolare quanto esiziale per la Corte stessa.

Verrebbe quindi da dire che i soggetti genericamente definiti "pro vita" difficilmente potrebbero vedere accolte le proprie rimostranze attraverso la via del giudizio di legittimità costituzionale. Troppo e troppo rilevanti sarebbero forse le implicazioni. Costoro, però, non potrebbero neanche esperire la via del referendum abrogativo poiché le addizioni della Corte non risultano nel testo formale di legge.

Ecco quindi il terzo vincolo, quello nei confronti del corpo elettorale.

L'anticipazione del giudizio di legittimità al momento del sindacato sulla ammissibilità del referendum, infatti, assume maggiore rilevanza se, e questo è il ragionamento che si segue in questa sede, l'incostituzionalità della procedura dovesse derivare dalla intenzione del Comitato promotore di "abrogare" la addizione operata dalla Corte e, per l'effetto, ripristinare, in modo incostituzionale, una disciplina già dichiarata – si scusi la ripetizione – incostituzionale.

È stato detto in precedenza che il giudizio di ammissibilità del referendum abbia perduto i propri caratteri originari – peraltro, come visto, forse neanche mai stati così rigorosi – e stia tendendo sempre più verso un controllo, talvolta, anche della

⁴⁵ La dottrina ha variamente inteso tale esclusione qualificandola come causa di giustificazione, causa di esclusione della punibilità ovvero quale modifica del perimetro della fattispecie incriminatrice. Tale ultima concezione, in particolare, rappresenterebbe anche una negazione del carattere additivo della sentenza della Corte poiché se si parla di rimodulazione (in negativo) del perimetro della fattispecie penale, allora si lascia intendere che quanto fatto dalla Corte non sia stata una aggiunta bensì una restrizione del penalmente illecito. Ciò renderebbe anche il ragionamento portato avanti in questa sede parzialmente scorretto, ma, per il fine per cui si utilizza la sentenza, interessa che la stessa riguardi un tema "etico" e che, in qualche modo possa essere intesa come additiva.

Sul punto, si veda P. BERNARDONI, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla "non punibilità" dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 26 febbraio 2020.

“costituzionalità” della c.d. normativa di risulta⁴⁶. Ciò, se combinato con una giurisprudenza della Corte sempre meno “attenta” al rispetto delle rime obbligate nelle sentenze additive, anche in questioni politicamente e socialmente divisive, potrebbe comportare una ipostatizzazione ed una “super-costituzionalizzazione” delle addizioni fatte dalla Consulta. Il vincolo nei confronti del corpo elettorale rispetto alla impossibilità di esperire il referendum sulle aggiunte pretorie, inoltre, deriverebbe – anche alternativamente – da due diversi fattori. Innanzi tutto, la tendenza della Corte a sindacare la legittimità della normativa di risulta non ammetterebbe l’abrogazione referendaria dell’aggiunta poiché, in tal modo, si ripristinerebbe una disciplina già dichiarata incostituzionale e, per l’effetto, la disposizione uscente dal referendum sarebbe incostituzionale. In seconda analisi, poi, l’impossibilità deriverebbe da un dato di fatto, molto più semplice e al tempo stesso più limitante. Le aggiunte della Corte contribuiscono solo in via ermeneutica al significato della disposizione, ma non vengono accluse al testo formale della legge. Ecco allora l’ostacolo veramente insormontabile per il corpo elettorale. Se si torna all’esempio fatto poco sopra, 500.000 elettori “*pro vita*”, per vedere abrogata l’addizione della Corte, non potrebbero far altro che chiedere l’abrogazione dell’intero articolo 580 c.p., con l’effetto, paradossale, di ottenere un esito ancor più antitetico a quello che sarebbe il loro obiettivo⁴⁷.

5. ...e le possibili soluzioni

Senza che si rinunci al fondamentale apporto che le sentenze additive hanno fornito negli anni, potrebbero prospettarsi varie possibilità al fine di giungere ad una soluzione che cerchi di considerare tutti gli elementi in gioco.

Al fine di rimuovere alcuni dei problemi generati dall’abbandono delle rime obbligate, si potrebbe prevedere il formale inserimento nel testo della legge della addizione operata dalla Corte, nonché una formale distinzione, quanto a vincolatività, tra le pronunce a “rime libere” e le altre additive. Potrebbe ad esempio prevedersi, al fine di salvaguardare l’esperibilità del referendum, che mentre le pronunce a rime obbligate abbiano una vincolatività diretta sia nei confronti del Parlamento che del corpo elettorale, in ragione della “stretta aderenza” alla Carta, le altre siano vincolanti solo per il primo, lasciando agli elettori la possibilità di attivarsi laddove non condividessero gli esiti della decisione della Corte. È di pronta evidenza la obiezione; come distinguere le due pronunce? In via interpretativa o prevedendo che sia la Corte ad indicarlo? E ancora, laddove fosse la Corte ad indicarlo, come escludere che possa essere formalmente affermata a “rima obbligate” una sentenza invece a “rime libere”?

⁴⁶ Come detto, però, tale tendenza non è sempre riscontrabile nelle pronunce della Corte. Si rinvia, nuovamente, a Corte costituzionale, sentenza n. 51/2022, considerato in diritto, par. 10.

⁴⁷ Notava giustamente il Professor Siclari in sede di dibattito che una abrogazione in via referendaria delle addizioni operate da parte della Corte costituzionale potrebbe immaginarsi laddove nel testo della legge compaia la dizione «e successive modifiche» od altra ad essa affine. In simili ipotesi, infatti, proprio tale parte di disposizione potrebbe essere fatta oggetto dell’iniziativa referendaria al fine di abrogare, con essa, anche le “successive modifiche” frutto non di altre disposizioni collegate, bensì di dispositivi additivi della Corte.

Molti interrogativi derivanti dalla difficoltà di ricondurre a sistema delle innovazioni che si sono consolidate nel corso di decenni.

Per questa ragione, chi scrive ritiene che la via percorribile sia una terza già accennata in precedenza. Recuperando il pensiero di Gaetano Silvestri⁴⁸ – come detto, in seguito ritrattato – in riferimento alla non generalizzata applicabilità delle addizioni operate dalla Corte in quanto ritenute assimilabili alle analogie, si potrebbe convenire con l'obiezione che fa l'Autore a chi volesse revocare in dubbio le conclusioni raggiunte sulla base di una lettura formalistica dell'articolo 136 della Costituzione. Nel saggio, infatti, si afferma che «l'efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte è legata, nell'interpretazione letterale del disposto costituzionale, alla *cessazione di efficacia* di una norma esistente e non all'*entrata in vigore* di una norma nuova»⁴⁹. Ebbene, seguendo tale impostazione ed ampliandola, si potrebbero ritenere le sentenze additive giuridicamente vincolanti solo rispetto alla impossibilità di applicare la legge per come si presentava prima dell'aggiunta, non rispetto alla specifica addizione. Un simile giudizio sulle sentenze additive, peraltro, è espresso anche da altra dottrina⁵⁰ la quale, sulla base di argomentazioni talvolta anche differenti, variamente afferma l'assenza di efficacia *erga omnes* della parte integrativa/additiva/ricostruttiva della pronuncia della Corte.

Senza l'efficacia vincolante diretta però, per chi scrive, non si eliminerebbero le potenzialità di tali sentenze, ma, anzi, si offrirebbe alla Corte la possibilità di adeguare una disciplina alla Costituzione anche nei casi in cui non sia sufficiente una interpretazione, per l'appunto, adeguatrice. Data l'assenza di incidenza diretta nei rapporti con il legislatore, infatti, si consentirebbe alla Corte di esprimersi anche su questioni maggiormente problematiche e nelle quali le rime sarebbero "liberissime". La stessa diretta efficacia *erga omnes* delle sentenze di accoglimento, del resto, come già accennato in precedenza, in aderenza al dettato degli articoli 136 della Costituzione e 30 della legge n. 87 del 1953, ben potrebbe essere limitato alla *pars destruens*, a quel segmento di sentenza nel quale viene dichiarata l'incostituzionalità della legge nella parte in cui dalla sua interpretazione risulta una esclusione incostituzionale⁵¹. Le due disposizioni citate, infatti, espressamente si riferiscono alla «norma» quando, rispettivamente, affermano la cessazione della efficacia e la impossibilità di applicazione. Ciò significa che quella specifica interpretazione dichiarata incostituzionale non possa più essere seguita, non che debba essere necessariamente seguita quella offerta, con addizione, dalla Corte costituzionale stessa. La vincolatività *erga omnes* della *pars costruens* delle sentenze additive dovrebbe, quindi, essere legata al seguito interpretativo

⁴⁸ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, cit., 1710.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Ci si riferisce a N. PICARDI, *Le sentenze «integrative» della Corte Costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. 4, Milano, 1977, 631 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 663 ss.; A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1992, 3672 ss.

⁵¹ N. PICARDI, *Le sentenze «integrative»*, cit., 633 ss; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 663.

della pronuncia della Consulta, attraverso la incidenza che un tale autorevole precedente può avere nel percorso ermeneutico⁵².

È necessario però notare che le considerazioni della dottrina richiamata rispetto al solo valore *persuasivo* delle addizioni della Corte sono state espresse in un momento di stretto rispetto delle rime obbligate da parte della Consulta. Questo, nel ragionamento che si segue, non è un elemento da trascurare. Affermare, infatti, che la *pars costruens* abbia la sola valenza di autorevole precedente al quale rifarsi comporta differenti conseguenze a seconda che l'addizione della Corte sia a rime libere ovvero obbligate. In quest'ultimo caso, infatti, la Corte fa discendere l'addizione direttamente – in modo, per l'appunto, obbligato – dal testo della Carta, non diversamente da quanto potrebbero fare i giudici comuni laddove interpretassero la legge dichiarata incostituzionale alla luce della Costituzione, eventualmente integrandone la portata normativa⁵³. Nel caso delle addizioni a rime libere, invece, ciò verso cui si spinge la Corte è un approdo che non sarebbe raggiungibile dai giudici *a quibus*. La scelta fra un dispositivo additivo ed uno interpretativo, infatti, risiede proprio nella impossibilità, a livello ermeneutico, di forzare il testo della disposizione sino al punto di far affermare alla legge ciò che essa non dispone. Da ciò potrebbero però derivare conseguenze sensibilmente differenti. Al momento di colmare la lacuna derivante dalla *pars destruens* di un sentenza additiva, infatti, da un lato le addizioni a rime obbligate potrebbero essere fatte proprie dai giudici comuni e divenire, eventualmente, diritto vivente⁵⁴; dall'altro le sentenze a rime libere, se si nega l'efficacia *erga omnes* delle addizioni, proprio perché pronunciate nei casi in cui la sola interpretazione non è sufficiente, non potrebbero essere accolte dai giudici soggetti soltanto alla legge e, di conseguenza, non potrebbero neanche ambire a recuperare, di fatto, la vincolatività che difetta loro di diritto.

Quest'ultima conclusione, però, se espressa acriticamente, conduce ad una alternativa eccessivamente radicale: o le sentenze additive a rime libere sono inutili, in quanto non possono neanche essere seguite dai giudici, o sono dannose, poiché invadono la sfera di discrezionalità del legislatore.

È chiaro però che, nonostante le varie voci critiche già richiamate in precedenza⁵⁵, il giudizio sulle sentenze additive a rime libere non possa essere ridotto all'alternativa di

⁵² Nota sul punto A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente*, cit., 3693-3694 che è «frequente – ma indimostrata – l'affermazione secondo la quale «la giurisprudenza dei giudici comuni *sembra* si sia adattata» alle decisioni additive. Quell'adattamento affermato, infatti, potrebbe spiegarsi non con il valore vincolante *erga omnes iudices* del dispositivo additivo, bensì con l'essersi formato un diritto vivente rispetto ad una «rima» davvero obbligata e che, per questo, non ha conosciuto eterogeni seguiti giurisprudenziali».

⁵³ Nota G. ZAGREBELSY, *Processo costituzionale*, cit., 662-663, che in riferimento al mancato seguito da parte dei giudici della sentenza additiva n. 190 del 1970, la Corte abbia in seguito, con la sentenza n. 62 del 1971, paventato l'attivazione del conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato laddove i giudici avessero continuato a disattendere la precedente pronuncia della Consulta e fossero giunti autonomamente ad una diversa soluzione. Ricorda però l'Autore che una simile posizione della Corte poteva ritenersi giustificata dato che nella sentenza n. 190 del 1970 l'addizione era veramente a rime obbligate, tale da porre i giudici innanzi ad una alternativa: «il rispetto del diritto costituzionale alla difesa in giudizio richiedeva necessariamente l'applicazione della norma individuata dalla Corte costituzionale; il rifiuto di applicarla comportava necessariamente la violazione del diritto costituzionale».

⁵⁴ A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, cit.

⁵⁵ V. nota 32.

cui sopra. Queste, se in assenza di efficacia diretta *erga omnes* non possono espandere la capacità ermeneutica dei giudici comuni e non possono quindi essere seguite al momento dell'applicazione della legge, non risultano comunque prive di effetti. La giustizia costituzionale italiana, infatti, ha coniato da tempo lo strumento delle sentenze additive di principio; pronunce che – a differenza delle additive di prestazione – non sono direttamente “applicabili” e rispetto alle quali si rende necessario l'intervento del legislatore. Ebbene, tali sentenze, proprio per la necessità di un intervento legislativo che traduca il principio in regola, non sono direttamente vincolanti per i giudici comuni ad eccezione, però, del giudice *a quo* che ha rimesso la questione alla Corte. Ecco allora che è già possibile rinvenire nell'ordinamento una soluzione alla supposta “inutilità” che potrebbero avere le sentenze additive a rime libere in assenza di efficacia *erga omnes*. Se è vero che queste non potrebbero essere utilizzate da tutti i giudici, è altrettanto vero che la integrazione operata dalla Corte potrebbe essere ritenuta vincolante per il giudice rimettente, non diversamente da quanto già avviene con le sentenze additive di principio⁵⁶. È così che, attraverso quella che potrebbe atteggiarsi quale “giustizia del caso concreto”, si potrebbe attribuire alle sentenze a rime libere una efficacia che, al contempo, faccia salva la discrezionalità del legislatore senza però negare al giudizio *a quo* una soluzione, per l'appunto, costituzionale.

Si è detto che con ciò non si vuole negare alle sentenze additive la indubbia importanza che hanno acquisito negli anni. Senza il rischio di una significativa “invasione” del campo del legislativo e senza una sottrazione di una disciplina al referendum abrogativo, infatti, la Corte sarebbe libera di prospettare una possibilità, la quale, nel caso, vedrà nei giudici – diretti interlocutori della Consulta – i soggetti deputati a dare la più ampia applicazione alla *disciplina*.

⁵⁶ Si veda sul punto G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale: II. Oggetti, procedimenti decisioni*, Bologna, 2018, 244.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA CÉLÉRITÉ, CLÉ DE VOÛTE DE L'EFFICIENCE DE LA PROCÉDURE QPC

MAXIME MILLON

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. La célérité comme contrainte reposant sur le juge, garantie formelle de l'efficacité de la Qpc. – 3. La célérité comme opportunité pour le justiciable, garantie matérielle de l'efficacité de la Qpc. – 4. La célérité comme contrainte pesant sur la décision. – 5. Conclusion.

1. Introduction

En quittant ses fonctions de Président du Conseil constitutionnel en 2016, Jean-Louis Debré laissait derrière lui une institution profondément renouvelée, tant dans la forme que dans le fond. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) dans la Constitution française par la révision du 23 juillet 2008 a bousculé les habitudes des sages de la Rue de Montpensier dont le rythme de travail a considérablement augmenté. Ainsi a-t-elle entraîné une double révolution : une révolution en elle-même, par l'octroi d'un nouveau droit pour et au service du justiciable, mais aussi et surtout, une révolution du Conseil constitutionnel. Si certains auteurs s'interrogent sur l'inachèvement de la révolution juridique opérée par la nouvelle voie de droit offerte par la QPC¹, il est certain qu'elle a métamorphosé le visage de l'institution².

¹ Voir notamment J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN (dir.), *La Qpc : une révolution inachevée ?*, Paris, 2016.

² En témoigne le recensement de quelques nouveautés introduites avec la Qpc : règlement intérieur, salle d'audience, réorganisation des services, nombre de décisions rendues, etc.

Les deux derniers présidents qui se sont succédés ont d'ailleurs souligné le changement de paradigme opéré par la réforme, affirmant pour l'un que « le temps de la justice n'est plus celui des magistrats ou des avocats, c'est celui des justiciables »³, et son successeur d'ajouter que chaque décision doit concilier des impératifs de « sagesse et célérité »⁴ au vu des délais imposés par le législateur organique pour statuer sur la QPC. Dans le contexte européen, la célérité est une spécificité notable qui semble être contraignante pour les juges de la QPC d'un côté, et profitable au justiciable de l'autre.

En prévoyant au nouvel art. 61-1 de la Constitution que les juridictions suprêmes devront se prononcer dans un « délai déterminé », le législateur constituant de 2008 ouvre la voie à l'insertion d'une série de règles temporelles, tant pour le juge *a quo* que pour le juge *ad quem*, par le législateur organique. Révélateur d'un choix politique⁵, l'addition des délais imposés aux juridictions françaises dans le traitement des QPC qui leur sont soumises témoigne d'une volonté d'enserrer la question préjudicielle dans une temporalité caractérisée par sa célérité.

Le terme de célérité est ancien et renvoie à nos racines latines, de *celer* qui signifie promptitude dans l'exécution ou rapidité à agir⁶. Notion fréquemment employée par le législateur français⁷, par la doctrine et par la jurisprudence, la célérité n'en reste pas moins, pour reprendre les mots du Doyen Carbonnier, un « concept flou » dont l'angle conceptuel n'était, jusqu'à récemment, que peu abordé⁸. Si de récents travaux ont cherché à la définir avec précision⁹, elle apparaît désormais comme une notion que le droit processuel encadre, mais ne connaît toujours pas de définition explicite. Tantôt abordée en termes de délais, auquel cas elle s'oppose tant à l'excès de lenteur qu'à l'excès de rapidité, tantôt analysée au regard des acteurs du procès, où elle est alors diligence¹⁰, elle est toujours envisagée comme un moyen destiné à améliorer la qualité de la justice¹¹. Reste qu'en tout état de cause, le terme de « célérité » est préféré à celui de « rapidité »,

³ M. KOCH, *Jean-Louis Debré : « Le temps de la justice, c'est le temps des justiciables »*, in *La lettre du Cadre*, 26 février 2016, [en ligne].

⁴ L. FABIUS, *Cérémonie de vœux du Président de la République au Conseil constitutionnel*, Palais de l'Élysée, 2018.

⁵ Voir notamment P. GAÏA, *Rapport introductif*, in *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 5, 2015 ; T. LARROUTUROU, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Paris, 2020, 12 ss.

⁶ « Célérité », Dictionnaire de l'Académie française, 8^e éd., t. 1, Paris, 1932, 207.

⁷ Voir notamment les art. 485 et 1464 du Code de procédure civile ; les art. 534, 694-35 et D. 15-4-5 du Code de procédure pénale ; l'article R. 213-11 du Code des procédures civiles d'exécution ; l'article L. 361-4-2 du Code rural et de la pêche maritime.

⁸ Pour des amorces de réflexion, voir J. PRADEL, *La célérité de la procédure pénale en droit comparé*, in *Revue Internationale de droit pénal*, vol. 66, n° 3-4, 1995, 323 ; J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice*, Paris, 2004, 11 s. Sur les justifications éventuelles de ces carences, voir D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, 2006, 39.

⁹ S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Paris, 2002 ; D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, cit.

¹⁰ Sur ce point, voir notamment D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, cit. 263 ; S. AMRANI-MEKKI, *Le principe de célérité*, in *Revue française d'administration publique*, n° 125, 2008, 51 s.

¹¹ Voir notamment J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice*, cit.

ce dernier devant s'accommoder du temps nécessaire à la qualité du système juridictionnel¹². En somme, la célérité de la procédure peut être définie comme « un ensemble de normes prévoyant des procédures de durées distinctes et adaptées, encourageant la diligence des acteurs du procès et permettant d'obtenir le jugement des procès sans excès de lenteur ou de rapidité »¹³.

Le traitement du temps au Conseil constitutionnel par la doctrine est foisonnant¹⁴, mais les enjeux entourant la célérité de la procédure QPC restent à l'écart¹⁵, alors qu'elle semble pourtant conditionner l'efficacité du moyen d'inconstitutionnalité. Empruntée de l'anglais *efficiency*, lui-même du latin *efficientia*, « faculté de produire un effet », l'efficacité est un concept couramment mobilisé en économie qui renvoie notamment au « meilleur usage des moyens »¹⁶. Transposé à notre objet, l'on considèrera que la QPC est efficace si elle permet, grâce à la célérité de sa procédure, à chacun de ses acteurs de s'en saisir pleinement en vue d'obtenir un traitement efficace de la question posée, tout en répondant aux canons ordinaires des garanties juridictionnelles.

Les juridictions administratives et judiciaires, qu'elles soient ordinaires ou suprêmes, sont le plus souvent libres dans les délais de jugement et sont maîtres des horloges. Aujourd'hui, et au moins en cela, la QPC a entraîné une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle¹⁷. Les juridictions sont devenues captives du temps dans l'examen de la recevabilité et, le cas échéant, de la transmission de la question de constitutionnalité. Le constituant a en effet souhaité garantir un examen rapide des QPC, propre à leur caractère *prioritaire*¹⁸. Les juges *a quo* et *ad quem* se trouvent contraints par des délais prévus par l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel¹⁹. L'inscription de délais impératifs va dans le sens d'une

¹² S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, cit., 44.

¹³ D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, cit., 263.

¹⁴ Voir notamment M. KAMAL-GIRARD, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Paris, 2020 ; C.-E. SENAC, *La contrainte de temps et la protection des libertés par le Conseil constitutionnel*, in *Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ?*, Poitiers, 2021 ; D. ROUSSEAU, *Le Conseil constitutionnel, maître des horloges*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 54, 2017 ; M. KAMAL-GIRARD, *Le Conseil constitutionnel, esclave de la montre ?*, in *Petites affiches*, 2020.

¹⁵ Une exception notable est à relever. Cependant, l'analyse de l'auteur est circonscrite à la « priorité-préséance » et la « priorité-célérité » au prisme de l'utilisation des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité. Voir en ce sens T. LARROUTOUROU, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, cit., 133 ss.

¹⁶ A. SILEM, A. GENTIER, J.-M. ALBERTINI (dir.), « Efficacité du marché », *Lexique d'économie*, 15^e éd., Paris, 2018, 350.

¹⁷ Voir notamment A. VIDAL-NAQUET, X. MAGNON (dir.), *La Qpc, vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle ?*, Aix-en-Provence, 2020.

¹⁸ Voir les développements à ce sujet notamment dans les rapports J.-L. WARSMANN, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République*, Assemblée nationale, 2008 et J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée nationale, 2009 ; ainsi que dans la thèse de M. KAMAL-GIRARD, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Paris, 2020.

¹⁹ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée par la Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

importante célérité, et il en va de même pour le Conseil qui, lui aussi, se trouve enserré dans une ligne temporelle stricte imposée par le législateur organique.

L'encadrement strict des délais pour l'examen de la recevabilité, la transmission et le jugement des QPC relève d'une quadruple justification. Premièrement, si la Cour européenne des droits de l'homme considère que le Conseil constitutionnel échappe à son contrôle lorsqu'il statue comme juge électoral et qu'il ne reçoit donc pas l'application de l'art. 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, il en va autrement du contrôle *a posteriori*. La Cour de Strasbourg considère en effet que le droit à un délai raisonnable de jugement trouve à s'appliquer, qu'il s'agisse d'une saisine directe d'un particulier devant une cour constitutionnelle²⁰ ou d'une question préjudicielle posée à la cour constitutionnelle par une juridiction ordinaire²¹. Deuxièmement, il procède d'une logique procédurale en ce que la procédure QPC, parce qu'elle « s'enchaîne dans le contentieux général »²², ne doit pas entraver le cours du procès. Dans la mesure où la question est posée à l'occasion d'une instance en cours, il est essentiel que son examen n'ait pas pour effet d'allonger celle-ci, d'autant qu'à de rares exceptions près, le juge doit surseoir à statuer dès lors qu'une QPC est soulevée²³. Troisièmement, il tient de la nature même du contrôle : parce que la QPC a vocation à préserver l'ordre juridique, elle doit permettre de le vider promptement de toute disposition législative qui serait inconstitutionnelle. L'excès de lenteur pour se prononcer est d'ailleurs une critique couramment formulée dans certains systèmes, notamment en Espagne où le délai de jugement du Tribunal constitutionnel se compte en années²⁴. Gustavo Zagrebelsky, ancien président de la Cour constitutionnelle italienne, exprime cet enjeu à merveille : « la garantie de la Constitution, au-delà de tout délai raisonnable, n'est alors autre chose que l'impunité accordée à sa violation »²⁵. Quatrièmement, enfin, il relève d'un choix éminemment politique de renforcement du caractère *prioritaire* de la QPC afin d'assurer, notamment face au contrôle de conventionnalité, la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne²⁶. Face au moyen d'inconventionnalité et à l'euphémisation du droit, la

²⁰ Cedh, 16 septembre 1996, *Süssmann c. Allemagne*, n° 20024/92.

²¹ Cedh, 26 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/97.

²² D. ROUSSEAU, *La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel*, in *RDP*, 2009, 641.

²³ Article 23-3 de la Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009.

²⁴ Pour des exemples plus fournis, voir S. NICOT, *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et Etats-Unis)*, Paris, 2006.

²⁵ G. ZAGREBELSKY, *La multiplication des recours en Italie : encombrement et micro-constitutionnalité*, in *AJJC*, 1987, 115.

²⁶ Tel est l'argument régulièrement avancé. Voir notamment M. GUILLAUME, *La question prioritaire de constitutionnalité*, in *Justice et Cassation. Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010 ; J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée nationale, 2009. Sur le choix politique de renforcement du caractère prioritaire de la QPC, voir notamment B. BONNET, *La règle de priorité d'examen : fondements, justifications, critiques*, in *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, 5/2016. On sait par ailleurs le scepticisme de la Cour de justice de l'Union européenne quant au caractère prioritaire de la QPC sur le renvoi préjudiciel. Voir en ce sens l'arrêt CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli* et ses analyses, notamment F.-X. MILLET, *Le dialogue des juges à l'épreuve de la Qpc*, in *Revue du droit public*, 6/2010 ; F.-X. MILLET, *Le Conseil constitutionnel, juge de la Qpc. Vers une cour constitutionnelle intégrée ?*, in *La Qpc, vers une reconfiguration de l'architecture*

célérité constitue le fer de lance de la procédure QPC, cette dernière ne devant son existence, selon certains auteurs, qu'à la menace du contrôle de conventionnalité²⁷. En effet, comme l'a relevé le Secrétaire général du Conseil de l'époque, « compte tenu de la proximité entre, d'une part, la protection constitutionnelle des droits et libertés, et, d'autre part, la protection conventionnelle des droits et libertés, la quasi-totalité des questions de constitutionnalité pourraient être rejetées au motif que la loi contestée doit être écartée pour inconstitutionnalité. [...] La réforme serait vidée de tout contenu ; elle aurait fait "pschitt" »²⁸. Plus encore, l'attractivité de la QPC tient dans le délai de réponse du juge qui devient un élément capital dans la stratégie contentieuse des parties et de leurs avocats : plus le délai sera long, moins l'exception d'inconstitutionnalité sera avantageuse face au recours en inconstitutionnalité.

C'est donc de ce risque de « pschitt » que le caractère prioritaire de la question préjudicielle « à la française » est né et qu'il relève tant de considérations internes que d'impératifs liés aux engagements internationaux de la France. Plus encore, c'est bien la célérité qui irrigue la procédure tout entière. Mais en quoi la célérité est-elle consubstantielle à l'efficacité de la procédure QPC ? La célérité apparaît d'un côté contraignante pour les juges, mais constitue une garantie formelle de l'efficacité de la QPC (2), tandis que de l'autre, parce qu'elle apparaît profitable aux justiciables, elle en constitue une garantie matérielle (3). Il ne faut toutefois pas perdre de vue que, parce que le diable se cache dans les détails, la célérité de la procédure QPC n'est pas dépourvue d'incidences négatives, impliquant dès lors de se mettre en quête d'un équilibre systémique périlleux (4).

2. La célérité comme contrainte reposant sur le juge, garantie formelle de l'efficacité de la Qpc

2.1. Une contrainte temporelle relative pour les juges du filtre

La célérité pose une contrainte relative pour les juges du filtre. Il convient en effet de ne pas oublier que la QPC est présentée, compte tenu du caractère incident du mécanisme, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction. L'enjeu est alors que son examen n'ait pas pour effet d'allonger l'instance principale. C'est précisément la raison pour laquelle la question des délais fut l'un des points centraux de la discussion de

juridictionnelle ?, Aix-en-Provence, 2020, 97 s. ; X. MAGNON, *La Qpc face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand*, RFDC, 84/2010.

²⁷ Voir notamment A. LEVADE, *Les libertés et droits fondamentaux : quel avenir pour le droit constitutionnel ?*, in *Politeia*, 30/2016, 325 ; T. LARROUTUROU, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, cit., 157.

²⁸ *Audition de M. Marc GUILLAUME, Secrétaire général du Conseil constitutionnel*, Commission des lois, Assemblée nationale, Compte rendu 63/2009.

la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution²⁹.

D'une part, l'art. 23-2 de l'ordonnance de 1958 prévoit que le juge *a quo* « statue sans délai » sur la transmission de la QPC au juge *ad quem*. Si le législateur organique avait envisagé des formules plus précises³⁰, aucune ne paraissait véritablement satisfaisante, notamment au regard de la grande diversité des contentieux. Ainsi s'est-il résolu à indiquer une urgence traduite par l'expression « sans délai », sans toutefois prendre soin de définir une durée précise afin de laisser à la juridiction le soin d'apprécier, compte tenu des caractéristiques de chaque nature de contentieux et de chaque espèce, ce qui constitue un délai raisonnable³¹. Alors que le dernier alinéa de l'art. 23-2 prévoit un délai de huit jours suite au prononcé de la décision de transmission de la QPC du juge *a quo* à la juridiction suprême dont il relève si la question incidente satisfait aux conditions de recevabilité imposées par le législateur organique, d'autres systèmes de droit ont fait un choix différent. En Italie, par exemple, la juridiction saisie de la question d'inconstitutionnalité doit « saisir immédiatement »³² la Cour constitutionnelle si la question soulevée n'est pas sans fondement, sans toutefois préciser un quelconque délai quant à l'étude des critères de recevabilité. Il est à cet égard nécessaire de relever que ce mécanisme incident entraîne une distension des temps du procès au fond qui se traduit notamment par l'obligation faite au juge ordinaire de surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge suprême ou, s'il est saisi, du juge constitutionnel³³.

²⁹ J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cit.

³⁰ L'Assemblée nationale avait initialement institué un délai de deux mois au terme duquel, si le juge *a quo* n'avait pas statué, le requérant pouvait saisir de la QPC le Conseil d'État ou le Cour de cassation. La Commission des lois du Sénat avait cependant supprimé cette disposition.

³¹ Sur la notion de délai raisonnable, voir notamment C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris, 1984 ; G. KHAIRALLAH, *Le « raisonnable » en droit privé français. Développements récents*, in *RTDciv*, 1984. Pour une distinction entre le « raisonnable de conformité » et le « raisonnable de modulation », voir D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, cit., 439 ss. À noter que le délai raisonnable n'est pas le délai que les justiciables souhaitent ni celui de l'opinion publique, cf. F. TERRE, *Esquisse d'une sociologie des procès*, in *Archives de philosophie du droit*, 39/1994. Pour une moyenne des délais de transmission des QPC par le juge du fond, voir J.-J. URVOAS, *Rapport d'information sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Assemblée nationale, n° 842, 2013, 28. Par ailleurs, le commentaire officiel de la décision du 3 décembre 2009, en précisant que cette formule établit une incitation à « juger le plus vite possible », n'éclaire pas davantage. Commentaire de la décision n°2009-595 DC, « Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 28/2009.

³² Article 23 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 relative à l'organisation et au fonctionnement de la Cour constitutionnelle (*Journal officiel* n° 62, 14 mars 1953). Il est en outre nécessaire de préciser que le système italien ne connaît pas de double filtrage.

³³ Article 23-3 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958. Le sursis à statuer peut parfois se prolonger après la décision du juge constitutionnel. En vertu de l'article 62 de la Constitution, le Conseil constitutionnel détient en effet le pouvoir de moduler dans le temps les effets de ses décisions et peut décider de « geler » les procédures pendantes devant les juges de droit commun dans l'attente de l'adoption, par le législateur, de mesures adéquates afin de préserver l'effet utile de la QPC. Voir notamment CC, n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*. Seulement, là encore, parce que la célérité de la QPC doit être conjuguée avec l'intérêt du justiciable, le sursis à statuer ne vaut lorsqu'il est question de privation de liberté ou lorsqu'une QPC est déposée devant le juge des référés. En découle alors un impératif de conciliation entre l'exigence de célérité due à la procédure QPC et la sauvegarde des intérêts des justiciables. Ce phénomène est de plus amplifié par le jeu des articles R. 771-6 du Code de justice administrative, R. 49-26 du Code de procédure pénale et 126-5 du Code de procédure civile qui ouvrent la possibilité, pour

D'autre part, si le législateur organique s'est voulu beaucoup plus précis s'agissant du délai accordé au juge *ad quem* en inscrivant un délai de trois mois à l'art. 23-4, il ne s'agit que d'un « délai à peine de dessaisissement »³⁴, le silence de la juridiction suprême entraînant la transmission automatique de la QPC aux sages. Si le Conseil d'État comme la Cour de cassation parviennent à respecter ce délai avec succès – à de rares exceptions près³⁵ –, le Conseil constitutionnel semble néanmoins avoir reconnu le droit pour un justiciable de le saisir de manière directe en cas de dépassement du délai de trois mois et en l'absence du dessaisissement des juridictions suprêmes³⁶, contribuant ainsi au renforcement de la célérité de la procédure QPC. Ainsi, même en cas d'engorgement des hautes juridictions, la célérité de la procédure QPC ne s'en trouverait pas atteinte et n'aurait pas pour effet d'allonger l'instance en cours³⁷.

La procédure QPC est irriguée par une « logique temporelle dont les potentialités sont bien plus vastes que celles du procès de droit commun »³⁸. Seulement, la question incidente ne peut se matérialiser qu'au cours d'une instance, confrontant de fait cette dernière à une difficulté de synchronisation sur la procédure QPC qui tend à en élargir les limites temporelles³⁹. Face à ce défaut de synchronisation, la Cour de cassation a proposé une réforme en matière pénale et plaide en faveur de limites temporelles pour soulever une QPC, la pratique ayant montré, selon elle, que le dépôt de QPC a empêché la tenue d'audiences prévues de longue date. La plus haute juridiction de l'ordre judiciaire propose ainsi la mise en place de « règles de procédure qui, tout en ne perturbant pas la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité, évitent [...] des remises en cause excessive du calendrier des juridictions »⁴⁰.

La QPC suit un parcours autonome caractérisé par la célérité. Si dans la plupart des cas le juge doit surseoir à statuer⁴¹, la procédure normale continue néanmoins : elle n'est que peu retardée en ce que les parties et le juge poursuivent leurs tâches, étudient le

les juges *a quo*, de suspendre leur instance également lorsqu'une QPC similaire à celle venant d'être soulevée devant eux est en cours d'examen devant le juge *ad quem* ou le juge constitutionnel. Alors que le mécanisme était originellement présenté comme une simple faculté, la pratique a toutefois démontré que qu'il est devenu un instrument indispensable à la gestion des séries de QPC susceptibles d'engorger les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel. Voir notamment F. JACQUELOT, *La procédure de la QPC* in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, Lextenso, 2013.

³⁴ M. GUEVENOUX, *Rapport d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, Assemblée nationale, n° 2764 et n° 2765, 2020, 25.

³⁵ Voir notamment, s'agissant de la Cour de cassation : CC, n° 2011-206 QPC, 16 décembre 2011, *M. Noël C.* ; s'agissant du Conseil d'État : CC, n° 2012-283 QPC, 23 novembre 2012, *M. Antoine de M.*

³⁶ Voir notamment CC, n° 2012-237 QPC, 15 février 2012, *M. Zafer E.* ; CC, n° 2014-440 Qpc, 21 novembre 2014, *M. Jean-Louis M.*

³⁷ La crainte de l'engorgement du Conseil d'État et de la Cour de cassation ont fait l'objet de moult débats. Voir notamment J.-L. WARSMANN, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République*, Assemblée nationale, n° 892, 2008.

³⁸ F. JACQUELOT, *La procédure de la QPC*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, 26.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Cour de cassation, *Le risque. Rapport annuel 2011*, Paris, 2012, 49.

⁴¹ Il en va de même en Italie, en atteste l'article 23 de la Loi n° 87 du 11 mars 1953 relative à l'organisation et au fonctionnement de la Cour constitutionnelle (Journal officiel n° 62, 14 mars 1953).

dossier et peuvent l'enrichir. La procédure normale suit son cheminement sur la « route nationale », mais, parallèlement à celle-ci, existe la « voie expresse » sur laquelle s'est élancée la QPC⁴², l'objectif étant que le temps d'examen de la transmission et du renvoi de la QPC, puis le temps d'examen de la QPC elle-même, s'impute sur le délai d'instruction de l'affaire et ne la rallongent pas. Cette dernière apportera rapidement une réponse claire et définitive dont les parties pourront tirer les conséquences lors de la reprise de l'instance principale.

En somme, la procédure devant le juge ordinaire suit son chemin et la célérité de la procédure QPC ne pose, finalement, qu'une contrainte temporelle relative pour les juges du filtre.

2.2. Une contrainte temporelle renforcée pour le Conseil constitutionnel

Preuve supplémentaire de la volonté politique d'une célérité importante, le législateur organique a dépassé les bornes posées par le constituant. En effet, si l'art. 61-1 de la Constitution a prévu qu'il appartiendrait aux juridictions suprêmes d'exercer leur rôle de filtre dans un délai déterminé, il n'a en revanche enserré l'intervention du Conseil constitutionnel dans aucun délai préfix. Pour autant, le silence gardé par la Constitution n'a manifestement pas dissuadé le législateur organique d'imposer un délai aux sages pour se prononcer sur les QPC⁴³. L'obligation faite au juge constitutionnel de respecter un délai maximal de jugement est l'une des spécificités françaises, cette exigence étant le plus souvent inexistante à l'étranger⁴⁴ et souligne une fois encore l'attachement du législateur français à l'exigence de célérité de la procédure QPC.

Depuis sa création, le Conseil constitutionnel a toujours été confronté aux caprices du temps⁴⁵. Avec l'instauration de la QPC, la littérature l'a parfois présenté comme maître des horloges⁴⁶, parfois comme esclave de la montre⁴⁷, le temps étant tantôt une ressource, tantôt une contrainte⁴⁸. Si une partie de la doctrine considère cette contrainte temporelle

⁴²G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, 2015, 67-68.

⁴³ Il est toutefois intéressant de relever que s'il a effectivement prévu un délai de trois mois à l'article 23-10 dans l'ordonnance de 1958 modifiée, d'une part le Conseil constitutionnel l'a jugé conforme à la constitution (CC, n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009) et, d'autre part, aucun effet n'est attaché à la méconnaissance éventuelle de ce délai.

⁴⁴ Toutefois, une exception peut être relevée en Belgique. En effet, l'article 109 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 prévoit que la Cour constitutionnelle doit statuer dans un délai de six mois, qu'elle peut proroger dans la limite de six mois supplémentaires.

⁴⁵ J. BONNET Julien, P.-Y. GAHDOUN (dir.), *Avant-propos*, in *La QPC : une révolution inachevée ?*, Paris, 2016, 8.

⁴⁶ D. ROUSSEAU, *Le Conseil constitutionnel, maître des horloges*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 54/2017.

⁴⁷ M. KAMAL-GIRARD, *Le Conseil constitutionnel, esclave de la montre ?*, in *Petites affiches*, n° 221, 2020.

⁴⁸ La décision du 26 mars 2020 témoigne de cette contrainte. En effet, en pleine crise de Covid-19, la loi organique du 30 mars 2020 prévoit la suspension des délais de transmission et de jugement des QPC

relativement faible, notamment au regard du délai imparti dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* alors que l'objet de l'examen est similaire, il semble néanmoins nécessaire de relever que les conséquences d'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité n'auront pas le même retentissement. En effet, alors que dans le cadre du contrôle *a priori* la disposition contestée n'aura pas commencé à produire ses effets, il en va différemment dans le cadre du contrôle *a posteriori* à l'occasion duquel les sages sont conduits à envisager les effets de leur décision dans l'ordre juridique⁴⁹.

La contrainte temporelle imposée au Conseil constitutionnel peut cependant être relativisée. Les sages ont en effet la capacité à statuer dans des délais très brefs sur certaines QPC alors même qu'aucune procédure d'urgence n'est prévue⁵⁰, alors qu'au contraire, pour certaines QPC soulevant des questions inédites, le délai de trois mois peut s'avérer particulièrement court⁵¹. Mais l'idée que le délai de jugement devant le Conseil constitutionnel était seulement indicatif a finalement été consacré par une décision QPC du 14 juin 2013⁵². En effet, même si certains auteurs relèvent que le Conseil constitutionnel « ne souhaite pas, pour l'heure, s'inscrire pleinement au sein de l'architecture juridictionnelle européenne »⁵³, d'autres y voient au contraire le signe que

jusqu'au 30 juin 2020. Si formellement les dispositions de la loi organique pouvaient effectivement être déclarées conforme à la Constitution, la procédure suivie était, quant à elle, manifestement inconstitutionnelle, sans que les sages ne s'en insurgent. Cette absence de déclaration d'inconstitutionnalité procède d'une justification procédurale : si les QPC transmises au juge *ad quem* n'avaient pas fait l'objet d'un examen dans un délai de trois mois, le dépassement du délai aurait entraîné son dessaisissement, et le Conseil constitutionnel en aurait été saisi d'office. Dès lors, si les juridictions suprêmes n'avaient pas été en mesure d'exercer pleinement leur office, les sages auraient été submergés de QPC qu'eux-mêmes n'auraient pu traiter dans le délai imparti de trois mois, et l'exigence de célérité s'en serait trouvée manifestement et gravement atteinte. CC, n° 2020-799 DC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

⁴⁹ Il est toutefois nécessaire de souligner que le Conseil constitutionnel tend à prendre en compte les effets *potentiels* de la loi contrôlée en procédure *a priori* bien que, par définition, ces effets ne se sont pas produits.

⁵⁰ CC, n° 2012-233 Qpc, 22 février 2012, *Mme Le Pen* : jugement dans un délai de vingt jours pour une Qpc posée par une candidate à l'élection présidentielle visant à la constitutionnalité de certaines dispositions relatives à la publication du nom et de la qualité des élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle. En l'espèce, le Conseil a articulé son calendrier d'examen avec le calendrier de l'élection présidentielle et le recueil des parrainages qui était alors concomitamment engagé ; CC, n° 2015-527 Qpc, 22 décembre 2015, *M. Cédric D* : jugement dans un délai de dix jours ; CC, n° 2017-651 Qpc, 31 mai 2017, *Association En Marche !* : jugement dans un délai de deux jours.

⁵¹ La contrainte temporelle pesant sur le Conseil est d'autant plus relative que les sages eux-mêmes ont renforcé cet impératif de célérité en adoptant le 4 février 2010 une décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC, multipliant les instruments de procédure en vue de garantir l'objectif de célérité. Par comparaison, les juges de la Cour constitutionnelle italienne semblent aller dans une direction similaire en rénovant les règles complémentaires pour les procédures devant la Cour, lesquelles contiennent notamment des instruments permettant d'accélérer le processus. Il s'agit ici de comparer notamment le *Regolamento Generale della Corte Costituzionale, 20 gennaio 1966 e successive modificazioni (Gazzetta Ufficiale 19 febbraio 1966, n. 45, edizione speciale)* avec la *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale (Approvate con delibera della Corte in sede non giurisdizionale del 22 luglio 2021 e successive modificazioni)*.

⁵² CC, n° 2013-314 Qpc, 14 juin 2013, *M. Jeremy F*. En l'espèce, le Conseil constitutionnel avait dépassé le délai de trois mois pour poser une question préjudicielle à la CJUE, sans qu'aucun effet ne soit attaché à un tel dépassement. Sur les rapports entre la Qpc et la question préjudicielle à la Cjue, voir notamment T. LARROUTOUROU, *Question prioritaire et contrôle de conventionnalité*, cit., 133 ss.

⁵³ N. PERLO, *Le rôle renouvelé de la question préjudicielle de constitutionnalité dans la construction de l'architecture juridictionnelle européenne. L'expérience italienne*, in *La QPC, vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle ?*, Aix-en-Provence, 2020, 179.

les sages tendent à s'affranchir du délai de jugement en matière de question préjudicielle à la Cjue et qu'ils préparent le terrain pour les avis consultatifs à la Cedh⁵⁴. En confirmant le caractère indicatif du délai de trois mois, le Conseil constitutionnel pourrait ainsi adapter le temps de jugement à l'affaire portée devant lui⁵⁵, mais remettrait en cause la célérité de la procédure QPC.

En définitive, l'ensemble des exigences relatives aux délais inscrits dans l'ordonnance de 1958 modifiée va dans le sens d'une promotion de la célérité de la procédure QPC. Les motivations à l'origine de cette célérité sont « décisives car elles conditionnent, pour une bonne part, l'attractivité du mécanisme de la question de constitutionnalité par rapport à celui du contrôle de conventionnalité »⁵⁶, mais restent fondamentalement liées à l'intérêt des justiciables.

3. La célérité comme opportunité pour le justiciable, garantie matérielle de l'efficience de la Qpc

Lors des auditions et débats relatifs à l'art. 61-1 de la Constitution, la célérité de la procédure QPC a été présentée comme une exigence sur laquelle repose l'intérêt des justiciables⁵⁷. D'ailleurs, la formule consacrée par le Conseil constitutionnel selon laquelle « une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la QPC »⁵⁸ n'est pas sans rappeler celle qui avait prévalu lors de l'examen de la loi organique de 2009, les sages se montrant particulièrement attentifs à la préservation de « l'effet utile de la QPC pour le justiciable qui l'a posée »⁵⁹. Autrement dit, en théorie, l'effet utile de la QPC vise à faire profiter d'une décision d'inconstitutionnalité celui qui en est à l'initiative⁶⁰. En pratique, la QPC constitue également un nouvel outil processuel au service des parties et de leurs avocats, notamment en ce qu'elle permet de provoquer une « compression du temps » afin d'obtenir un traitement accéléré de la question de constitutionnalité⁶¹. Le caractère *prioritaire* de la QPC impose en effet au juge de droit

⁵⁴ M. KAMAL-GIRARD, *Le Conseil constitutionnel, esclave de la montre ?*, in *Petites affiches*, 221/ 2020, 9.

⁵⁵ *Ibid.*, 22.

⁵⁶ P. BON, *La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009*, in *RFDA*, 6/2009, 1122.

⁵⁷ J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée nationale, 1898/2009.

⁵⁸ CC, n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W – Garde à vue*. L'effet utile des décisions Qpc a été consacré dès la première décision rendue en la matière : « Afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances en cours ... », CC, n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Cristallisation des pensions*.

⁵⁹ CC, n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

⁶⁰ Sur la notion d'effet utile des décisions Qpc, voir S. MOUTON et M. CARPENTIER (dir.), *Projet « Qpc 2020 », L'effet utile des décisions Qpc*, in *Rapport*, Toulouse, 2020.

⁶¹ Cour de cassation, cit.

commun d'examiner le moyen d'inconstitutionnalité avant tous les autres⁶². Cette exigence illustre à la fois le caractère *prioritaire*, la célérité en découlant, mais également la garantie de l'efficacité du procès incident de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité.

Aux prémices de sa conception, la procédure QPC n'est pas forgée selon les référentiels temporels habituels⁶³. Il appartient donc aux seules parties de décider de la soulever au moment qu'elles estiment le plus opportun⁶⁴ et, souvent, aux termes d'une « stratégie judiciaire »⁶⁵. D'ailleurs, l'objectif de « purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles »⁶⁶ contenait un caractère qui ne pouvait matériellement se cantonner dans la temporalité du procès de droit commun : l'instance principale est dès lors contrainte de s'adapter.

Comme les juges, les parties ont su, elles aussi, appréhender rapidement la procédure QPC, la manipuler à leur avantage grâce à l'exigence de célérité et user de toutes les possibilités mises à leur disposition pour en accélérer le traitement. Après tout, rien de surprenant : la QPC se définit d'abord comme « un moyen de droit mis à la disposition du justiciable, un moyen réservé aux parties à un litige que le juge ne peut relever d'office »⁶⁷. Le simple fait que le juge ne dispose pas de la compétence de soulever la QPC traduit ce que cette dernière est : un droit du justiciable qu'il *peut* exercer au moment de son choix selon le bénéfice qu'il peut en tirer pour le règlement de son litige⁶⁸. Sa mise en œuvre qualifiée de « fulgurante »⁶⁹, son accueil de « triomphe »⁷⁰ et sa dynamique de « *sui generis* »⁷¹ ont permis le développement de nombreuses tactiques procédurales des avocats au service des parties⁷². Dès lors, sous l'effet utile qui prévaut

⁶² Art. 23-2 et 23-5 de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution.

⁶³ F. JACQUELOT, *La procédure de la Qpc* in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, 12. En effet, la loi organique prévoit que la Qpc échappe au juge de droit commun en ce qu'il ne peut la soulever d'office, cf. art. 23-1 et 23-5 de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution.

⁶⁴ Voir par exemple Cass. crim., 2 septembre 2010, n° 10-84.027. La Cour de cassation a d'ailleurs censuré un arrêt d'une chambre d'instruction refusant d'examiner préalablement une QPC et statuant au fond immédiatement pour rejeter une demande de mise en liberté. Elle rappelle qu'il appartenait au juge « de statuer sur la transmission de la Qpc par priorité et sans délai ».

⁶⁵ M. GUILLAUME, *Qpc : textes applicables et premières décisions*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 29/2010, 31.

⁶⁶ M. GUILLAUME, *La question prioritaire de constitutionnalité*, in *Justice et Cassation. Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010, 279.

⁶⁷ J. BENETTI, *Quel(s) usage(s) de la Qpc pour quels pouvoirs au profit du justiciable ?*, in Magnon Xavier, Esplugas Pierre, Mastor Wanda, et al. (dir.), *Question sur la Question 3. De nouveaux équilibres institutionnels ?*, Paris, 2014, 195.

⁶⁸ J. BENETTI, *Quel(s) usage(s) de la Qpc pour quels pouvoirs au profit du justiciable ?*, cit., 195.

⁶⁹ E. PIWNICA, *L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs*, in *Pouvoirs*, 137/2011, 169.

⁷⁰ E. PIWNICA, *L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs*, cit., 170.

⁷¹ E. CARTIER (dir.), *Les justiciables de la Qpc*, Paris, 2023, 29.

⁷² Voir notamment B. WARUSFEL, *L'avocat comme acteur majeur du procès constitutionnel*, in *La Qpc, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, 2012, 86 ; E. PIWNICA, *op. cit.*. Pourtant aux origines les avocats faisaient preuve de perplexité face l'introduction d'une telle procédure, voir en ce sens E. PIWNICA, *Le rôle des avocats dans le traitement de la question préjudicielle*

dans les décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel, la notion d'effet utile détourné au profit de stratégies procédurales des parties semble se dégager⁷³.

Hormis la conception de l'effet utile du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire qu'une décision d'inconstitutionnalité doit pouvoir bénéficier à l'auteur de la QPC⁷⁴, d'autres conceptions peuvent être envisagées. Premièrement, les parties peuvent avoir recours à la QPC afin d'obtenir un ralentissement – même temporaire – de la procédure⁷⁵. Le recours à la QPC ne revêt alors qu'un caractère dilatoire, c'est-à-dire que son usage « tend à prolonger un procès, à retarder le jugement »⁷⁶, le risque étant dès lors que la juridiction de filtrage relève l'absence de caractère sérieux de la question. Deuxièmement, l'annonce même du dépôt d'une QPC peut servir un objectif tactique de « visibilité politique et communication à destination de l'opinion »⁷⁷. Enfin, l'effet utile détourné peut être appréhendé au prisme de la célérité de la procédure. Cette stratégie ou tactique vise à manipuler, grâce à la célérité, la temporalité du procès pour obtenir une interprétation du droit – soit de la juridiction suprême, soit du Conseil constitutionnel en cas de transmission – et d'en user pour l'instance au fond.

Avec ses quelques mois tout au plus, la QPC présente incontestablement un avantage quant à sa rapidité⁷⁸ et permet d'accéder aux juridictions suprêmes dans un délai très bref. Dès lors, le requérant habile pourra utiliser l'interprétation du juge suprême pour le fond de son litige, y compris dans l'hypothèse où la QPC ne passerait pas les portes du

de constitutionnalité, in *Petites affiches*, n° 126, 2009. Par ailleurs, il est nécessaire de souligner que la justiciabilité est souvent conditionnée par le degré d'appropriation de la procédure par les avocats. Voir en ce sens L. LEPERS, *Une justiciabilité conditionnée par le degré d'appropriation de la Qpc par les avocats*, in *Les justiciables de la Qpc*, Paris, 2023.

⁷³ Le nombre de manuels et de formations entièrement consacrés à la QPC et à destination des professionnels du droit témoignent de la prise d'importance de cette procédure dans les moyens de défense et stratégies contentieuses développés par les avocats. Voir notamment X. MAGNON, X. BIOY, W. MASTOR *et al.* (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, 2013 ; X. MAGNON (dir.), *Qpc. La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, Paris, 2011. Il faut en outre relever la création d'un nouveau diplôme universitaire « Qpc et Libertés » à l'Université de Bordeaux dirigé par P. GERVIER.

⁷⁴ Reste que dans certains cas la Qpc ne bénéficie pas à son auteur, notamment dans les situations de décalage dans le temps des effets des décisions.

⁷⁵ En effet, la Qpc permet d'allonger la procédure d'au moins trois à six mois si elle passe le filtre du juge *a quo* et selon qu'elle est ou non transmise au Conseil constitutionnel, ce qui peut être, dans certains contentieux, très utile aux parties, comme de nombreux commentateurs l'ont souligné s'agissant du procès du Président Jacques Chirac. Tel est souvent le cas, notamment dans le cadre de procès pénal. Il en est souvent fait usage dans les grands procès médiatiques, à l'instar des procès Fillon ou Sarkozy, semble-t-il, aux fins de ralentissement de l'instance. En effet, l'effet dilatoire de la Qpc a rapidement été utilisé par les avocats pénalistes et semble être devenu coutumier.

⁷⁶ « Dilatoire », Cnrtl [consulté le 28 juin 2023], <https://cnrtl.fr/definition/academie9/dilatoire>.

⁷⁷ B. WARUSFEL, *L'avocat comme acteur majeur du procès constitutionnel*, in *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, 2012, 89. C'est notamment le cas d'une Qpc déposée par Marine Le Pen pendant la campagne présidentielle de 2012 pour contester la publicité des présentations des candidats rendant possible, selon elle, l'exercice de pressions politiques dissuasives sur les personnes habilitées à les faire. CC, n° 2012-233 Qpc, 21 février 2012, *Mme Le Pen*.

⁷⁸ Sur les délais, voir M. GROS, *La production d'un quasi-avis contentieux au bénéfice du justiciable*, in *La Qpc, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, 2013, 101. Notamment, une procédure en première instance un à cinq ans, une procédure en appel un à deux ans, une procédure en cassation un à quatre ans, et un renvoi préjudiciel à la Cjue dans le cadre d'une exception d'inconventionnalité cinq à dix ans.

second filtre et n'accéderait donc pas au Conseil constitutionnel⁷⁹. Il ne s'agit donc pas d'un effet dilatoire, le but n'étant pas de ralentir la procédure, mais au contraire de l'accélérer – ou, en tout cas, d'accélérer l'accès au juge suprême –, permettant au justiciable d'obtenir ce qu'il est permis de qualifier d'effet utile détourné de la QPC⁸⁰. Le requérant aura ainsi le loisir de se servir de l'interprétation de la règle de droit offerte par le juge suprême devant le juge du fond, lui permettant ainsi de faire l'économie de plusieurs années de procédure pour obtenir une position de principe de la part des hautes juridictions.

Les objectifs poursuivis par les parties sont divers⁸¹ : leur requête ne vise pas seulement l'abrogation de la loi, mais peut aussi avoir pour cible la jurisprudence des cours suprêmes qu'elle cherche à faire préciser et modifier. Le but est alors de contraindre ces dernières à prendre position sur un problème de droit controversé et à en user pour la satisfaction de l'instance au fond. La QPC devient alors un instrument au service du justiciable lui permettant d'obtenir un moyen rapide pour déterminer l'état de la jurisprudence, de clarifier une position jurisprudentielle et, le cas échéant, à faire constater que l'interprétation retenue par les juges du fond doit être corrigée, voire d'accélérer l'élaboration d'une jurisprudence ou d'inciter à son revirement. La France se démarque sans nul doute des systèmes étrangers dans le cadre d'un contentieux de constitutionnalité *a posteriori* qui peut parfois durer plusieurs années⁸². De la même manière, elle se distingue en ce qu'elle permet, par le jeu du double filtrage⁸³, une interprétation rapide des juridictions suprêmes, contrairement aux systèmes étrangers et notamment l'Italie, qui ne confie le filtrage qu'à la juridiction saisie du litige initial⁸⁴. Seulement ici, la Cour constitutionnelle italienne peut déclarer la requête irrecevable, notamment lorsque cette dernière soulève des problèmes qui ne sont pas d'ordre constitutionnel, mais liés à de simples interprétations de la loi⁸⁵.

⁷⁹ À titre d'exemple, voir une comparaison entre les affaires *Moyeuivre Grande* (huit ans de procédure pour accéder au Conseil d'État sans Qpc), et *Moselle après mines Moselle Est* (trois mois pour obtenir une décision du Conseil d'État avec Qpc). CE, 17 juillet 2009, *Ministre de l'économie et des finances et de l'industrie* ; CE, 15 avril 2011, *Association après mine Moselle-est*. Pour une comparaison approfondie, voir M. GROS, *La production d'un quasi-avis contentieux au bénéfice du justiciable*, in *La Qpc, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, cit., 101-102.

⁸⁰ Par exemple, dans l'arrêt précité du Conseil d'État du 15 avril 2011, tout en rejetant la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel, la haute juridiction interprète la norme contestée.

⁸¹ N. MAESTRACCI, *Quelques réflexions sur le bilan du programme Qpc 2020*, in *Titre VII*, Hors série, 2020.

⁸² Voir notamment O. LE BOT, *Contrôles de constitutionnalité a priori et a posteriori en Europe*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 40/2013, 126. Par exemple, le contentieux peut durer un an en Slovénie, cinq ans en Espagne.

⁸³ Le principe du double filtrage est toutefois à nuancer. Il est des hypothèses où les juridictions suprêmes seront compétentes en premier et dernier ressort. Dès lors, la Qpc n'aura subi qu'un seul et unique filtrage. C'est notamment le cas, aux termes de l'art. 23-1 de l'ordonnance de 1958 modifiée, pour les Qpc soulevées dans le cadre d'un appel contre un arrêt rendu par une Cour d'assises en premier ressort.

⁸⁴ Art. 1 de la Loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948, Dispositions portant contentieux de la constitutionnalité et garanties d'indépendance de la Cour constitutionnelle ; Art. 23 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 relative à l'organisation et au fonctionnement de la Cour constitutionnelle (Journal officiel n° 62, 14 mars 1953).

⁸⁵ Art. 29 de la Loi n° 87 du 11 mars 1953 relative à l'organisation et au fonctionnement de la Cour constitutionnelle (Journal officiel n° 62, 14 mars 1953). Voir notamment L. GAY, *Le double filtrage des*

En définitive, le requérant, grâce à la célérité de la procédure, pourra bénéficier de l'effet utile de la QPC, réel ou détourné, valant à cette dernière d'être qualifiée par certains auteurs « d'avis contentieux entre les mains et au service du justiciable »⁸⁶. La célérité de la procédure permet au justiciable d'user de la QPC comme un instrument de compression de la temporalité normale de la procédure juridictionnelle, lui permettant ainsi d'obtenir, même en cas de non-renvoi de la question incidente au Conseil constitutionnel, un effet utile de la QPC, certes détourné de la conception originelle qu'en a le Conseil constitutionnel, mais dont il pourra mettre à profit dans le cadre de l'instance principale.

4. La célérité comme contrainte pesant sur la décision

« Si l'urgence est définie comme la situation dans laquelle le respect du délai imparti pour décider prime sur les autres considérations, alors le Conseil constitutionnel statue presque constamment en urgence »⁸⁷. L'assertion suffit à décrire l'office des sages tout entier.

L'image que renvoie le contrôle *a priori* est celle d'un contrôle qui s'opère dans l'urgence, certains affirmant même que l'état d'urgence dans lequel se trouve le Conseil constitutionnel le rapproche d'un juge des référés⁸⁸. Le respect du délai imparti est, pour le Conseil constitutionnel, une nécessité impérieuse, et plus encore dans le cadre du contrôle *a posteriori*. En effet, dans le cadre de la QPC, sa saisine ne suspend pas l'application de la loi, mais seulement l'instance en cours : la disposition éventuellement contraire à la Constitution continue donc à produire ses effets jusqu'à la décision des sages. Le temps est au cœur de l'office du Conseil constitutionnel.

De fait, la contrainte de temps explique – voire justifie – l'*imperatoria brevitatis*, là encore une spécificité française, qui caractérise la motivation des décisions du Conseil, d'autant que la délibération collégiale porte non seulement sur l'orientation de la décision, mais aussi sur l'intégralité de la motivation arrêtée lors de la séance du délibéré. Alors que les techniques traditionnelles de rédaction des décisions sont remises en question⁸⁹, les incidences concrètes de la contrainte temporelle pesant sur le Conseil constitutionnel ne doivent pas être oubliées. Il est d'ailleurs nécessaire de souligner qu'à la différence des cours constitutionnelles allemande, belge, espagnole et portugaise, il n'existe en

QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne, in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, 2014, 51 s.

⁸⁶ V. BARBE, M. BENIGNI, J.-G. CONTAMIN *et al.*, *Les justiciables de la Qpc. Identification et mobilisation d'un outil processuel sui generis*, in *Titre VII*, Hors série, 2020, 86.

⁸⁷ J.-F. DE MONTGOLFIER, *L'urgence et le Conseil constitutionnel*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 54/2017, 32.

⁸⁸ J.-É. SCHOETTL, *Ma cinquantaine rue de Montpensier*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 25/2009.

⁸⁹ Voir notamment W. MASTOR, *L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires*, in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, 2012.

France qu'une seule formation de jugement pour l'exercice de l'ensemble des compétences, impliquant dès lors que chaque membre travaille sur l'ensemble des dossiers. De même, le nombre de membres du Conseil constitutionnel est inférieur à ce que connaissent la plupart des juridictions constitutionnelles européennes, mais plus encore, c'est le nombre de collaborateurs dont disposent les sages qui apparaît modeste en comparaison avec leurs homologues européens⁹⁰. À titre de comparaison, alors que la composition du Tribunal constitutionnel espagnol s'établit à douze juges⁹¹ assistés de plus de cent cinquante collaborateurs et que la Cour constitutionnelle italienne compte quinze juges⁹² pour près de deux cent soixante-dix collaborateurs⁹³, le Conseil constitutionnel et ses neuf membres nommés assistés d'environ soixante collaborateurs fait pâle figure⁹⁴. De plus, alors que la plupart des constitutions européennes imposent des conditions de qualification juridique pour siéger à la cour constitutionnelle⁹⁵, les sages Français n'en ont aucune, et le travail d'analyse juridique ne peut être confié qu'aux experts les assistant.

Rallonger le délai pourrait ainsi être bénéfique aux sages pour leur permettre d'approfondir le contrôle de constitutionnalité et la motivation de leurs décisions, mais n'irait pas nécessairement dans le sens des intérêts du justiciable : plus le délai sera long, plus l'instance principale se rallongera et les coûts financiers liés à la procédure seront élevés pour le justiciable⁹⁶. Reste toutefois que la contrainte de célérité semble parfois inadaptée à l'analyse du litige, la résolution de celui-ci ou encore à la modulation des effets dans le temps de la décision, ayant dès lors une incidence sur la qualité tant de l'examen de constitutionnalité que de la décision rendue⁹⁷. Pourtant, « la rapidité n'est pas, et elle n'a d'ailleurs pas à être, la préoccupation première de la justice. Ce qui importe avant tout, c'est la qualité des décisions rendues [...]. Cette qualité ne peut être atteinte qu'en consacrant à chaque affaire le temps qu'elle requiert »⁹⁸, à condition, bien sûr, que ce temps ne soit pas exagérément prolongé et s'inscrive dans le respect du droit à un délai raisonnable de jugement.

⁹⁰ C.-E. SENAC, *L'office du juge constitutionnel, Études du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Paris, 2015, 254 ; D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 2016, 84. S'agissant du quorum nécessaire à la prise de décision, les règles sont équivalentes en France et en Italie, comptant respectivement sept et onze membres. En revanche, certains systèmes européens connaissent des règles de quorum moins strictes, notamment en Allemagne où la présence de six juges sur seize est exigée.

⁹¹ Article 159 de la Const. espagnole.

⁹² Article 135 de la Const. italienne.

⁹³ Leur statut est par ailleurs très encadré, en témoigne le *Regolamento dei Servizi e del Personale della Corte costituzionale*.

⁹⁴ C.-E. SENAC, *L'office du juge constitutionnel, Études du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, cit., 255.

⁹⁵ Article 135 de la Constitution italienne.

⁹⁶ Le coût financier de la procédure Qpc telle qu'elle est régie actuellement, est déjà un frein pour certains justiciables. Voir en ce sens N. MAESTRACCI, *Quelques réflexions sur le bilan du programme Qpc 2020*, in *Titre VII*, Hors série, 2020, 5.

⁹⁷ À ce propos, voir les riches développements dans M. KAMAL-GIRARD, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Paris, 2020.

⁹⁸ J. NORMAND, *Le traitement de l'urgence : exception ou principe ?*, in *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, 2003, 159.

Les contraintes de délai conditionnent l'objectif d'approfondissement de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel que les juristes et les professionnels du droit appellent de leurs vœux, dans la mesure où celui-ci est potentiellement attentatoire aux délais raisonnables de jugement. Or, la célérité de la justice est une composante de sa qualité, au même titre que la motivation suffisante de la décision. Cette considération est fondamentale, notamment du fait que le délai raisonnable, composante du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme est applicable aux juridictions constitutionnelles⁹⁹. Si certaines juridictions constitutionnelles ont été condamnées sur le terrain du délai raisonnable dans le cadre du contentieux *a posteriori*, le Conseil constitutionnel reste, quant à lui, vierge de toute sanction en la matière.

5. Conclusion

L'office des sages de la rue de Montpensier ne se résume pas au traitement des QPC. Il ne faut pas omettre que la charge de travail du Conseil est aussi fonction des saisines qu'il recevra au cours de la même période au titre de ses autres attributions, notamment le contrôle de constitutionnalité *a priori* pour lequel il lui incombe de statuer dans un délai d'un mois – voire huit jours en cas d'urgence à la demande du Gouvernement –, sans oublier sa compétence en matière électorale, périodes pendant lesquelles les sages sont susceptibles de faire face à un accroissement important de la charge de leur office lié à leur compétence de juge de la régularité des élections nationales et des opérations référendaires.

Les délais de jugement des QPC – appréciés depuis le dépôt du mémoire jusqu'au moment où la décision du Conseil constitutionnel sera rendue – permettent à la procédure de satisfaire aux exigences du délai raisonnable de jugement. La célérité est donc acquise pour la procédure QPC. Toutefois, si celle-ci peut parfois entraîner des imprécisions de la part du Conseil constitutionnel sur le fond du litige, d'en mesurer pleinement les enjeux, d'en appréhender les conséquences, de réaliser une modulation des effets dans le temps de ses décisions pleinement efficaces, il n'est pas inimaginable que des évolutions surviennent quant à cette exigence de célérité. Cette contrainte a ainsi permis de ne pas déstabiliser l'ensemble procédural dans lequel s'insère la QPC¹⁰⁰ et a rendu efficiente la procédure en permettant au justiciable d'obtenir un effet utile, réel ou détourné, de la décision, qu'elle soit de non-transmission, de renvoi, de conformité ou de non-conformité. Reste toutefois qu'elle ne semble pas offrir au Conseil constitutionnel, en miroir, le temps nécessaire au plein accomplissement de sa mission de juge constitutionnel, l'une des plus fondamentales étant de veiller à la qualité des décisions

⁹⁹ Cedh n° 12952/97, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, 26 juin 1993

¹⁰⁰ Voir les développements dans le numéro spécial *Qpc 2020, les dix ans de la question citoyenne*, in *Titre VII*, Hors-série, 2020.

rendues. Si la célérité de la procédure QPC en conditionne l'effectivité, alors le pari de la contrainte temporelle imposée par le législateur organique visant notamment à promouvoir cette voie de droit est remporté.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

MODIFIER LES DECISIONS CONSTITUTIONNELLES INSUSCEPTIBLES DE
RECOURS: LE CAS DE LA RECTIFICATION D'ERREUR MATERIELLE DES
DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

SACHA SYDORYK

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. L'interdiction textuelle de tout recours contre les décisions du Conseil constitutionnel. – 2.1. L'évidence de la lettre constitutionnelle : l'interdiction des recours contre les décisions du Conseil constitutionnel. – 2.2 Les jeux de langage constitutionnel : la possibilité des modifications des décisions du Conseil constitutionnel. – 3. Une pratique incohérente des recours en rectification d'erreur matérielle. – 3.1. Une pratique réelle des recours en rectification dans le contentieux électoral. – 3.2. Une pratique mitigée des recours en rectification dans le contentieux a posteriori des lois. – 3.3. Un refus injustifié des rectifications dans le contentieux a priori de la constitutionnalité des lois. – 4. La pratique italienne comme miroir de la pratique française. – 5. Conclusion.

1. Introduction

Comment analyser la violation d'une disposition constitutionnelle par le juge constitutionnel lui-même ? C'est, en substance, la première question qui se pose après avoir réalisé que contre la lettre de l'article 62 de la Constitution qui interdit les recours contre les décisions du Conseil constitutionnel, ce dernier autorise pourtant des recours en rectification d'erreur matérielle dans le contentieux électoral et dans le contentieux constitutionnel *a posteriori*. Qu'on ne s'y trompe pas, la réponse est simple. En effet, de deux choses l'une : soit l'article 62 de la Constitution permet une certaine forme de modification des décisions rendues et alors la rectification des erreurs matérielles n'est pas un recours et n'est pas un droit ; soit l'article 62 de la Constitution n'est effectivement

pas respecté par le Conseil constitutionnel lui-même, qui considère que cette interdiction des recours ne vaut pas pour lui. Dans les deux cas, la jurisprudence française manque de cohérence. Les règles de l'article 62 s'appliquent à toutes les décisions du Conseil constitutionnel, mais ce dernier n'accepte les rectifications d'erreurs matérielles que dans le contentieux électoral dont il a la charge et dans le contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, s'y refusant dans le contentieux *a priori* de la constitutionnalité des lois.

Il faut d'abord admettre que l'erreur est possible, même lorsqu'il s'agit d'une juridiction constitutionnelle¹. Surtout lorsqu'il s'agit du Conseil constitutionnel, pourrions-nous ajouter avec malice, tant le Conseil ne dispose que d'un service juridique restreint enclin aux erreurs² et tant la composition du Conseil lui-même est plus centrée sur les anciens premiers ministres que les spécialistes de droit constitutionnel³. On peut considérer qu'il existe les erreurs juridiques, et les erreurs matérielles. L'erreur juridique porte sur l'application du droit, d'une manière ou d'une autre. Il s'agit de l'application de la mauvaise règle, ou de la mauvaise application de la bonne règle. C'est une erreur intellectuelle dans la manière de juger. Pour regrettable qu'elle soit, cette erreur ne peut jamais être corrigée devant une juridiction dont les décisions sont insusceptibles de réformation. À l'inverse, les erreurs matérielles sont des erreurs sur des éléments factuels, c'est éléments pouvant être liés au droit mais toujours sous un aspect factuel, matériel. Ce n'est jamais une application de la mauvaise norme, ni une mauvaise application de la bonne norme.

Il est possible de formuler bien des typologies de l'erreur matérielle, de manière générale ou plus spécifiquement en droit constitutionnel. Ainsi, l'erreur peut porter sur le droit ou sur les faits. Ce n'est pas en opposition avec ce qui a été dit précédemment, si

¹P. MAZEAUD, *L'erreur en droit constitutionnel*, Allocution prononcée au colloque « L'erreur » à l'Institut de France, 25-26 octobre 2006.

²Le Conseil a déjà été conduit à corriger l'un de ses commentaires officiels à la suite de ce qui a été considéré comme une erreur d'interprétation de la décision. Il s'agissait du commentaire de Cons. const., décis. n° 2021-818 DC du 21 mai 2021, *Loi relative à la protection patrimoniale des langues régionales et à leur promotion*. Voir M. FELTIN-PATAS, *Langues régionales : l'étonnante bourde du Conseil constitutionnel*, in *L'Express* [en ligne], 19 mars 2021, mis à jour le 3 septembre 2021, <https://www.lexpress.fr/culture/langues-regionales-l-etonnante-bourde-du-conseil-constitutionnel_2153212.html>. Les services du Conseil constitutionnel s'étaient également trompés en indiquant à *Checknews*, une agence de vérification du journal *Libération*, que le Président devait attendre un an pour dissoudre l'Assemblée nationale après le second tour des élections législatives, ce qui est évidemment faux. L'article 12 n'impose ce délai que pour des élections législatives faisant suite à une première dissolution. Voir E. DONADA, *Législatives : Emmanuel Macron pourrait-il dissoudre l'Assemblée nationale immédiatement après le second tour ?*, in *Libération* [en ligne], 15 juin 2022 <https://www.liberation.fr/checknews/legislatives-emmanuel-macron-pourrait-il-dissoudre-lassemblee-nationale-immEDIATEMENT-apres-le-second-tour-20220615_Y4VB6SMMNNFSVEP3IEGW25VMNE/>.

³La question des anciens Premiers ministres nommés restera entière tant que les conditions de nomination ne seront pas encadrées. Sur ce point particulier, les projets de révision ne semblent pas avoir entendu les critiques doctrinales nombreuses. Voir not. T. HOCHMANN, *Les carpes du Luxembourg. À propos du Sénat et du Conseil constitutionnel*, in *Jus Politicum blog* [en ligne], 2 novembre 2017, <<http://blog.juspoliticum.com/2017/11/02/les-carpes-du-luxembourg-a-propos-du-senat-et-du-conseil-constitutionnel-par-thomas-hochmann/>>, *idem*, *La maîtrise juridique, seul critère d'entrée au Conseil constitutionnel*, *Le Monde*, 22 février 2019, 20 et *idem*, *Et si le Conseil constitutionnel était une "Cour constitutionnelle de référence" ?*, *RDLF* [en ligne], 2019, n° 32, <<http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/et-si-le-conseil-constitutionnel-etait-une-cour-constitutionnelle-de-reference/>>.

l'on admet qu'une erreur sur le droit *peut* être de nature matérielle. Le juge peut en effet raisonner sur la mauvaise norme législative, ou sur une version antérieure de la norme constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déjà commis ce type d'erreur, qui n'était qu'une erreur de plume, en citant mal une disposition constitutionnelle⁴. L'erreur n'avait pour autant pas d'incidence sur la solution. L'erreur peut également être à l'origine du juge ou des parties. En effet, même si c'est le requérant qui, dans sa requête, commet une erreur dans des éléments de faits, il s'agit d'une erreur matérielle, que cette erreur puisse ou non être corrigée par la suite. Enfin, et surtout, l'erreur peut être neutre par rapport au sens de la décision, ou bien elle peut entraîner la modification de ce qui a été décidé.

Cette troisième typologie est celle qui est la plus pertinente ici, et spécifiquement lorsque les erreurs entraînent la nécessité de modifier le sens de la décision. En effet, lorsque l'erreur porte sur un élément, quel qu'il soit, qui n'affecte pas la décision, alors la modification de celle-ci n'est pas un enjeu. Certes, quand le Conseil constitutionnel se trompe de département en situant une commune, il fait une erreur. Pour autant, même s'il ne modifie pas son erreur, cela n'a finalement aucune importance⁵. En revanche, accepter de modifier une décision comportant une erreur matérielle pouvant changer le sens même de la décision implique éventuellement de rouvrir l'affaire et les débats contradictoires, ainsi que de revenir sur l'autorité de la chose jugée. Peu importe ici que l'erreur soit due à un élément de fait mal pris en compte, ou bien à un élément de droit mal pris en compte. L'élément déterminant réside dans le fait que l'erreur, pour être corrigée, implique un rejugement.

Comment faut-il alors procéder lorsqu'une telle erreur est commise par le Conseil constitutionnel ? En effet, le droit positif français permet spécifiquement ce recours concernant les juridictions administratives et civiles⁶, mais l'article 62 de la Constitution semble empêcher ce type de recours en rectification d'erreur matérielle, puisqu'il interdit *tous* les recours contre les décisions du Conseil constitutionnel (I). Malgré la lettre constitutionnelle, il faut reconnaître une pratique de la rectification d'erreur matérielle, dans les décisions du contentieux électoral et dans les décisions de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois. Cette pratique manque toutefois de cohérence (II). La pratique italienne apparaît, aux yeux français, comme un miroir de ce qu'il est possible de faire différemment avec des énoncés pourtant proches (III).

⁴Cons. const., n° 2016-565R QPC du 23 septembre 2016, *Assemblée des départements de France*. La décision originale précisait en son paragraphe 4 que « l'article 34 de la Constitution détermine les principes fondamentaux "de leurs compétences [des compétences des collectivités territoriales]" ». Le Conseil a par la suite fait rajouter la précision que c'est la loi qui prévoit ces compétences, la nouvelle rédaction étant alors « l'article 34 de la Constitution prévoit que la loi détermine les principes fondamentaux "de leurs compétences" ».

⁵Cons. const., n° 87-1026 AN du 23 octobre 1987, A.N., *Haute-Garonne*.

⁶On les retrouve notamment à l'article R833-1 du Code de justice administrative et à l'article 462 du Code de procédure civile. De manière générale sur ces questions, voir D. POUYAUD, *Le recours en rectification d'erreur matérielle devant les juridictions administratives*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 1993, 721 ss et F. BORELLA, *La rectification d'erreur matérielle devant les juridictions administratives*, *Revue du Droit Public*, 1962, 463 ss. Voir également F. SENERS, *Recours en rectification d'erreur matérielle*, in *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz [en ligne], 2004.

2. L'interdiction textuelle de tout recours contre les décisions du Conseil constitutionnel

L'article 61 de la Constitution française est limpide. Il interdit les *recours* contre les décisions du Conseil constitutionnel (A). Pour autant, cet article n'interdit pas toute *modification* d'une décision, et l'on peut admettre que le Conseil constitutionnel les modifie de lui-même (B).

2.1. L'évidence de la lettre constitutionnelle : l'interdiction des recours contre les décisions du Conseil constitutionnel

L'article 62 de la Constitution dispose, dans son troisième alinéa, que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours ». La rédaction est d'ailleurs proche de l'article 137 de la Constitution italienne, qui dispose au troisième alinéa qu'« aucune voie de recours n'est admise contre les décisions de la Cour constitutionnelle⁷ ». Il reste difficile de savoir à quel point le texte italien a pu inspirer le texte français. En effet, s'il est évident que les constitutions démocratiques ont été au moins sommairement étudiées dans la création de la Constitution de 1958, les travaux préparatoires, tels qu'ils nous sont aujourd'hui disponibles, ne laissent pas de preuve tangible d'une inspiration⁸.

Cet article vise ainsi *toutes* les décisions, et non pas seulement celles prises en vertu des prérogatives des articles 61 et 61-1 de la Constitution. Il vise ainsi aussi bien les décisions de contrôle de constitutionnalité que les décisions du contentieux de l'élection des députés et des sénateurs, prévus par l'article 59 de la Constitution.

Pour autant, il reste à déterminer ce que constitue un « recours » au sens de l'article 62. Il est évident que l'interdiction est absolue et ne semble pas être défaisable⁹, mais encore faut-il déterminer ce qui est interdit. En effet, le terme « recours » ne renvoie pas vers un concept pleinement défini par le droit positif. Il n'existe pas de disposition normative spécifique exposant ou définissant la notion de recours, ni en droit de manière générale ni spécifiquement en droit constitutionnel. De même, une simple référence nominale ne suffit pas à constituer un recours : une voie de droit s'appelant « recours » ne doit pas nécessairement être considérée comme un recours au sens de l'article 62 de la Constitution, tout comme une voie de droit ne s'appelant pas « recours » pourra éventuellement être considérée comme un recours au sens de cet article 62.

Aux termes de l'article 62 de la Constitution, il semble qu'un recours doive être compris comme toute voie de droit entraînant la remise en cause de la décision. L'idée de

⁷« *Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione* ».

⁸Voir *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958*, Paris, 1991, 4 tomes.

⁹Sur la défaisabilité en droit, M. CARPENTIER, *Norme et exception*, Paris, 2014 ou encore *idem*, *Cas difficiles et défaisabilité des règles*, *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif*, 2018, 2093 ss. Dans le cas de figure qui nous intéresse, si la règle est défaisable, il s'agit nécessairement une défaisabilité implicite, qu'une étude plus poussée devrait mettre en lumière.

recours renvoie à une action exercée par une partie ou un tiers. Concernant le type d'action ou de voie de droit visée, il s'agit d'une action visant à réformer la décision, à rouvrir les débats avec les mêmes arguments ou de nouveaux arguments, devant une autre juridiction ou la même juridiction éventuellement différemment composée.

De ce point de vue, l'article 62 de la Constitution interdit que les décisions du Conseil constitutionnel ne puissent faire l'objet d'un autre jugement. En 1958, il s'agissait évidemment de bien distinguer les décisions du Conseil constitutionnel d'un côté des juridictions administratives et du contrôle du Conseil d'État d'un autre côté. Toutefois, le caractère absolu semble viser également le Conseil constitutionnel lui-même, qui ne peut se déjuger ou se rejurer, ni accepter un appel ou une cassation à l'encontre de ses décisions. Notons d'ailleurs que cette disposition se retrouvait à l'identique dans l'article 56 de l'avant-projet de Constitution, sans qu'il ne soit modifié par le Comité consultatif constitutionnel¹⁰. Le fait que les recours en rectification d'erreur matérielle ne soient pas des recours au fond, mais des recours relatifs à une malfaçon autre, est sans incidence sur cette interdiction.

Toutes choses égales par ailleurs, le même raisonnement peut-être tenu concernant les décisions de la Cour constitutionnelle italienne. Les recours étant interdits, ni les parties ni les tiers ne peuvent demander à une autre juridiction de modifier les décisions de la Cour, et la Cour elle-même ne peut pas accepter une demande des parties visant à rejurer l'affaire.

2.2. Les jeux de langage constitutionnel : la possibilité des modifications des décisions du Conseil constitutionnel

La lettre constitutionnelle interdit tout « recours » contre les décisions du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire toute action des parties ou des tiers visant à modifier la décision. Pour autant, rien n'empêche une « modification » de la décision par le Conseil constitutionnel lui-même. Ici encore, d'ailleurs, la réflexion semble valoir, *mutatis mutandis*, pour la Cour constitutionnelle italienne. En effet, un « recours » n'est pas une modification à l'initiative de la juridiction elle-même. Si la Constitution interdisait toute « modification », ou prévoyait que les décisions sont « définitives », la question d'une modification par la juridiction elle-même pourrait se poser. Ce n'est cependant pas le cas ici.

Si la juridiction constitutionnelle peut d'elle-même modifier ses décisions, de quel délai dispose-t-elle ? N'étant pas explicitement encadrée par la Constitution, la modification ne peut intervenir sans violer les règles constitutionnelles expresses. En admettant une lecture systémique de la Constitution, incluant la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'interprétation extensive de son article 16 par le Conseil

¹⁰Voir G. BERLIAT, *Chronique constitutionnelle*, in RDP, 1958, 957.

constitutionnel¹¹, on peut considérer que cette rectification ne peut intervenir que dans un « délai raisonnable », concept relativement flou s'il en est. Il ne peut s'agir que de quelques mois au plus.

Reste alors une opposition que pourra formuler le lecteur : comment comprendre le *Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et sénateurs*¹² et le *Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité* du 24 juin 2010, qui tous deux prévoient la possibilité de recours en rectification d'erreur matérielle ? La réponse est simple si l'on veut bien confronter le droit, *ce qui doit être*, avec la réalité des faits, *ce qui est*, en admettant que les faits peuvent ne pas être conformes au droit et que des normes issues du juge constitutionnel, qui trouvent à s'appliquer, peuvent être contraires à la Constitution. En effet, de deux choses l'une : soit ces règlements sont contraires à la Constitution, soit ces règlements n'ouvrent en réalité aucun droit à un recours en rectification d'erreur matérielle. Dans cette hypothèse, le juge encadre effectivement la manière dont il accepte de revenir sur ces décisions à l'initiative des parties, mais sans pour autant qu'il ne soit *juridiquement* lié par ces règles qu'il a lui-même édictées en violation de la Constitution. Pour le dire autrement, soit ces règles ne sont pas juridiques, soit elles sont juridiques mais sont inconstitutionnelles. Par ailleurs, admettre cette inconstitutionnalité n'a pas de conséquence spécifique : par le « paradoxe de la concrétisation¹³ », la norme inférieure inconstitutionnelle trouve à s'appliquer tant qu'elle n'est pas modifiée d'une manière ou d'une autre.

Cette analyse juridique pourra faire hausser un sourcil au juriste qui accepte les théories dites réalistes du droit. À quoi bon tenter de rationaliser un usage contra constitutionnel par rapport à la lettre du texte quand tout ce qui compte est évidemment la pratique ? Qu'on se permette de disconvenir sur une telle définition, une telle ontologie du droit. Connaître le sens des énoncés, déterminer les éventuelles violations de la Constitution, relèvent de l'office du juriste, surtout quand ces violations émanent du juge lui-même. Quel référentiel reste-t-il, sinon, pour évaluer le travail du juge *par rapport à ce qu'il avait l'obligation de faire et par rapport à la marge juridique dont il disposait* ? Au-delà de cette réponse théorique, qui ne convaincra pas le juriste réaliste, il faut aussi lui faire observer le manque de cohérence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans la manière qu'il a d'appliquer ses propres règles.

¹¹Pour une critique de ces interprétations extensives, D. BARANGER, *Comprendre le "bloc de constitutionnalité"*, in *Jus Politicum* [en ligne], 2018, n° 20-21, <<http://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html>>.

¹²Cons. const., n° 87-47 ORGA, 24 novembre 1987, *Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et sénateurs*.

¹³O. PFERSMANN, *La Constitution comme norme*, in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, 18^e éd., Paris, 2016, § 94.

3. Une pratique incohérente des recours en rectification d'erreur matérielle

La rectification des erreurs matérielles devant le Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse par ailleurs d'un recours ou d'une simple possibilité à l'initiative du Conseil, se retrouve dans son contentieux électoral (A), dans le contentieux *a posteriori* des lois de manière restreinte (B), mais est absente du contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois (C). Pour autant, la pratique manque de cohérence. En effet, le Conseil accepte de remettre en cause le sens ses décisions électorales, il accepte uniquement de modifier les décisions *a posteriori* sans en remettre la solution en cause, et enfin il ne semble pas accepter les rectifications de ses décisions *a priori*.

3.1. Une pratique réelle des recours en rectification dans le contentieux électoral

C'est dans le contentieux électoral que le Conseil constitutionnel a pour la première fois accepté de modifier une de ses décisions¹⁴. Après avoir initialement refusé en 1959¹⁵, le Conseil a finalement accepté de modifier l'une de ses décisions en 1987¹⁶, sans pour autant en modifier l'économie générale. Il s'agissait en effet d'une simple erreur de situation géographique d'une commune. Le Conseil a pour autant admis de modifier le sens de ses décisions en contentieux électoral¹⁷, notamment lorsqu'il s'est fondé sur des éléments matériels erronés. Il faut aussi préciser que le Conseil peut prononcer des peines à l'encontre des candidats en cas de fraude, ce qui en fait un contentieux particulier.

Pour autant, et si l'on suit nos réflexions précédentes, cela ne signifie pas nécessairement que le requérant a un *droit à voir* la décision modifiée. Il s'agit simplement, pour le Conseil, de modifier lui-même la décision, à la suggestion d'une des parties. Concernant un contentieux dans lequel des peines d'inéligibilité peuvent être prononcées, on peut considérer souhaitable, voire conforme aux droits fondamentaux, que le Conseil procède ainsi. Sur le plan strict du droit constitutionnel, en revanche, il n'y semble pas tenu, et il serait en plus le seul à pouvoir interpréter la Constitution comme l'y obligeant.

¹⁴Voir sur cette question J.-É. GICQUEL, *Du recours en rectification d'erreur matérielle devant le Conseil constitutionnel*, in *LPA*, 20 janvier 1995, n° 9, 11 ss. et R. GHEVONTIAN, *Voies de recours contre les décisions du Conseil constitutionnel en cas de demande de rectification d'erreur matérielle dans le contentieux électoral*, *D.*, 1995, 344 ss.

¹⁵Cons. const., n° 58-90 bis AN du 5 mai 1959, A.N., *Lozère (2ème circ.)*.

¹⁶Cons. const., n° 87-1026 AN du 23 octobre 1987, A.N., *Haute-Garonne*. C'est à la suite de cette décision que le Conseil a d'ailleurs formalisé la possibilité de ces recours en modifiant son règlement de procédure en contentieux électoral. Voir Cons. const., n° 87-47 ORGA du 24 novembre 1987, *Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et sénateurs*.

¹⁷Pour l'exemple le plus récent, Cons. const., n° 2018-5616R AN, 5 octobre 2018.

3.2. Une pratique mitigée des recours en rectification dans le contentieux *a posteriori* des lois

Dès le 4 février 2010, quelques mois avant de ne devoir rendre sa première décision *a posteriori*, le Conseil constitutionnel s'est doté d'un *Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*. Ce règlement prévoit à son article 13 que :

« Si le Conseil constitutionnel constate qu'une de ses décisions est entachée d'une erreur matérielle, il peut la rectifier d'office, après avoir provoqué les explications des parties et des autorités mentionnées à l'article 1^{er}. Les parties et les autorités mentionnées à l'article 1^{er} peuvent, dans les vingt jours de la publication de la décision au Journal officiel, saisir le Conseil constitutionnel d'une demande en rectification d'erreur matérielle d'une de ses décisions ».

Cette disposition prévoit deux modalités de modification. La première est à l'initiative du Conseil constitutionnel lui-même. Elle n'est pas encadrée par des modalités temporelles, et elle ne constitue pas une violation constitutionnelle puisque comme nous l'avons dit, il ne s'agit pas d'un « recours ». Tant que le délai de modification est raisonnable, une telle pratique ne viole pas la Constitution. La seconde modalité résulte d'une demande des parties, et ne peut être introduite que dans un délai de vingt jours après publication de la décision. Un tel délai semble faire tomber ce type de demande sous la qualification de « recours », pourtant prohibés par l'article 62 de la Constitution. Il est de plus notable que dans cet article, rien n'impose de demander les observations de l'autre partie concernant la modification demandée.

En pratique, le Conseil constitutionnel rendu au moment de l'écriture de ces lignes six décisions *a posteriori* de rectification pour erreur matérielle¹⁸, ces décisions ayant d'ailleurs été très peu commentées¹⁹. Quatre de ces décisions le furent sur demande, deux à son initiative. Pour autant, lorsque la modification est acceptée, le Conseil se refuse à changer le sens général de sa décision. Parmi les quatre demandes, il n'a effectivement donné suite qu'à une seule²⁰. Dans toutes les demandes auxquelles il a répondu, le Conseil constitutionnel a systématiquement refusé de remettre en cause sa décision par la rectification. Il accepte pourtant de le faire en contentieux électoral, contentieux auquel le même cadre normatif constitutionnel s'applique. On voit donc que, concernant le contentieux *a posteriori*, la ligne du Conseil constitutionnel est celle d'accepter les erreurs de plume tout en refusant toute modification qui modifierait le dispositif de la décision.

¹⁸Cons. const., n° 2012-284R QPC, 27 décembre 2012 *Mme Maryse L*, Cons. const., n° 2013-357R QPC, 29 décembre 2013, *Société Wesgate Charters Ltd*, Cons. const., n° 2015-491R QPC, 11 décembre 2015, *M. Pierre G*, Cons. const., n° 2016-565R QPC, 23 septembre 2016, *Assemblée des départements de France*, Cons. const., n° 2017-681R QPC, 16 février 2018, *Société Norbail-Immobilier* et Cons. const., n° 2019-811R QPC, 28 novembre 2019, *Mme Fairouz H. et autres*.

¹⁹M. GHEVONTIAN, *Notification de la décision ordonnant une expertise pénale aux seuls avocats des parties : une nouvelle avancée des droits de la défense*, in *RFDC*, 2013, n° 94, 464 ss., spécifiquement 468-470, P. MOUZET, *Chronique de QPC (Janvier - Juin 2018) (1^{re} partie)*, in *LPA*, n° 30, 11 février 2019, 5 ss. et M. VERPEAUX et al., *Chronique de droit constitutionnel jurisprudentiel (1^{er} semestre 2018) (Suite et fin)*, *LPA*, n° 195, 30 septembre 2019, 5 ss.

²⁰Cons. const., n° 2017-681R QPC, 16 février 2018, *Société Norbail-Immobilier*.

Cette jurisprudence manque de cohérence, puisque d'une part rien n'empêche une modification du sens de la décision et que, d'autre part, le Conseil accepte ce type de modification dans le contentieux électoral.

Concernant les délais, le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans des temps très variables, de quelques jours entre la publication au *Journal officiel* d'une décision et la rectification d'office²¹ à près de deux mois²². Il s'agit d'un délai relativement long puisqu'il représente les deux tiers du délai dont dispose le Conseil pour juger ses QPC.

La pratique de ces rectifications des erreurs matérielles en QPC est donc directement issue du Conseil constitutionnel lui-même. Elle n'émane ni du constituant, ni du législateur organique ayant posé la procédure générale de ce recours. Il est alors difficile de dresser une comparaison avec la pratique italienne. Certes, et la doctrine l'a noté plusieurs fois, il existe une proximité évidente entre les procédures *a posteriori* françaises et italiennes²³. Pour autant, en ce qui concerne la mise en œuvre d'une procédure de rectification des erreurs matérielles, rien ne permet de dire que le Conseil s'est inspiré de l'Italie, ni pour le contrôle QPC ni d'ailleurs pour le contentieux électoral. À vrai dire, de manière pragmatique, on peut sans doute considérer que l'influence majeure a été le Conseil d'État, et que le Conseil a explicité la possibilité de rectification pour parer à toute éventualité, ici encore de manière pragmatique. La comparaison ne pourra donc se faire que par une étude des pratiques, et les exemples français sont d'une part très faible, et d'autre part très peu étudiée par la doctrine.

3.3. Un refus injustifié des rectifications dans le contentieux a priori de la constitutionnalité des lois

Le contentieux *a priori* de constitutionnalité des lois est particulier en France. En effet, jusqu'en 2010, ce contentieux constituait le seul exemple et la seule pratique d'une remise en cause de la loi votée. Il a donc servi de matrice au contentieux QPC *a posteriori* lorsque ce dernier a été mis en place, et on a pu observer une très grande similitude dans la manière qu'a eue le Conseil constitutionnel de rendre ses décisions QPC, Xavier Magnon parlant de « contrôle "*a priori bis*"²⁴ ». Une différence majeure entre le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori*, entre le contrôle DC et le contrôle QPC, réside dans la

²¹Cons. const., n° 2016-565R QPC, 23 septembre 2016, *Assemblée des départements de France*, rendue sept jours après la décision Cons. const., n° 2016-565 QPC du 16 septembre 2016 et cinq jours seulement après sa publication au *Journal officiel*.

²²Cons. const., n° 2017-681R QPC du 16 février 2018, *Société Norbail-Immobilier*, rendu après la décision Cons. const., n° 2017-681 QPC du 15 décembre 2017, *Société Marlin* et une demande de rectification enregistrée le 21 décembre 2017.

²³Voir not. J.-J. PARDINI, « *Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : ab origine fidelis*, in *Pouvoirs*, 2011, n° 137, 101 ss. et F. LAFAILLE, *Hic sunt leones. La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien)*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2 Juillet 2010, <<http://www.archivio.rivistaaic.it/rivista/2010.pdf>>.

²⁴X. MAGNON, *La QPC, beaucoup de bruit pour quoi ?*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2010, n° 30, 1673 ss.

présence, en QPC, de rectifications d'erreurs matérielles, cette rectification étant donc parfaitement absente dans le contrôle DC *a priori*.

De cette absence, l'on ne peut pas déduire par principe l'absence d'erreur matérielle dans les décisions *a priori*. En effet, l'une des deux rectifications d'office en QPC l'a été à la suite d'une mauvaise citation de l'article 34 de la Constitution²⁵, erreur pouvant arriver dans les deux types de contentieux. De plus, l'erreur que le Conseil a accepté de corriger faisait suite à une inversion des moyens des parties requérantes²⁶, ce type d'erreur pouvant arriver également dans le contentieux *a priori*. Nulle trace pourtant d'un tel contrôle dans ce type de contentieux. De plus, le *règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution*²⁷ ne prévoit même pas le principe d'une rectification pour erreur matérielle. Pour autant, le Conseil a au moins une fois effectué une telle erreur, qu'il a corrigé le lendemain. Dans sa décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982²⁸, il avait initialement mal cité l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'erreur n'apparaît plus dans les versions en ligne, tant sur *Légifrance* que sur le site du Conseil, mais elle se retrouve évidemment au JORF²⁹. Le conseil a alors publié un rectificatif³⁰. L'erreur était évidemment sans incidence, mais en procédant de la sorte, le Conseil efface l'existence même de ses erreurs.

Pour tant, le cadre constitutionnel qui peut s'appliquer reste pour autant identique. Ainsi, soit l'on refuse tout recours issu des « parties », c'est-à-dire ici des éventuelles autorités de saisine du Conseil constitutionnel, soit l'on accepte la possibilité de rectification, et il paraît étonnant qu'en près de soixante-cinq ans et plus de miles décisions, le Conseil n'ait *jamais* commis la moindre erreur de plume qu'il aurait pu corriger.

4. La pratique italienne comme miroir de la pratique française

En Italie, la possibilité de rectification est prévue à l'article 36 de la *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*³¹. La rectification est faite à huis clos, après information des parties et des intervenants. Elle est inscrite sur la décision

²⁵Cons. const., n° 2016-565R QPC du 23 septembre 2016, *Assemblée des départements de France*.

²⁶Cons. const., n° 2017-681R QPC, 16 février 2018, *Société Norbail-Immobilier*.

²⁷Cons. const., n° 2022-152 ORGA du 11 mars 2022, *Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution*.

²⁸Cons. const., n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*.

²⁹JORF, 19 novembre 1982, 3876.

³⁰JORF, 20 novembre 1982, 3899.

³¹Pour une traduction française : Correction d'omissions ou d'erreurs matérielles dans les arrêts et ordonnances

1. La Cour corrige, à huis clos, par ordonnance, y compris d'office, les omissions ou erreurs matérielles contenues dans les arrêts et ordonnances, après en avoir avisé les parties et les intervenants.
2. L'ordonnance de rectification est mentionnée sur la minute de l'arrêt ou de l'ordonnance rectifié.
3. Dans le cas d'un arrêt déclarant inconstitutionnel une loi ou un acte ayant force de loi, l'article 30, paragraphes 1 et 2, de la loi n° 87, du 11 mars 1953, s'applique à l'ordonnance rectificative.

originale. Dans la mesure où l’article 137 de la Constitution italienne dispose à son troisième alinéa qu’« aucune voie de recours n’est admise contre les décisions de la Cour constitutionnelle », le cadre normatif général apparaît sinon identique, au moins très similaire en France et en Italie. En termes de compétences, la distinction majeure réside dans la compétence de juge électoral du Conseil constitutionnel, qui ne trouve pas de parallèle dans le droit italien. En termes de pratique, dans la mesure où l’Italie connaît un contentieux de la constitutionnalité des lois depuis bien plus longtemps que la France, elle a pu développer sa jurisprudence de manière plus durable et cohérente, d’autant plus qu’elle n’a pas eu besoin de se préoccuper des contraintes spécifiques pesant sur le contentieux électoral, et justifiant sans doute largement l’ouverture des rectifications pour erreur matérielle par le Conseil constitutionnel quand il ne le faisait pas pour son contentieux *a priori*.

La pratique italienne des rectifications par *ordinanze* révèle un système similaire à la pratique française dans le cadre du contentieux QPC – ou plutôt, la pratique française se révèle similaire à la pratique italienne, sans pour autant que l’on ne puisse prouver clairement d’inspiration. En effet, concernant le contentieux électoral, les délibérations de la décision de 1987 ne montrent en rien une quelconque inspiration³², et les délibérations relatives à la QPC ne sont pas encore accessibles. En Italie, donc, les recours sont admis, mais la Cour ne modifie pas le sens de ses décisions. La rectification reste ainsi purement formelle. La doctrine a pu débattre³³, et bien plus largement qu’en France, des différentes modalités permettant la modification des décisions de la Cour. Pour autant, et sans exposer les débats ici, la conclusion pratique reste l’utilisation par la Cour de l’article 36 de la *Norme integrative* afin de procéder aux rectifications d’erreur matérielle, sans accepter de revenir sur le sens de ses décisions. *Mutatis mutandis*, la distinction opérée pour la France entre recours et modification d’office semble s’appliquer. En Italie, comme en France, une forme de « recours » est admise, contre la lettre même de la Constitution. Toujours comme en France, on peut également admettre qu’il ne s’agit en fait pas de véritable recours, mais simplement de modifications d’office, bien que la lettre de la *Norme integrative* semble laisser ouverte la possibilité des recours.

On le voit, la pratique du Conseil constitutionnel dans la rectification des erreurs matérielles manque de cohérence. Le cadre constitutionnel interdit les recours, c’est une évidence. Il autorise néanmoins la modification unilatérale par la juridiction constitutionnelle elle-même de ses décisions ; plus exactement il ne l’interdit pas expressément ce qui laisse la porte ouverte à cette pratique. Si le Conseil constitutionnel admet donc des « demandes » de rectifications, qui sont de véritables « recours » qui le lient dans son traitement, lui imposant notamment de répondre explicitement à toute demande, alors il agit en violation de la lettre constitutionnelle.

³²Compte rendu de la séance du 23 octobre 1987, 1-5 et 23 s.

³³On renverra le lecteur intéressé vers R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (dir.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Turin, 2017, 131, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO, *Giustizia costituzionale. II – Oggetti, procedimenti, decisioni, Giappichelli*, Turin, 2018, Partie V, G. D’AMICO, *Il procedimento per la correzione di errori materiali e le surrettizie impugnazioni delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, Rome, 2016, 2988. Nous tenons à remercier R. Niro et G. Serges pour la communication de ces références, et plus largement pour leur aide relative à la position de la Cour constitutionnelle et de sa jurisprudence.

En admettant toutefois que la pratique ne viole pas la Constitution parce que le Conseil constitutionnel n'est pas par principe tenu de répondre, il faut ici encore observer un manque de cohérence dans la pratique des trois contentieux dont il a la charge. En effet, le Conseil constitutionnel accepte de rectifier ses erreurs matérielles dans le contentieux électoral, et il accepte même de rectifier les erreurs en modifiant le sens général de sa décision. Il accepte de modifier les erreurs matérielles de ses décisions QPC, mais il refuse par principe d'envisager toute rectification qui entraînerait une modification du sens de sa décision. Enfin, le Conseil ne semble pas envisager le principe même de ces rectifications dans le cadre de son contrôle *a priori*. Dans la mesure où la doctrine ne s'est pas emparée du phénomène et où le nombre de saisines et de décisions est extrêmement restreint dans la demande de rectification, il y a fort à parier pour qu'aucune réforme ne soit envisagée. Peut-être n'est-ce pas un besoin pressant. Pour autant, puisque le Conseil constitutionnel commet des erreurs dans ses décisions QPC et dans ses décisions électorales, puisqu'il en commet en tant qu'institution dans sa communication sur le droit constitutionnel ou sur ses propres décisions, peut-être serait-il sage de prévoir le principe général d'une rectification des erreurs matérielles dans le contentieux *a priori*. Peut-être serait-il tout aussi sage d'accepter de modifier le sens d'une décision QPC rendue à la suite d'une erreur. Reconnaissons que ce n'est pas là la première nécessité de réforme si l'on se place dans une perspective constitutionnaliste : il faudrait plutôt réformer l'institution pour qu'elle devienne une « véritable cour constitutionnelle³⁴ » et notamment supprimer les anciens présidents de la République comme membre de droit... ainsi que les anciens Premiers ministres.

³⁴X. MAGNON, *Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, vol. 100, 999 ss.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

SULLA DIALETTICA FRA CORTE E LEGISLATORE ALLA LUCE DELLE
RECENTI EVOLUZIONI DEL PROCESSO COSTITUZIONALE.
VERSO UN PRIMO BILANCIO

GIULIA VASINO

SOMMARIO: 1. Introduzione. La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore oggi, fra fattore tempo e attitudine "sostanzialista". – 2. Uno sguardo alla bidimensionalità e rigidità delle fonti primarie del processo costituzionale. – 3. Le "voci critiche" in merito all'attuale configurazione del *judicial activism* della Corte italiana. – 3.1. Il modello tedesco dell'*Unvereinbarkeitserklärung* e le analogie con la tipologia decisoria coniata dalla Consulta. – 4. Osservazioni (non) conclusive sull'attuale attivismo della Corte, fra indirizzo politico costituzionale dell'organo di garanzia e nuovi standard procedurali in costruzione.

1. *Introduzione. La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore oggi, fra fattore tempo e attitudine "sostanzialista"*

La questione dell'illimitata fantasia decisoria del giudice delle leggi rappresenta una delle questioni tradizionalmente più dibattute della giustizia costituzionale, un tema che subisce periodicamente dei momenti di rinnovata centralità ma che da sempre accompagna la riflessione teorica sulle evoluzioni del sindacato di legittimità.

D'altra parte, il fatto che l'azione delle Corti costituzionali fosse destinata a procedere ben oltre la visione monodimensionale e meccanica tratteggiata dai suoi fautori

si mostra evidente fin dalla loro entrata in funzione¹. All'interno del nostro ordinamento, già nella prima fase repubblicana - periodo in cui si inizia a parlare di “supplenza” della Consulta nei confronti dell'organo legislativo² - l'insostenibilità di una «giurisdizione di amputazione»³, meramente demolitiva e noncurante degli effetti delle pronunce sull'ordinamento giuridico o sulle posizioni soggettive dei singoli, viene immediatamente concretizzata dall'accrescimento dell'armamentario decisionale dell'organo di garanzia.

Parimenti, tale processo di “emancipazione” sembra riflettere l'interiorizzazione, da parte del giudice delle leggi, di un significato più elastico e onnicomprensivo del concetto di legalità costituzionale e della funzione di garanzia⁴. La visione “minimalista” del ruolo della giustizia costituzionale e di una Corte costituzionale quale «monade senza uscite sul mondo»⁵, insensibile alle conseguenze sistemiche dell'accoglimento, si è rivelata, dunque, progressivamente estranea al concreto esplicitarsi del giudizio di legittimità.

Tali premesse, com'è noto, hanno trovato oggi, nell'attuale fase della giustizia costituzionale, esiti inediti e significativi, manifestandosi in una pluralità di modalità decisionali, alcune delle quali profondamente incidenti sui rapporti fra la Corte e il legislatore. Si allude, chiaramente, al conio dell'inedita formula dell'ordinanza di rinvio a data fissa, sperimentata a partire dalla decisione n. 207/2018, così come alla correlata “erosione” del famigerato vincolo delle rime obbligate, attenuato nella più moderata formula delle rime possibili. Benché si tratti, com'è evidente, di innovazioni che agiscono in modo differente sui vincoli processuali circoscriventi l'operato della Corte – potendosi definire il primo come un'evoluzione ultimativa e “strutturata” delle tradizionali formule monitorie che fa leva sull'espedito del rinvio dell'udienza e la seconda come un rimodellamento incidente sugli argini posti all'esercizio del potere normativo della Corte che pare sinora aver trovato particolare fortuna in ambito penalistico – fra gli stessi esisterebbe una profonda correlazione sia sul fronte applicativo sia sotto il profilo della *ratio* sottesa a tali formule. Difatti, nell'attuale momento storico, l'esigenza di porre in essere un tempestivo ripristino della legalità costituzionale avrebbe acquisito nel tempo una sempre più rilevante centralità, accentuando il suo peso all'interno del *reasoning* del giudice delle leggi. Più dettagliatamente, dunque, la Corte parrebbe oggi affrontare differentemente il problema della necessaria dialettica che viene in rilievo ogni qual volta

¹ Cfr. F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1652-1653.

² Cfr. G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, 32. Leopoldo Elia chiarisce, tuttavia, come, con riferimento alla prima fase repubblicana, non si possa parlare di supplenza in senso tecnico in quanto la Corte esercitava in realtà la funzione di controllo che le era propria, annullando leggi incostituzionali di origine prerepubblicana caratterizzate da una forte impronta illiberale. Si utilizza però l'espressione “supplenza” a causa della trascuratezza del Parlamento nel dar luogo a interventi abrogativi, v. L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*, in AA. VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, *Scritti sulla giustizia costituzionale*, Padova, 1985, 306.

³ V. MARCENÒ, *La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte costituzionale come discrezionalità nella scelta dei mezzi in funzione dell'adaequatio*, negli scritti di Leopoldo Elia, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 3566 ss.

⁴ Cfr. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007.

⁵ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984 (ristampa Napoli, 2014), 9.

la suddivisione dei ruoli si scontri con l'inerzia parlamentare, cercando di dar luogo ad una conciliazione che consenta di non sacrificare né procrastinare eccessivamente la tutela dei diritti coinvolti⁶. Nondimeno, l'accrescimento del peso rivestito dal valore sostanziale si inserisce in un processo di ridefinizione dei limiti di più ampio respiro che ha lentamente condotto al tendenziale abbandono e di soluzioni decisorie fondate su un improduttivo ed inefficace atteggiamento di *self-restraint*⁷ e di quelle soluzioni intermedie "di compromesso", quale l'additiva di principio⁸, suscettibili, in assenza di un pronto seguito legislativo, di dar luogo sovente ad una garanzia frammentata e disuguale dei diritti⁹.

Questa vocazione più squisitamente attivista si è tradotta, sotto il profilo operativo, in una formula decisoria che ha permesso alla Corte, mediante l'uso dei propri poteri di gestione del processo costituzionale, di superare la più volte evidenziata stasi che si verifica ogni qual volta il processo di reintegrazione dei diritti fondamentali richiede l'azione congiunta dei due organi costituzionali, esigendo che l'opera ricostruttiva del Parlamento si verifichi in tempi certi¹⁰. La modalità di intervento che la Corte inaugura nella vicenda Cappato ma che trova, forse, più chiara esplicazione nella prolungata dialettica riguardante l'ergastolo ostativo¹¹ - e che segna il netto cambio di paradigma rispetto alle precedenti tecniche adoperate - confluiscono nell'idea secondo la quale, «decorso un congruo periodo di tempo» entro il quale il legislatore è chiamato e incoraggiato a porre rimedio al *vulnus* accertato, la Corte «è tenuta comunque a porvi

⁶ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020, 8 ss.

⁷ La conseguenzialità fra i due fenomeni viene sostenuta da R. PINARDI, *Il mutato atteggiamento della Corte costituzionale di fronte all'inerzia del legislatore quale causa di una maggior "diffusione" del giudizio sulle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione": verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 624 ss.

⁸ Per una disamina approfondita della tecnica e delle sue luci e ombre si rimanda, fra i molti commenti, a A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992; G.P. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; G.P. DOLSO, *Le additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999; A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, V, 2002, 3435 ss.; C. SALAZAR, *Guerra e pace nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive di principio quali decisioni atte a rimediare alle omissioni incostituzionali del legislatore*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000.

⁹ Cfr. F. SACCO, *L'impatto della giurisprudenza costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali: una prospettiva storica*, in R. BIN-G. BRUNELLI -A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 710 ss.

¹⁰ Fra i primi commenti volti ad inquadrare la tecnica all'interno del contesto si rimanda a M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 645 e E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019.

¹¹ Si tratta, com'è largamente noto, dell'unica occasione in cui sinora vi sia stata un'effettiva interlocuzione fra i due organi nonché un seguito parlamentare a cui è seguito un duplice rinvio della questione, cfr. U. ADAMO, *È (resterà) due senza tre? Sull'"incostituzionalità prospettata": criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica*, in *Consultaonline.org*, fasc. 2/2022. M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 28 febbraio 2022. Sul seguito e le sue criticità in particolare si rimanda a R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Questione Giustizia*, 2 novembre 2022 e F. POLACCHINI, *Fine pena (force): ergastolo ostativo e prospettive di riscatto*, in *federalismi.it*, 11/2023, 202 ss.

rimediaio»¹². All’interno del “comunque”, al quale il giudice delle leggi si riferisce, sembra racchiudersi la convinzione che i caratteri strutturali e i vincoli procedurali del processo costituzionale, per lungo tempo rilevanti ostacoli dell’azione creativa della Corte, oggi assumano una funzione cedevole di fronte all’obiettivo di riaffermare i principi della Carta, specialmente qualora vengano in rilievo beni costituzionali di primaria importanza. Questo rinnovato approccio “sostanzialista”, che ridisegna in modo profondo la dialettica fra i due organi costituzionali, esula, appunto, dall’uso della cosiddetta incostituzionalità prospettata e, come anticipato, presenta profonde affinità con l’azione espressa dalla Corte in ambito penalistico¹³. Anche tale giurisprudenza sembra aver interiorizzato quel meccanismo logico, poi perfezionato nella formula dell’incostituzionalità prospettata, di una doppia pronuncia dotata di effettività in base alla quale «le valutazioni discrezionali di dosimetria della pena spettano anzitutto al legislatore»¹⁴ ma il fine di assicurare l’intervento correttivo della Corte e di scongiurare il protrarsi di zone franche si rivelerebbe preminente, giustificando così l’abbattimento dei tradizionali argini che sbarravano la via dell’accoglimento imminente mediante un’operazione ricostruttiva a rime “possibili” o “adeguate”¹⁵.

Nonostante la significativa articolazione e ampiezza del tema, di cui si ha oramai si ha ampia contezza, il fulcro del dibattito ritorna a cadere, ancora una volta, sull’individuazione dei confini e sull’elasticità dei vincoli procedurali circoscriventi l’esercizio del giudizio di legittimità, un dilemma che, in presenza di una giurisdizione *sui generis* quale quella costituzionale, quanto mai rende cruciale la duplice espressione “limite” e “autodefinizione del limite”. Difatti, l’operato dell’organo di garanzia sarebbe stato sin dalle origini caratterizzato da un’interpretazione estensiva delle previsioni di rango costituzionale e legislativo regolanti la forma, i limiti e l’efficacia del sindacato. A questo ha contribuito, in primo luogo, l’impatto delle leggi attuative sull’originaria configurazione dell’articolo 136 nonché le indicazioni fornite dalla primissima giurisprudenza della Corte sugli elementi costitutivi del suo stesso sindacato. La legge costituzionale n. 1 del 1948, difatti, letta in combinato disposto con l’art. 30 c. 3 della legge n. 87 del 1953, trasforma l’accoglimento in un annullamento con effetti retroattivi ed erga omnes, ben oltre la semplice “cessazione di efficacia” immaginata dal Costituente.

¹² Sent. 242/2019, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹³ Su tale giurisprudenza si rimanda al recente lavoro monografico di O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale*, Palermo, 2022. Per l’inquadramento del modello argomentativo emerso sin dalla pronuncia 236/2016 si richiama altresì F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2017, 66 il quale commentava positivamente la scelta della Corte parando di rime «semi-libere» e, più ampiamente, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.

¹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 40 del 2019, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ Sono numerosi i commenti che hanno cercato di delineare il modello che sembra essere stato coniato e consolidato nella famosa “triade” di pronunce costituita dalle decisioni nn. 236/2016, 222/2018 e 40/2019, si rimanda, senza alcuna pretesa di esaustività a A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2019; D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2019; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione “a rime possibili”*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019.

D'altro canto, lo stesso vincolo della soluzione costituzionalmente imposta, oggi oggetto degli strenui interventi di difesa quale ultimo baluardo in presenza delle velleità creative della Consulta, fu immaginato, come autorevolmente ricordato, da finalità opposte e per questo al centro di numerose critiche¹⁶, ostilità che, nel corso del tempo, hanno subito un'attenuazione, lasciando spazio progressivamente a giudizi positivi circa le sentenze normative dell'organo di garanzia¹⁷. Un approccio dotato, dunque, di un significativo livello di flessibilità che tendenzialmente, dopo una prima fase di smarrimento e di vaglio da parte della dottrina, ha condotto ad un progressivo assorbimento del canone processuale inedito nello strumentario ordinario del giudice delle leggi.

Nonostante ciò, la ricerca di nuove soluzioni decisorie e il rimodellamento sempre più arduo del limite processuale che ha alle spalle il principio della discrezionalità del decisore politico a cui oggi si assiste rappresenta una necessità di riconfigurazione degli strumenti operativi che comunque muove da una condizione di originaria "debolezza", uno svantaggio che appare imputabile, anzitutto, alla presenza di un quadro normativo di rango costituzionale e legislativo caratterizzato da una strutturazione molto rigida dei ruoli e animato da una vocazione "contenitiva" nei confronti dell'organo di giustizia costituzionale¹⁸.

2. Uno sguardo alla bidimensionalità e rigidità del modello originario

Invero, l'approfondimento dei lavori preparatori della Costituente relativi all'edificazione di un sistema di controllo di costituzionalità restituisce l'immagine di una classe politica conscia della necessità di introdurre un soggetto che assicurasse la rigidità della neonata Carta e ponesse dei freni all'onnipotenza dell'Assemblea. Pur tuttavia, sebbene tale presupposto rappresenti una non irrilevante «breccia nel muro dell'insindacabilità delle scelte legislative», la priorità che caratterizza il processo costituente sulle garanzie costituzionali sembra essere quella di circoscrivere i condizionamenti posti alla sovranità parlamentare da parte del custode¹⁹. Al di là delle differenti concezioni che i fautori della Costituzione repubblicana manifestano, quello che scaturisce dal confronto sulla giustizia costituzionale è un'operazione ispirata al

¹⁶ Cfr. G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 89 ss.

¹⁷ Evoca questo processo trasformativo di progressivo adattamento M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, Versione provvisoria dell'intervento tenuto in occasione del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" "I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale", Como, 26-27 maggio 2023, 19, richiamando anche le osservazioni di G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 306.

¹⁸ Cfr. A. GIOVANNELLI, *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerechtigkeit kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione "politica" della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, vol. I, *Scritti sulla giustizia costituzionale*, Padova, 1985; G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981; C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979 (ristampa Napoli, 2014).

¹⁹ A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, 3/2019, 94.

ridimensionamento preventivo del ruolo della Corte e a una conseguente articolazione minimale del processo costituzionale. Più chiaramente, si afferma l'idea che una conformazione bidimensionale e degli strumenti e dell'efficacia delle decisioni costituissero un'intelligente modalità di predeterminare e contenere le eventuali velleità creative dell'organo di garanzia, a vantaggio del Parlamento, organo cardine dell'ordinamento repubblicano. Il dogma della centralità dell'Assemblea permane nella *mens* del Costituente, riverberandosi sulla struttura del giudizio di costituzionalità e portando alla definizione di un controllo estremamente meccanico, immaginato come un'asettica valutazione di conformità dell'atto legislativo rispetto al parametro di riferimento.

Tale impostazione teorico-ideologica si riflette inevitabilmente sulle fonti "originarie" e cardine del processo costituzionale. In primo luogo, risulta infatti ampiamente condiviso in dottrina il fatto che dall'articolo 136 della Costituzione possa evincersi un chiaro significato prescrittivo, l'inidoneità delle norme dichiarate illegittime a produrre effetti giuridici²⁰. Fra il momento della declaratoria di incostituzionalità e l'annullamento della norma esisterebbe un'identità non aggirabile in via interpretativa. Inoltre, sarebbe invece arduo far discendere dalla restante parte della disposizione qualsivoglia vincolo a carico del legislatore: la comunicazione alle Camere dell'emanazione di una pronuncia di accoglimento, prescritta dal secondo comma, sarebbe finalizzata ad agevolare l'intervento riparatore dell'organo parlamentare, in ottemperanza a quel principio di leale collaborazione istituzionale emergente dalla Carta repubblicana. Nonostante l'avvicinarsi di sforzi ricostruttivi alternativi, non sembra possibile prospettare l'esistenza di un obbligo giuridico gravante sul legislatore a porre rimedio al vuoto normativo prodotto dalla declaratoria di illegittimità; l'unico ragionevole condizionamento discendente dalla previsione sarebbe l'impossibilità di riprodurre per via legislativa il contenuto di una norma caducata, se non nella forma aggravata della revisione costituzionale²¹. Peraltro, anche volendo sostenere l'esistenza di un vincolo di natura giuridica all'attuazione, l'assenza di strumenti per sanzionare l'inadempienza legislativa priverebbe tale obbligo di coerenza²².

²⁰ V. G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 45 ss.; C. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Corte nel quadro del sistema di governo*, in *Il Politico*, vol. VI, n. 4, 1961, 643.

²¹ Sulla necessità di mantenere questa via, astrattamente percorribile, nell'ambito dell'eccezionalità v. P. VIPIANA, *La legislazione negativa*, Torino, Giappichelli, 2017, 168 ss.; più in generale, comunque, la dottrina ha manifestato opinioni differenti circa il grado di vincolatività che graverebbe sul legislatore ordinario. Per una ricostruzione più approfondita delle diverse posizioni cfr. A. RUGGERI, *Le attività consequenziali nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988, 42 ss. L'Autore esprime una critica verso la tendenza a sovrapporre le due forme di inadempimento in forza del legame condiviso con il generale principio di collaborazione istituzionale. Nel primo caso si tratterebbe di una forma di collaborazione «politicamente influente ma giuridicamente irrilevante», nel secondo caso di una cooperazione correlata ad uno specifico divieto discendente dalla suprema fonte dell'ordinamento (48).

²² Cfr. C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, 162 ss.

Analogamente, simili conclusioni si evincono dalla formulazione della legge n. 87 del 1953. Difatti, lo sviluppo della «giustizia legislativa»²³ venne segnato da una costante e dichiarata ispirazione ai caratteri costitutivi della giustizia amministrativa. Nella genesi di quest'ultima, infatti, era emersa quella tensione fra tutela dei diritti soggettivi e ripristino della legalità in senso oggettivo che si ripresentava nell'istituzione del nuovo sistema di garanzia. L'inquadramento del processo costituzionale all'interno dei rassicuranti schemi della giurisdizione amministrativa consentiva di attenuare l'impatto dirompente delle garanzie costituzionali collocandole in una cornice procedurale tradizionale. Questi due fattori - la necessità di consolidare il principio di rigida separazione fra poteri e la ricerca di un referente processuale noto - hanno inciso in modo determinante sulla formulazione della legge n. 87, ostacolando lo sviluppo di un processo costituzionale più articolato e dinamico.

L'articolo 28, in particolare, ha risentito di tale influenza, assumendo una configurazione al contempo tautologica e ambigua. Da un lato, l'esclusione di una «valutazione di natura politica» era già insita nel concetto di «giudizio di legittimità» sancito dall'articolo 134 della Costituzione²⁴. Dall'altra parte, il divieto di svolgere «un sindacato sull'uso del potere discrezionale» del Parlamento risultava o una superflua specificazione del limite già enunciato oppure poteva fornire delle indicazioni sulla natura del giudizio che la Corte sarebbe andata effettivamente a svolgere²⁵. Un'interpretazione letterale della disposizione avrebbe potuto condurre a considerare il divieto come una restrizione ulteriore del giudizio consentito alla Corte dall'articolo 134 della Costituzione. Infatti, mentre quest'ultimo rende sindacabile ogni vizio di legittimità, la previsione legislativa avrebbe il fine di escludere l'esperibilità di un giudizio sull'eccesso di potere. Tale lettura presuppone che il legislatore intendesse immaginare un'effettiva sovrapposizione fra i due processi - costituzionale e amministrativo - e rendere il giudizio di costituzionalità ancora più vincolato. Questa visione sembra tuttavia essere stata smentita non solo da un'analisi dei lavori preparatori dello stesso articolo ma anche dalla dottrina maggioritaria coeva. Nonostante tali ipotesi ricostruttive²⁶, infatti, appare prevalente l'idea che la previsione dell'articolo 28 intenda soltanto voler ribadire con una formula ridondante la necessità di un sindacato rigidamente ancorato ai canoni giurisdizionali e al quale rimane preclusa qualsivoglia valutazione di natura politica²⁷.

²³ Espressione dell'onorevole CODACCI PISANELLI, *Intervento, Atti Assemblea Costituente*, V, seduta ant. del 28 novembre 1947, 4213 ss.

²⁴ A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 74 ss.

²⁵ F. PIERANDREI, *Corte costituzionale (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, 1962, 906 parla di una precisazione «infelice»; L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1046 definisce la parte finale della disposizione una «ripetizione inutile e tecnicamente oscura»; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 358 la definisce «tutt'altro che perspicua»; B. CARAVITA, *Alcune osservazioni sulla collocazione della Corte Costituzionale nel sistema politico dopo la fase dello "smaltimento dell'arretrato"*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1990, definisce la formula una scelta «tra l'ingenuo e il lapalissiano» (45).

²⁶ Cfr. G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 381.

²⁷ R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino, 2002, 92 nota 68; sulla formula dell'art. 28 si veda anche la ricostruzione di T. GIOVANNETTI, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore*, in A.A. V.V., *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo*

3. Le “voci critiche” in merito all’attuale configurazione del *judicial activism* della Corte italiana

Alla luce della sopradescritta configurazione del giudizio di legittimità e del processo costituzionale, appare evidente come, soprattutto oggi, l’allontanamento da tale modello abbia subito una repentina accelerazione. Più chiaramente, il baricentro dell’organo di garanzia oscillerebbe percettibilmente verso la dimensione sostanziale, e anche le modalità espressive della dialettica Corte-Parlamento starebbero mutando la loro intrinseca configurazione e scopo. Infatti, pur essendo meccanismi differenti, il monito, il limite delle rime obbligate, la logica della doppia pronuncia, possono comunque reputarsi riconducibili a quella univoca matrice rappresentata da una specifica visione del bilanciamento fra istanze che gravano sul giudizio della Consulta e, conseguentemente, di un determinato rapporto fra forma e sostanza nell’esercizio del sindacato.

Guardando a tale evoluzione nella sua complessità, è necessario sottolineare come, ad una prima lettura, possano apparire non del tutto peregrine le ragioni che spingono a guardare con timore agli effetti che l’attuale interventismo²⁸. Si argomenta, infatti, come, a seguito di un lungo periodo caratterizzato dall’effetto paralizzante prodotto dal combinato di *judicial deference* e inerzia legislativa, l’equilibrio funzionale della Corte abbia perduto la sua armonia, andandosi a caratterizzare, per prendere in prestito parole autorevoli, per un «eccesso di immanenza»²⁹. Le diffuse perplessità, piuttosto articolate, confluiscono alla fine nella medesima preoccupazione: se l’obiettivo di offrire immediatezza e concretezza alla tutela sostanziale rischi di diventare, nell’azione del giudice costituzionale, «un *passee partout* improprio» in grado di snaturare «i caratteri di una funzione che, almeno dal punto di vista delle forme, viene unanimemente considerata giurisdizionale»³⁰.

Sebbene nessuna operazione di giustizia costituzionale possa mai definirsi priva di costi, si segnala polemicamente come questa nuova fase della giustizia costituzionale si caratterizzi per il predominio di una logica machiavellica, della legittimità sulla legalità,

costituzionale, Torino, 2020, 22 il quale commenta come la previsione stabilita dall’art. 28 abbia mostrato immediatamente la sua «inidoneità a fungere da regola capace di disinnescare *in nuce* ogni possibile frizione fra Corte e Parlamento (...)».

²⁸ Fra i molti, v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 3/2021; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 2019.

²⁹ L’espressione è di G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit., 5 il quale richiama, a sua volta, la già citata metafora utilizzata da C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 113.

³⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d’incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, 220.

del valore sulla forma³¹. A giudizio di questa lettura, la primazia delle istanze di giustizia sostanziale sui vincoli processuali avrebbe determinato un superamento dei confini dello Stato di diritto costituzionale. Ritornando all'aspetto particolare e, dunque, all'immagine di una Corte divisa fra confliggenti istanze in un contesto normativo affetto da eccessiva rigidità - si potrebbe dire che, dopo anni caratterizzati da una ricerca di un faticoso equilibrio fra tutela del principio di legalità costituzionale e rispetto della discrezionalità legislativa, il peso della Corte si sia sbilanciato totalmente in favore dell'esigenza di rendere giustizia costituzionale a qualsiasi costo.

È chiaro che gli attuali mutamenti, ancora in corso di sviluppo e assestamento, colpiscano al centro il vecchio nodo del rapporto fra la Corte e il processo o, più in particolare, la stessa essenza ed esistenza del diritto processuale costituzionale. Più specificamente, fermo restando che la cornice del sindacato svolto dalla Corte si caratterizzi per una naturale flessibilità, e che il diritto costituzionale non sia certo la «culla delle coerenze processuali»³², secondo tale prospettiva il giudice delle leggi avrebbe sottoposto le forme del suo agire ad una tale tensione da determinarne una rottura, lasciando spazio ad una anarchia decisoria in cui vigerebbe la regola della giustizia caso per caso.

In particolare, con riferimento specifico alla elaborazione dell'ordinanza di rinvio a data fissa, uno dei fattori oggetto di critica risiederebbe nell'eccesso di fantasia decisoria che ha condotto all'elaborazione dell'incostituzionalità prospettata. Sebbene fondata su un intelligente espediente processuale, quello del rinvio dell'udienza, si andrebbe a contestare, ancora una volta, la traballante base legale la quale sarebbe presente, al contrario, nel più consolidato modello adoperato dal Tribunale costituzionale tedesco, quello dell'*Unverbarkeitserklärung*, mai menzionato, ma il più pregnante riferimento comparatistico non esplicitato dal giudice costituzionale³³.

3.1. Il modello tedesco dell'*Unvereinbarkeitserklärung* e le analogie con la tipologia decisoria coniata dalla Consulta

Elaborato in via pretoria e tradotto successivamente nel diritto positivo, il modello dell'*Unverein* si caratterizza per la scissione temporale fra il momento dell'accertamento e la declaratoria di incostituzionalità (*Nichtigkeitserklärung*)³⁴. In tale percorso

³¹ A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e rapporti istituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2/2019, 52.

³² C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA. VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 69.

³³ D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, 97.

³⁴ N. FIANO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte Costituzionale tra dichiarazione di incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016, 7 ss. richiama l'espressione di J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1997 secondo il quale «Das Nichtigkeitsdogma entspreche nämlich deutscher Verfassungstradition» (138); analogamente

edificativo ha avuto un ruolo determinante il silenzio della Legge fondamentale tedesca che tace sugli effetti della violazione del parametro costituzionale, limitandosi a sancire la soggezione della legislazione alla Costituzione (art. 20 terzo comma GG) e, dunque, la sola primazia della suprema fonte³⁵.

Dunque, di fronte alla neutralità del dettato costituzionale e grazie alla valorizzazione di un approccio “empirico” al problema dell’incostituzionalità, prima il Tribunale e poi la legge hanno permesso di immaginare uno status intermedio, un “limbo giuridico” nel quale collocare la legge incompatibile ma non ancora invalida, un declassamento che si è tradotto in un fortunato strumento di raccordo con il legislatore³⁶. La ben nota tecnica temporalmente manipolativa si inserisce nel ricco ed articolato strumentario della Corte di Karlsruhe e consente all’organo di giustizia costituzionale di dichiarare l’incompatibilità fra la norma sindacata e il parametro costituzionale posticipando in un momento successivo la rimozione della norma viziata dall’ordinamento giuridico, nell’attesa che il Parlamento intervenga³⁷. A carico di quest’ultimo viene fissato un vero e proprio vincolo a provvedere con solerzia per “modificare in meglio” la norma *sub iudice* (*Nachbesserungspflicht*). L’azione reintegrativa del legislatore rappresenta, in realtà, l’autentica *ratio essendi* di tale originale tipologia decisoria, pertanto la declaratoria di incompatibilità «fa corpo» con la disciplina legislativa consequenziale, saldando logicamente i due momenti³⁸. Per tal ragione, sovente è prevista la fissazione di un termine temporale (*Frist*) per l’adempimento legislativo, un istituto che a sua volta trae ispirazione dal modello della giustizia costituzionale austriaca³⁹. Infine, il terzo elemento che rende ulteriormente chiaro il parallelismo con la scelta della Consulta è la presenza del monito (*Reformegebot*), frequentemente accompagnato da indicazioni di contenuto che si fanno più rigide e stringenti più la soluzione suggerita dalla Corte appaia costituzionalmente vincolata.

L’incostituzionalità prospettata guarda alla forma “pura” di *Unvereinbarkeit*. In questa ipotesi la dichiarazione di incompatibilità ha l’effetto di sospendere la norma viziata (*rechtliche Schwebezustand*) producendo un blocco dell’applicazione (*Andwendungssperre*) della norma sia con riferimento al giudizio principale sia agli altri

G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca: tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2002, 56 ss.

³⁵ M. T. RÖRIG (a cura di), *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, in *Corte costituzionale-Servizio studi*, disponibile in www.cortecostituzionale.it, 2018, 26.

³⁶ F. PEDRINI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l’esperienza tedesca*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/2015, afferma che la «defettibilità» del binomio “incostituzionalità-nullità” fosse già in fase di sviluppo in una serie di pronunce che affermavano la sola incompatibilità della normativa sindacata.

³⁷ Per una ricostruzione organica e approfondita della tecnica, e di come quest’ultima si fondi inevitabilmente sulla teoria dell’annullabilità della norma incostituzionale, si rimanda a N. FIANO, *Il fattore “tempo” nella giustizia costituzionale*, Milano, 2022, 73 ss.

³⁸ M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *Rivista “Gruppo di Pisa”*, 1/2017, 17.

³⁹ B. CARAVITA, *Corte “giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi*, I, *La Corte costituzionale austriaca*, Padova, 1985, 134 ss.

processi pendenti⁴⁰. La seconda sub-tipologia, invece, si caratterizza per la presenza di un *Fortgeltungsanordnung*, un ordine di validità che consente alla norma riconosciuta come incompatibile di produrre ancora gli effetti (*weitere Anwendbarkeit*) fino all'entrata in vigore della nuova disciplina. La motivazione che tradizionalmente accompagna questa soluzione è quella di pervenire ad un corretto bilanciamento fra i diritti in gioco i quali potrebbero essere maggiormente sacrificati dall'improvviso vuoto di disciplina.

Infine, la versione più complessa dell'*Unvereinbarkeit* è quella dell'*Übergangsregelung* poichè, accanto alla dichiarazione di incompatibilità e alla sospensione della norma censurata, il tribunale tedesco introduce una disciplina transitoria destinata a regolare provvisoriamente la materia fino all'intervento legislativo. Questa terza articolata sub-tipologia sembra richiamare la soluzione, suggerita in più riflessioni da Alessandro Pizzorusso, di dar luogo a pronunce di accoglimento «a contenuto normativo minimo e transitorio». Ai fini di evitare la desolante alternativa fra un insoddisfacente rigetto e un accoglimento produttivo di un grave vuoto, l'A. prospettava delle soluzioni che offrissent una disciplina provvisoria che fungesse da contributo "minimo indispensabile" per evitare una paralisi del parametro costituzionale e assicurare la continuità dell'ordinamento giuridico⁴¹.

Se, dunque, appare incontestabile che fra le due tipologie decisorie vi sia omogeneità di scopo e di struttura, è altrettanto indubitabile il fatto che la formula tedesca si distingua per godere di un fondamento giuridico molto più solido: il punto di forza della decisione si concretizza nel superamento dell'identità fra il momento dichiarativo e quello costitutivo dell'incostituzionalità mediante la creazione di un *tertium genus*, quello della norma "incompatibile". Questo fattore costituisce il principale elemento di estraneità rispetto al nostro modello di giustizia costituzionale in forza della già evidenziata anelasticità del giudizio di costituzionalità imposta dall'articolo 136 della Costituzione che esige che una norma accertata come incostituzionale debba necessariamente cessare di avere effetto⁴².

4. Osservazioni (non) conclusive sull'attuale attivismo della Corte, fra indirizzo politico costituzionale dell'organo di garanzia e nuovi standard procedurali in costruzione

Nonostante le comprensibili preoccupazioni inerenti ai potenziali «sconfinamenti»⁴³ dell'organo di garanzia in assenza di solide basi giustificative, si ritiene che tali "rotture" risultino più apparenti che reali e possano essere opportunamente ridimensionate alla luce di una prospettiva duplice che coniughi, da un lato, la riflessione più teorica relativa all'annoso tema dell'attuazione costituzionale e dell'indirizzo politico costituzionale del giudice delle leggi e, dall'altro, un approccio più concreto,

⁴⁰ K. SCHLAICH - S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C.H Beck, München, 2001, 269.

⁴¹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche*, cit., 100.

⁴² R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, 1993, 199-200.

⁴³ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 251 ss.

maggiormente focalizzato sulla dimensione processuale e sull'auto-normazione *in fieri* dell'organo di garanzia.

In primo luogo, al di là della visione del Costituente e del legislatore del 1953 circa il rapporto fra i due organi, è opportuno sottolineare che l'inquadramento che si dà della funzione "co-legislativa" che la Corte oggi pare assumere non può davvero prescindere dal significato intrinseco che si conferisce alla discrezionalità del legislatore. Difatti, la fissazione del limite è strettamente correlata al rapporto fra la funzione legislativa e i fini stabiliti dalla Carta e quindi attiene più propriamente al problema dell'attuazione costituzionale.

In primis occorre ribadire che la forma che il Costituente volle imprimere alla Costituzione si caratterizza per un accoglimento parziale e dell'insegnamento kelseniano e dell'esperienza weimariana⁴⁴. A un complesso di prescrizioni dal contenuto neutrale o di dichiarazioni di principio dal contenuto eterogeneo, la nostra Carta costituzionale sembra contrapporre «un'istanza di unità ideologica»⁴⁵. Questo significa che l'atto fondante del nuovo ordinamento giuridico sembra aver inteso sistematizzare la pluralità di valori che l'hanno ispirata all'interno di uno schema coerente e omogeneo che non sfugge, al contempo, a un accertamento razionale e risulta quindi giuridicamente conoscibile. Si parla, si badi bene, di una aspirazione che si manifesta, appunto, in una dimensione ideale⁴⁶. Cionondimeno, il fatto di averlo oggettivato in una pretesa ha, tuttavia, permesso a tale istanza di istituzionalizzarsi e di infondere la propria influenza sulla concezione del sistema e dell'operato degli organi costituzionali.

Tale configurazione del testo costituzionale ha dato impulso a quella visione di Costituzione-programma all'interno della quale le previsioni non acquisiscono più soltanto la funzione di limite negativo all'azione del legislatore ma si presentano congiuntamente nella forma di fine da realizzare⁴⁷. L'affermazione della Carta avrebbe luogo non solo mediante la sua osservanza e applicazione ma, secondo questa concezione, anche attraverso un processo di attuazione la cui responsabilità ricade principalmente sulle spalle del legislatore. Quest'ultimo sarebbe dunque titolare di un indirizzo politico legislativo finalizzato al raggiungimento degli scopi costituzionalmente prescritti⁴⁸. Se si attribuisce tale significato al disegno costituzionale, la funzione legislativa non può dunque che rivelarsi discrezionale, nel senso tecnico del termine. L'articolo 28, nonostante la sua oscura formulazione, avrebbe, dunque, un significato tutt'altro che ambiguo: alla Corte verrebbe precluso il potere di giudicare il merito della legge ma non quello di sindacare il vizio funzionale qualora il Parlamento eluda i limiti positivamente individuati dalla Costituzione⁴⁹.

In secondo luogo, il fattore caratteristico di tale ricostruzione non risiede soltanto nel contestare l'idea di un indirizzo politico privo di vincoli materiali e finalistici ma

⁴⁴ A. GIOVANNELLI, *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtbarkeit kelseniana*, cit., 438 ss.

⁴⁵ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 87 ss.

⁴⁶ F. MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. I, Milano, 1977, 213.

⁴⁷ F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1000.

⁴⁸ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995, 159 ss.

⁴⁹ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, vol. II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 343 ss.

anche nell'affermare la doverosità della funzione legislativa. La Costituzione porrebbe a carico del legislatore dei condizionamenti, particolarmente puntuali ed espliciti con riferimento alle norme programmatiche, delineando una vera e propria «situazione di potere dovere»⁵⁰. Tuttavia, affidare al circuito politico rappresentativo e, più specificamente, al legislatore lo svolgimento del dettato costituzionale porta con sé dei rischi. La posizione privilegiata riconosciuta al Parlamento potrebbe legittimare comportamenti astensivi dell'Assemblea, in contrasto con quella concezione di costituzione «totale» che non tollera forme di in-attuazione⁵¹.

Per tale ragione, è proprio in parallelo a questa tesi che pone in luce la peculiare funzione integrativa della Costituzione riservata alla legge che si è teorizzata l'esistenza di un indirizzo politico costituzionale, direttamente derivante dalle previsioni costituzionali, di cui tutti gli organi costituzionali di vertice, compresi quelli di garanzia, sarebbero titolari⁵².

Di conseguenza, le differenti valutazioni sull'operato della Corte e sulla opportunità di influire sull'azione del legislatore costituiscono, in primo luogo, il precipitato concreto dell'accoglimento di una determinata visione della Costituzione. In tale quadro la concezione della funzione del giudice costituzionale sembra essere strumentale al valore che si attribuisce alla Carta costituzionale e, soprattutto, alla sua capacità di dare effettività a tale istanza di unificazione rispetto al pluralismo.

Chi pone l'accento sulla eterogeneità delle disposizioni costituzionali e sulla elasticità del loro significato, riprendendo alcune argomentazioni proprie dei fautori del preambolo e della programmaticità del testo costituzionale, insiste sul *self-restraint* dell'organo di garanzia e sulla centralità del ruolo degli organi di indirizzo politico.

Dal lato opposto, emerge una concezione del testo costituzionale come sistema avente un'intrinseca coerenza e dotato di piena precettività. In questa visione, la funzione dell'organo di garanzia e l'espansione dei suoi strumenti decisionali diviene sviluppo di quel ben individuabile indirizzo politico costituzionale che è evincibile dalla Carta.

Si pone sulla stessa linea chi, pur riconoscendo un nucleo finalistico comune nei principi costituzionali - lo sviluppo della persona umana nella pluralità dei suoi significati - ritiene che gli stessi siano difficilmente riconducibili ad unum: i valori della Carta si orienterebbero diversamente a seconda delle esigenze che intendono soddisfare e

⁵⁰ A tale conclusione perviene V. ZANGARA, *Limiti alla funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, 1957, 96 ss. il quale ritiene che la discrezionalità inerisca a tutte le funzioni dello Stato. Pertanto il grado di libertà dei diversi atti sarebbe soltanto di natura quantitativa e dipenderebbe dalla minore o maggiore astrattezza della norma superiore. In questo contesto la funzione legislativa gode di un alto grado di libertà ed è posta un gradino sotto alla funzione costituente.

⁵¹ Per un approfondimento di tale concezione cfr. V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, cit., 155 il quale ricostruisce la posizione di Santi Romano sull'ipotesi della lacuna istituzionale elaborata nella fase statutaria trasponendola, con riferimento al periodo repubblicano, al problema dell'attuazione: «se la costituzione è totale, e cioè al servizio di un atto fondante originario ed incondizionato, per ciò stesso assunto come onnipotente, essa non può tollerare, senza far onta dell'onnipotenza stessa del "costituente", di rimanere inattuata, non può tollerare che l'assenza di un "fatto presupposto" possa "mutarla", vanificandone, anche solo in talune delle sue proposizioni giuridiche, l'interpretazione ed applicazione».

⁵² P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, 1957, 907 ss.

necessitano di essere ricomposti e attuati. In tale ordinamento in costruzione, carente di stabilità, il ruolo dell'interprete diviene attivo e si proietta verso una mediazione dei diversi interessi, affinché fra essi si crei «una più intima solidarietà»⁵³.

Su questi presupposti teorici può edificarsi una visione che giustifica l'espansione delle modalità decisionali del giudice costituzionale e ne guarda con favore l'intervento in presenza di lacune e di discipline che non assicurino un'adeguata tutela del bene giuridico protetto o modifichino *in peius* la situazione rispetto al periodo della sola vigenza della disposizione costituzionale.

In questo disegno emerge una Corte militante la quale, proprio in forza della sensibilità che la caratterizza, è chiamata a intervenire attivamente ogni qual volta il legislatore si allontani da quell'indirizzo politico costituzionale o si astenga dall'inverarlo⁵⁴. Fra l'attività del legislatore e quella della Corte, suo indispensabile «attore e contraddittore»⁵⁵, emergerebbero delle notevoli affinità, in particolare un'attività di indirizzo di tipo discrezionale in quanto limitata dal solo fine di attuazione dei valori costituzionali⁵⁶. In esso può leggersi il senso degli «impegni che la Costituzione ha prefisso al legislatore o le vie sulle quali questo deve affrettarsi per non tradirli»⁵⁷. In questa dottrina, il Parlamento e la Corte agirebbero in tandem, ponendo in essere un'azione sinergica di attuazione costituzionale, nella quale la distinzione fra interpretazione, applicazione e creazione del diritto diviene sempre più sfumata⁵⁸.

È innegabile, tuttavia, che tale configurazione del ruolo del giudice delle leggi risulti comprensibilmente insidiosa. Per questa ragione, è altresì l'analisi del *modus decidendi* della Corte a venire in soccorso, offrendo dei timidi ma significativi fattori ricorrenti e costanti argomentative che parrebbero confermare l'intenzione dell'organo di non distaccarsi dalla forma giurisdizionale del suo sindacato. Difatti, una parte della riflessione dottrina tende ormai a procedere oltre la *pars destruens* dell'operato del collegio, mossa dal fine di cogliere le nuove caratteristiche intrinseche dell'attuale giurisprudenza in cui si manifestano i più rilevanti risvolti del rimodellamento della dialettica Corte-legislatore. Tale osservazione conduce ad evidenziare come la Consulta non sembri affatto postulare una generica subordinazione delle ordinarie regole in funzione del fine di "render giustizia" ma, al contrario, sia possibile enucleare dei criteri di intervento, alcuni più strutturati e tangibili, altri ancora presenti in fase embrionale. In questa ottica, quindi, l'agire del giudice costituzionale farebbe trasparire una lettura

⁵³ C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, 167.

⁵⁴ Per una disamina sulle più risalenti opinioni relative all'inquadramento del neonato organo di garanzia nel sistema istituzionale v. anche A. MASSERA, *Materiali per uno studio sulla Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 833 ss.

⁵⁵ Espressione di V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, cit., 164

⁵⁶ S. STAIANO, *Introduzione*, in M. SCUDIERO-S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999, XVII evidenzia come la fluidità delle disposizioni costituzionali costituisca un punto di forza che permette alle stesse di conservare una vocazione pluralista e, al contempo, di prestarsi a soluzioni interpretative elastiche.

⁵⁷ P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, *Riv. dir. proc.*, I, 1956, 7 ss.

⁵⁸ Per un approfondimento della critica, di origine kelseniana, alla teoria di una rigida classificazione delle funzioni statali v. F. MODUGNO, *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007, 3 ss.

evolutiva dei “mezzi” che testimonia la volontà di collocare la primaria funzione di riaffermazione della legalità costituzionale in un quadro regolatorio rinnovato nel quale, tuttavia, si ripresentano logiche e priorità identiche.

In primo luogo, dalla condotta del collegio sarebbe evincibile una tendenza alla “proceduralizzazione” dell’intervento, una logica di gradualità ispirata dalla leale collaborazione che poggia, *in primis*, su un criterio che potrebbe definirsi di natura temporale. La decisione di accoglimento della Corte in cui si andrebbe ad individuare una soluzione ricostruttiva non costituzionalmente imposta subentrerebbe, infatti, a seguito della presenza di un precedente sollecitazione di modificazione della normativa viziata rivolta al legislatore che assurgerebbe a fattore oggettivo per legittimare un prossimo intervento dell’organo di garanzia con vincoli processuali più blandi⁵⁹. Sia che si presenti nella formula più strutturata “a tempistiche certe” dell’ordinanza di incostituzionalità prospettata, sia nella modalità più fluida di una mera decisione di accoglimento preceduta da una previa decisione di rigetto caratterizzata da un monito-ultimatum⁶⁰ rispetto alla quale sia intercorso un tempo ragionevole⁶¹, l’agire del giudice costituzionale parrebbe parimenti mosso dalla volontà di ancorare il proprio cambio di rotta ad un fondamento oggettivo che sarebbe al contempo portatore di un duplice significato: 1) la precedenza logica e ontologica del momento democratico-rappresentativo nel percorso attuativo del testo costituzionale; 2) l’aver esperito tutti i tentativi di astensione dall’intervento seppur in presenza di una prolungata violazione di un principio di rilievo costituzionale. Si tratterebbe, a ben vedere, del criterio che più evidentemente costituisce il precipitato concreto della teoria sovraesposta inerente al tema dell’attuazione costituzionale.

In secondo luogo, la teoria del tramonto irreversibile delle rime obbligate è da considerarsi un’argomentazione eccessivamente *tranchant*, considerando non solo come la loro funzione di vincolo assoluto permanga, in prima battuta, nello schema decisorio bifasico elaborato dalla Corte, ma anche in ragione del fatto che il significato intrinseco a questo canone, quello del circoscrivere la creatività del giudice delle leggi, non attenui la sua valenza, riemergendo, seppur in modo meno condizionante, nella logica del “punto di riferimento normativo”⁶². Quest’ultimo costituirebbe una disciplina di supporto che, pur non risultando univoca, risulti sufficientemente simile da fungere da base legale su cui innestare l’intervento creativo. Sotto questo profilo, inoltre, osservando la giurisprudenza della Corte in chiave diacronica, può notarsi come il collegio stesso abbia

⁵⁹ Cfr. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consultaonline.org*, 2020, 3 ss.

⁶⁰ Si tratta di pronunzie caratterizzate da un peculiare percorso argomentativo che le renderebbe distinguibili dalle “classiche” decisioni di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa ma persino dalle sentenze inquadrabili nel filone delle tecniche di incostituzionalità accertata ma non dichiarata (vengono fatte rientrare in tale categoria, ad esempio, le sentenze nn. 32 e 33/2021, la n. 22/2022, la n. 183/2022). Ciò in forza del fatto che il severo monito rivolto al legislatore parrebbe realmente avere il carattere dell’“ultimatum”, presentando più a chiare lettere due argomentazioni complementari: 1) il riconoscimento del necessario intervento del legislatore, motivato dalla necessità di introdurre una riforma ampia del settore a cui la previsione appartiene; 2) il carattere limitato della primarietà della “discrezionalità” legislativa. Quest’ultimo appare particolarmente esplicito nella recentissima decisione n. 130/2023 in cui si parla di una discrezionalità «temporalmente limitata» (7.1 del *Considerato in diritto*).

⁶¹ Cfr. M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953*, cit., 15-17.

⁶² M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *federalismi.it*, 3/2021, 54 ss.

fornito delle specificazioni sempre più puntuali circa la qualificazione della norma in questione, passando dal riferimento a «grandezze rinvenibili nell’ordinamento»⁶³ al reputare assimilabili ed “utilizzabili” previsioni dotate di una «piena omogeneità finalistica»⁶⁴.

Molto più arduo da delineare, ma comunque sempre più evocato in dottrina, sarebbe il criterio “sostanziale”, data la delicatezza, la scivolosità e la complessità classificatoria che tale schema operativo implica. Invero, dall’analisi casistica emergerebbe anche come l’attenuazione della cogenza dei vincoli procedurali sembri avvenire in modo proporzionale alla “fondamentalità” del bene da tutelare e all’intensità della violazione in corso⁶⁵. Tale connessione fra il peso assunto dal valore in gioco e l’attivismo della Corte sembrerebbe riprodursi anche nell’ambito della medesima pronuncia, portando così la Corte a separare “chirurgicamente”, con manifesta precisione, la parte dell’oggetto che esige il ripristino immediato della legalità, mediante l’impiego di una soluzione costituzionalmente “adeguata”, da quella per cui appare sufficiente ripiegare sul più consueto atteggiamento di *self-restraint*⁶⁶. La rilevanza del principio o diritto fondamentale in gioco è stata considerata da autorevole dottrina un fattore chiave imprescindibile per legittimare l’intervento, sostenendo come non sia sufficiente la rilevanza e la grave violazione ma che debba sussistere l’imminenza di un danno irreparabile⁶⁷.

Uno sguardo sinottico al *modus operandi* della Corte pare confermare l’idea, dunque, che problemi risalenti vengano risolti con strumenti che si muovono sulla falsariga di soluzioni già sperimentate. Infatti, l’accoglimento secco, che rappresenterebbe l’esito negativo e non auspicabile anche nell’ipotesi classica della doppia pronuncia, sovente evitato in forza del pregiudizievole impatto del vuoto prodotto sulle istanze sostanziali in gioco, viene opportunamente aggirato con una soluzione di compromesso la quale, tuttavia, per esplicita dichiarazione del collegio, assume il ruolo di “tamponare” solo in via temporanea la lacuna normativa.

Non può non evidenziarsi come, a “monte” di tale riflessione, emerga, *in primis*, come una concezione eccessivamente formalista del processo costituzionale, per quanto

⁶³ Sent. 236/2016, punto 4.4 del *Considerato in diritto*.

⁶⁴ Così la Corte nella decisione n. 40 del 2023 con la quale ritorna sul tema della necessaria proporzionalità e individualizzazione della pena, principio che non risparmierebbe la dimensione amministrativa, come già preannunciato nella sentenza n. 185/2021. Nel caso di specie, la rigidità della previsione sanzionatoria oggetto di censura non supera il vaglio della Consulta, la quale ritiene imprescindibile adottare una soluzione additiva appoggiandosi, appunto, ad un riferimento normativo analogo che offra al giudice una forbice edittale ragionevole che consenta di graduare l’azione punitiva. In questa circostanza tale previsione, relativa alle violazioni esercitate dagli organismi di controllo per i prodotti bio, viene individuata proprio in forza della sua “omogeneità finalistica”.

⁶⁵ Richiama l’imprescindibilità di questa condizione A. RUGGERI, *Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2022, 410.

⁶⁶ G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale*, cit., 5 ss. argomenta come la centralità delle istanze di tutela che costituirebbe il manifesto della nuova fase della giustizia costituzionale vada di conseguenza ad accentuare la separazione fra la componente caducatoria e quella additiva della decisione della Corte, in quanto quest’ultima andrebbe a perdere il legame con le motivazioni dell’accoglimento e verrebbe indirizzata verso esiti individuati più liberamente dall’organo di garanzia.

⁶⁷ A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 3/2022, 131 ss.

basata su un affascinante rigore, rischi di perdere di vista l'intrinseca essenza della funzione di garanzia che da sempre risulta più permeabile all'azione performativa dei “fatti” e alla domanda di giustizia sostanziale proveniente dal caso concreto ed esige, di conseguenza, un approccio più flessibile alle regole procedurali⁶⁸.

Questa riaffermazione “quotidiana” di razionalità non si ridurrebbe, tuttavia, ad una mera logicità intrinseca delle pronunzie, ma, più concretamente, si esprimerebbe nella enucleazione di precisi criteri di intervento all'interno della parte motiva. Semplicemente, in un processo peculiare caratterizzato da un elevato tasso di auto-normazione, sono le decisioni « motivate in maniera chiara e diffusa » a fungere da importante strumento interpretativo e banco di prova per valutare la coerenza processuale della Corte, integrando il *corpus* normativo di rango legislativo o regolamentare⁶⁹.

La giurisprudenza esaminata sembra soddisfare questa esigenza di rendere intellegibili gli *standard* procedurali che permettono alla Corte di « giungere alla conclusione del prevalere di un certo valore su di un altro », costruendo così una « scala di valori »⁷⁰. Con riferimento a questo aspetto, i profili sui quali sarebbe forse più proficuo concentrare il dibattito potrebbero attenersi alla sufficienza del *quantum* degli oneri motivazionali, ossia interrogarsi sul fatto se lo sforzo effettuato sinora dalla Corte risulti adeguato o sia necessario maggior rigore nell'*iter* logico della decisione, soprattutto qualora si faccia regolarmente uso di una formula a tempo quale quella dell'incostituzionalità prospettata.

⁶⁸ Cfr. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017.

⁶⁹ R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Torino, 1996, 124 ss.

⁷⁰ R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, cit., 82 ss.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

IL GIUDICE COSTITUZIONALE E IL SUO GIUDIZIO NELL'EVOLUZIONE
DELLE FONTI: NOTE SPARSE RIASSUNTIVE

RAFFAELLA NIRO

SOMMARIO: 1. Il “filo rosso”. – 2. Il sistema delle fonti della giustizia costituzionale italiana: in margine all’irresistibile ascesa dell’autoregolazione della Corte costituzionale. – 3. La “zona grigia”: quali fonti per quale disciplina dei giudizi davanti alla Corte? – 3.1. Spunti su esperti di chiara fama e *amici curiae* nelle Norme integrative e sui poteri normativi presidenziali. – 3.2. In margine al potere di conformazione della giurisprudenza costituzionale: cenni sul giudizio relativo ai conflitti di attribuzione fra poteri e su nuove tecniche decisorie. – 4. Noterelle finali. Fuori dalla “zona grigia”: prospettive e punti fermi.

1. Il “filo rosso”

Non è semplice tentare di dare ordine alla molteplicità e varietà dei contributi di questo Atelier, tutti ricchi e stimolanti, ma relativi ad aspetti diversi e, per certi versi, settoriali, del funzionamento dei sistemi di giustizia costituzionale, *in primis*, di quello italiano. I problemi che essi sollevano, tutti di rilievo, sono, infatti, legati ora ai singoli tipi di giudizio, ora alle tecniche decisorie, ora agli strumenti di “lavoro” del giudice costituzionale e in specie alle regole processuali. Il rischio di smarrirsi nei meandri delle problematiche di volta in volta evocate, complesse e articolate ma specifiche, è, dunque, tutt’altro che remoto.

Eppure, una chiave di lettura unitaria, che consenta di comporre i pezzi del puzzle e di scoprire il “filo rosso” che li tiene insieme, è già insita nel titolo che è stato dato a questo Atelier e che riguarda «Le fonti della giustizia costituzionale, tra problemi e prospettive di riforma».

L’indicazione che se ne trae è, infatti, quella di esaminare le singole questioni, proposte all’attenzione nei vari interventi, alla luce del complessivo quadro normativo di riferimento che delinea i principi e le regole del giudizio costituzionale (più correttamente: dei giudizi costituzionali) e definisce i tratti caratterizzanti del sistema di giustizia costituzionale e, in definitiva, del ruolo del giudice costituzionale nell’ordinamento costituzionale.

È in questa prospettiva che i contributi dei giovani studiosi francesi – inerenti, in specie, alla “sfida” della *célérité* del controllo di costituzionalità *a posteriori*¹, così come alla compatibilità della previsione della possibilità della correzione di errore materiale delle decisioni del *Conseil Constitutionnel* con la loro inoppugnabilità²– si inquadrano nella “grande trasformazione”, per non dire “rivoluzione” del sistema di giustizia costituzionale francese avutasi a seguito dell’introduzione della *QPC* ad opera della legge di revisione costituzionale del 23 luglio 2008 e della legge organica 10 dicembre 2009, n. 2009-1523³, e ne svelano alcune incoerenze e lacune.

L’innesto della *QPC* nel tessuto normativo previgente ha modificato gli assetti originari e comportato un processo di “giurisdizionalizzazione” e di “concretizzazione”⁴ dell’azione del *Conseil Constitutionnel* che non manca, tuttora, di destare qualche perplessità legata, ad esempio, - come si suggerisce negli interventi - alla composizione del collegio, rimasta inalterata (“saggi”, non giudici, né esperti scelti per competenze tecniche), nonché alla disomogeneità dei criteri e degli strumenti utilizzabili dal medesimo collegio nel giudizio di costituzionalità *a posteriori* e in quello *a priori*. In altri termini, i profili critici evidenziati, pur specifici, sono conseguenza delle modifiche apportate dal legislatore costituzionale, che hanno inciso sulla configurazione del ruolo del *Conseil Constitutionnel* nell’ordinamento costituzionale francese e inducono a riflettere su come e se esso si sia trasformato e su quali ulteriori modifiche siano necessarie al fine di realizzare il modello di giustizia costituzionale prefigurato.

Gli interventi sulla giustizia costituzionale italiana – pur relativi ad aspetti e competenze diverse – restituiscono, viceversa, un’immagine complessiva del sistema che, come indicato in tutte le relazioni, risulta distante da quella tratteggiata - sin dalle origini e rimasta sostanzialmente inalterata – dalle fonti costituzionali e ordinarie. E ne rilevano, oltre alle lacune e, in qualche caso alla ritenuta “rigidità”, il superamento, per effetto dell’espansione degli interventi normativi dello stesso giudice costituzionale.

¹ Il riferimento è all’intervento di M. MILLON, *La célérité, clé de voûte de l’efficience de la procédure QPC*.

² Il riferimento è all’intervento di S. SYDORYK, *Modifier les décisions constitutionnelles insusceptibles de recours: le cas de la rectification d’erreur matérielle des décisions du Conseil Constitutionnel*.

³ Una ricostruzione delle origini della riforma e del suo impatto a dieci anni dalla sua entrata in vigore si trova in M. BURLA, *Fu vera “révolution juridique”? La question prioritaire de constitutionnalité a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2021.

⁴ Sul punto, fra i tanti commenti, v. D. LOTTIN, *«Avec l’introduction de la QPC, le Conseil constitutionnel acquiert le statut de juridiction»*, Titre VII, Hors-série, *QPC 2020 : les dix ans de la question citoyenne, octobre 2020* su www.conseil-constitutionnel.fr; A.M. LECIS COCCO ORTU, *La QPC tra rivoluzione ed eccezione: la concretezza del controllo a posteriori a tre anni dalla sua introduzione*, in *Rivista AIC*, 3/2013.

Nella dinamica «triangolazione»⁵ tra legislatore costituzionale, legislatore ordinario e giudice costituzionale, di cui sono frutto le fonti sulla giustizia costituzionale, si è determinato un progressivo “disallineamento”, dovuto all’attivismo del giudice costituzionale (espresso sia attraverso la riscoperta del proprio potere regolamentare, sia con l’adozione sempre più frequente di decisioni “normative”), a fronte del silenzio del legislatore (costituzionale e ordinario). Disallineamento che ha portato alla luce talune incongruenze del sistema, che si riflettono inevitabilmente sulle questioni specificamente esaminate e che impongono, per essere adeguatamente apprezzate, di rievocare, per sommi capi, lo “stato dell’arte” relativo alla disciplina del giudizio costituzionale (forse, più correttamente dei giudizi).

2. Il “sistema” delle fonti della giustizia costituzionale italiana: in margine all’irresistibile ascesa dell’autoregolazione della Corte costituzionale

È fin troppo noto che il sistema di giustizia costituzionale italiana è stato disegnato dalla Costituzione in modo succinto e scarno, tanto da risultare «ambiguo e contraddittorio» e comunque «segnato da profonde incertezze»⁶. Le poche disposizioni che lo riguardano – e che, in ogni caso, assegnano alla Corte il compito di “giudicare” in ordine al rispetto delle norme della Costituzione e qualificano come giudici i suoi componenti – hanno rinviato a leggi costituzionali ed alla legge ordinaria di «prima attuazione»⁷ il compito di disciplinare, accanto alle «garanzie di indipendenza dei giudici della Corte», non solo «condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi»⁸, ma anche tutte le altre «norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale»⁹. È così che, se la legge cost. n. 1 del 1948 si è limitata a definire i lineamenti essenziali del giudizio di

⁵ Così E. FERIOLI, *Genesis, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale italiana*, in L. MEZZETTI, M. BELLETTI, E. D’ORLANDO, E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, 277 ss.

⁶ Così M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 5. A proposito della iniziale irrisolta configurazione del nuovo sistema di giustizia costituzionale accentrato come un sistema di controllo “astratto” o “concreto”, R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, 3000 ss., ricorda che, mentre la c.d. Commissione Forti – che preparò ed anticipò il lavoro dell’Assemblea costituente – optò per la configurazione della Corte come organo deputato alla tutela dei valori e delle norme costituzionali e quindi alla eliminazione delle leggi contrastanti, con il riconoscimento della centralità, a tale scopo, del ricorso diretto esperibile da uno specifico elenco di legittimati, accanto a cui il giudizio in via incidentale, per la tutela dei diritti fondamentali del singolo, svolgeva un ruolo decisamente sussidiario (dello stesso avviso si rivelarono la Sottocommissione competente, la Commissione dei Settantacinque e il Comitato dei diciotto), in Assemblea Costituente la discussione portò addirittura alla soppressione sia del ricorso diretto che del giudizio in via incidentale (emendamento Arata), con la conseguenza che fu la legge costituzionale, approvata in seno alla medesima Assemblea, che eliminò il ricorso diretto ed astratto e lasciò esclusivamente il ricorso in via incidentale. Con l’effetto di accentuare la caratterizzazione del controllo di legittimità costituzionale in senso giurisdizionale-concreto.

⁷ Così l’art. 1 della l. cost. n. 1 del 1953.

⁸ È noto che la formula di cui all’art. 137, primo comma, Cost. che si riferisce espressamente al solo giudizio di legittimità costituzionale è stata intesa anche come “estendibile” a tutti gli altri giudizi. Sul punto E. FERIOLI, *Genesis, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale italiana*, cit., 279-280.

⁹ Così il secondo comma dell’art. 137 Cost.

legittimità costituzionale delle leggi in via incidentale (art. 1) e di quello in via principale (art.2), la successiva legge cost. n. 1 del 1953¹⁰, all’art. 1, ha provveduto ad operare una ricognizione (tassativa) delle fonti della giustizia costituzionale e lo ha fatto precisando che la «Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla legge costituzionale 9 febbraio 1948 n. 1, ed alla legge emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali. Ciò, in vista del fatto che sarebbe stata essenzialmente quest’ultima a porre una disciplina organica e dettagliata dei vari giudizi e del funzionamento della Corte, con l’intenzione di «eliminare ogni dubbio in punto di legittimità costituzionale sulle materie disciplinate nel disegno di legge ordinario in discussione e già in parte approvato»¹¹. Ma anche al fine di escludere che la disciplina della Corte costituzionale potesse esser contenuta in una legge che non fosse a ciò destinata «e, dunque, in *leges fugitivae* o, peggio, *omnibus*»¹²

In questa linea la legge n. 87 del 1953 – di cui quest’anno si celebrano, peraltro, i settant’anni di vigenza – ha, com’è noto, puntualmente dettato sia le «norme generali di procedura» (disciplina delle udienze pubbliche, forma delle decisioni, rappresentanza in giudizio), sia le regole specifiche inerenti ai singoli giudizi¹³, a cominciare da quello di legittimità costituzionale delle leggi in via incidentale, di cui ha puntualizzato i caratteri (definendo, ad es., all’art. 23, il legame fra giudizio innanzi alla Corte e giudizio principale tramite la valutazione sulla rilevanza e quindi qualificando l’incidentalità), ha precisato gli effetti delle pronunce (ad es., espressamente escludendo, all’art. 30, l’applicabilità delle leggi dichiarate illegittime), ha individuato i “confini”, là dove ha escluso dal controllo di legittimità costituzionale «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento» (art.28). In definitiva, è proprio tale legge che, in origine, ha dato una prima forma compiuta al processo costituzionale, in armonia con quell’affermazione della natura giurisdizionale dell’attività della Corte, chiamata, in maniera inedita, a garantire la tutela giurisdizionale di interessi costituzionali (la “giustizia costituzionale”), contenuta a chiare lettere nella Relazione illustrativa¹⁴. Affermazione che la stessa Corte avrebbe,

¹⁰ U. DE SIERVO, *L’istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall’Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in *Consulta online* 1/2008, 11, segnala che «tale legge costituzionale fu adottata nella consapevolezza «della sommarietà di varie disposizioni costituzionali in tema di giustizia costituzionale e dell’insufficiente integrazione degli artt. 134/137 Cost. ad opera della legge cost. n. 1 del 1948».

¹¹ Così ancora U. DE SIERVO, *L’istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall’Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., 11, che qualifica come «ardita operazione istituzionale» l’approvazione di tale art. 1, avvenuta «senza discussione quasi al termine del dibattito della Camera di prima approvazione del testo del disegno di legge costituzionale, come uno degli articoli aggiuntivi proposti dalla Commissione». Il dibattito sulla “posizione speciale” di tale legge è stato vivacissimo: sul punto, riassuntivamente, cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 33 ss.

¹² A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 33.

¹³ Con l’eccezione del giudizio relativo all’ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo, competenza – come si sa – introdotta dalla legge cost. n. 1 del 1953, ma poi disciplinata solo dalla legge n. 352 del 1970.

¹⁴ Nella Relazione di Alfonso Tesauro (Camera dei deputati, Documenti – disegni di legge e relazioni, n.469-A, Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente, 3-4), si legge che «i lavori preparatori della Costituzione forniscono elementi decisivi per escludere la natura legislativa dell’attività

poi, nei primi anni di lavoro, confermato, dichiarando che la propria attività di «controllo costituzionale» «si svolge secondo modalità e con garanzie processuali»¹⁵, e che, successivamente, l'avrebbe condotta ad autoqualificarsi, dapprima quale giudice *a quo*, al pari dei giudici comuni, poi quale «giurisdizione nazionale» ai fini della proposizione del rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia¹⁶.

E tuttavia, è nella stessa legge n. 87 – com'è noto - che si rinviene una "breccia" nell'apparente sistema "chiuso" delle fonti della giustizia costituzionale¹⁷, là dove, da un lato, si assegna ad un regolamento, approvato a maggioranza assoluta, la facoltà della Corte di «disciplinare l'esercizio delle sue funzioni» (art.14); dall'altro, con specifico riguardo ai giudizi davanti alla Corte – dopo il richiamo all'osservanza «anche» delle norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, «ove applicabili» – si accorda alla medesima Corte la possibilità di porre «norme integrative (...) nel suo regolamento» (art. 22).

È interessante, rileggendo le pagine che documentano quanto accadde all'indomani dell'istituzione della Corte, scoprire che quest'ultima si avvalse - ben presto e ben al di là di quanto era previsto dalla legge n. 87 - del potere di autoregolamentazione¹⁸, adottando le prime Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, pubblicate in Gazzetta Ufficiale già nel marzo del 1956. Dapprima la Corte afferma di volersi avvalere della «facoltà che la legge le riconosce, di integrare il regolamento di procedura del Consiglio di Stato che, fin dove possibile, deve essere osservato» in considerazione della parziale inapplicabilità dello stesso, «plasmato sul R.D. 17 aprile 1907 n. 638 sulle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e sul codice di procedura civile del 1865, l'uno e l'altro non più in vigore e largamente superati in ogni senso dalla vigente legislazione processuale»¹⁹. Quindi, elabora un primo schema denominato "Regolamento processuale", che diviene "regolamento di procedura", per poi acquisire la intitolazione definitiva di "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"²⁰. Queste ultime, tuttavia, lungi dall'essere meramente "integrative", dettano discipline nuove, rovesciando quanto previsto nell'art.

ed ammettere, invece, quella giurisdizionale» e che «la formulazione letterale delle disposizioni della Costituzione, del pari, offre elementi decisivi per la natura giurisdizionale dell'attività».

¹⁵ Sent. n. 13 del 1960.

¹⁶ Così nell'ord. n. 103 del 2008 e nell'ord. n. 207 del 2013.

¹⁷ È a questo sistema di fonti che fa riferimento la Corte nella sent. n. 38 del 1957, allorché afferma che la configurazione della Corte costituzionale «quale unico organo della giurisdizione costituzionale (...) risulta consacrata con ogni desiderabile chiarezza e senza riserve dalla Costituzione. Ma nemmeno le leggi costituzionali e ordinarie preannunziate dall'art. 137 della Carta costituzionale hanno modificato questa situazione: che anzi esse, articolando e specificando le competenze della Corte e le forme e condizioni dei procedimenti davanti ad essa, hanno confermato l'unicità dell'organo della giurisdizione costituzionale».

¹⁸ Sul punto U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., 17.

¹⁹ Ancora U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., 20.

²⁰ Sul punto A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 2009, 10-11.

22 della medesima legge e assegnando al regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato un ruolo suppletivo e cedevole²¹.

Si sa che tale indirizzo della Corte è stato ritenuto, da molti in dottrina, sin da subito, espressivo della sua «progressiva presa di consapevolezza della natura di organo costituzionale»²², «supremo» e autonomo, in quanto tale dotato di un potere di autonormazione analogo a quello delle Camere²³. Un potere non fondato sulla legge n. 87, ma che quest’ultima avrebbe solo esplicitato, quindi non ad essa subordinato e sottratto a sindacato in quanto funzionale a garantire l’indipendenza dell’organo, per giunta esteso alle regole procedurali inerenti ai giudizi di sua competenza, pur in assenza di un’esplicita indicazione in Costituzione.

Tesi, questa, che la Corte non solo aveva fatto propria in via “di fatto” e cioè, come si è detto, nell’esercizio di tale potere ben al di là di quanto previsto dalla legge n. 87 sin dal 1956, ma che poi ha anche recepito nella propria giurisprudenza, allorquando, escludendo ripetutamente la sindacabilità delle norme integrative in sede di giudizio di legittimità costituzionale, nonché la disapplicabilità delle stesse *incidenter tantum* nei giudizi davanti a se medesima, in quanto espressione del proprio «potere di autoregolamentazione», ne ha riconosciuto la modificabilità solo per propria mano e «se e quando ne ravvisi la necessità»²⁴.

Tale tesi – è noto – non ha mancato e non manca di sollevare dubbi, rimasti tuttora irrisolti, connessi anzitutto alla sua talora difficile compatibilità con la riserva di legge contenuta nell’art. 137, secondo comma, Cost.²⁵, nonché all’assenza di espresse indicazioni costituzionali da cui si evinca la pretesa “riserva di regolamento” e che, in ogni caso, ne definiscano la latitudine, individuandone i confini. E ciò specie in considerazione del fatto che le Norme integrative dettano la disciplina di procedimenti – relativi ai giudizi di propria competenza - che toccano «l’esercizio di diritti

²¹ A favore del ruolo residuale e cedevole del rinvio al regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale la stessa Corte ha, ripetutamente, sottolineato la peculiarità del giudizio di legittimità costituzionale che «si svolge su un piano diverso» rispetto al giudizio comune «per l’oggetto e la finalità» (sent. n. 30 del 1957), che è quella «precipua ed essenziale (...) di assicurare l’osservanza dei precetti della Carta fondamentale», e non consente la «trasposizione (...) di istituti propri del processo ordinario» (sent. n. 49 del 1987). Occorre, inoltre, rilevare che il rinvio alle norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale è stato inteso prevalentemente come rinvio “dinamico” e, pertanto, ora si ritiene riferito alle norme del codice del processo amministrativo, approvato dall’art. 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo). Sul punto D. NOCILLA, *Fonti che regolano l’attività della Corte costituzionale e nuove norme integrative: considerazioni sparse*, in *Giur. cost.* 2022, 580.

²² Così U. DE SIERVO, *L’istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall’Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., 21.

²³ Sul punto di recente, riassuntivamente, D. NOCILLA, *Fonti che regolano l’attività della Corte costituzionale e nuove norme integrative: considerazioni sparse*, cit., 583.

²⁴ Ord. n. 295 del 2006 (che richiama l’ord. n. 572 del 1990). V., successivamente, negli stessi termini, ord. n. 185 del 2014 e, di recente, sent. n. 35 del 2023.

²⁵ Sul punto F. SORRENTINO, *Lezioni sulla giustizia costituzionale*, Torino, 1991, 17; M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, in *Giur. cost.* 2020, 1037, nota 104. Di recente R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta online*, 3/2023, 815, sottolinea la natura meramente “integrativa” delle norme integrative della Corte proprio sulla base della riserva di legge di cui al secondo comma dell’art. 137 Cost.

fondamentalissimi (azione e difesa)²⁶, «incidono in profondità sui diritti costituzionali dei singoli, più di quanto non sia consentito ai regolamenti parlamentari e alle altre fonti di autonomia»²⁷.

Fin dall'inizio, tuttavia, la richiamata autoattribuzione di potestà non è stata contrastata dagli altri organi costituzionali²⁸, praticamente nessuna legge ordinaria è intervenuta a contraddire alle norme autonomamente poste dalla Corte²⁹, mentre ha finito col guadagnare i consensi della maggior parte della dottrina il convincimento dell'esistenza di una sfera rimessa alla sua autonomia regolamentare³⁰.

È così che, dopo la prima redazione delle Norme integrative nel 1956, di tale autonomia regolamentare la Corte è tornata a fare un uso ampio e innovativo solo in tempi decisamente più recenti, incidendo in maniera significativa sulla disciplina del processo costituzionale³¹. Se, tuttavia, il primo importante intervento abrogativo-innovativo del 2008³² - che ha determinato l'entrata in vigore di un nuovo testo delle Norme integrative, sostitutivo di quello approvato il 16 marzo 1956 (e già oggetto di modifiche più nel 2004) - è stato adottato dopo la riforma dell'art. 127 della Costituzione e la conseguente adozione della cd legge La Loggia³³, al fine di adeguare le norme processuali di cui alle Norme integrative al nuovo contesto costituzionale e normativo in maniera organica, anche alla luce della ravvisata esigenza di codificare indirizzi giurisprudenziali espressi con riguardo alle novità inerenti al giudizio in via

²⁶ Così A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 37, sottolinea che «altra cosa è l'auto-organizzazione, da ritenere, data la posizione dell'organo, potere implicito di livello costituzionale (...) ed altra è la disciplina di procedimenti che tocca l'esercizio di diritti fondamentali (azione e difesa), impensabile senza un qualche ulteriore fondamento positivo».

²⁷ Così D. DEL LUNGO, *Brevi note a margine della (confermata) insindacabilità delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, 5. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 237, osserva che «è questa la prima volta nell'esperienza giuridica italiana (...) che ad un organo esplicante le sue funzioni secondo i moduli tipici della funzione giurisdizionale (...) spetta regolare autonomamente (...) la procedura dei giudizi di sua competenza».

²⁸ Sul punto U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, cit., 21.

²⁹ È V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 240, che sottolinea che «è avvenuto, invece, che sia stato eliminato - ma con legge costituzionale - l'istituto della "prorogatio" dei giudici costituzionali, che era previsto in disposizioni regolamentari della Corte e questa, dal canto suo, ha subito provveduto a stabilirne la soppressione». Sulla medesima vicenda v. A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Giur. cost.* 2020, 1046.

³⁰ Sul punto F. SORRENTINO, *Lezioni sulla giustizia costituzionale*, cit., 17.

³¹ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, cit., 815, osserva che «negli ultimi anni di pari passo all'aumento della natura 'politica' della Corte, abbiamo assistito alla teorizzazione di un utilizzo di questo strumento normativo non in chiave integrativa ma derogatoria non solo della legge ordinaria (specie di quanto previsto dalla legge 87/1953), ma addirittura della Costituzione».

³² Sul punto A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, cit., 1047, a proposito delle modifiche alle Norme integrative apportate nel 2020, osserva che «si tratta di un intervento di auto-normazione che si colloca - per novità e incidenza - tra quello del 2004 e quello abrogativo-innovativo del 2008, distanziandosi molto dai micro-interventi precedenti del 1969 e del 1987».

³³ La legge n. 131 del 2003 di attuazione della riforma costituzionale aveva modificato varie disposizioni della legge n. 87 del 1953 in corrispondenza dell'attuazione della riforma costituzionale.

principale³⁴, è a partire dalla riforma del 2020, che si è inaugurata una nuova stagione all’insegna della riscoperta, da parte della Corte, del proprio potere di autonormazione esercitato in chiave innovativa e del tutto svincolata da novelle del legislatore (ordinario e/o costituzionale).

La successione degli interventi è nota. Con delibera dell’8 gennaio 2020 (peraltro adottata nella peculiare forma di un decreto della Presidente della Corte costituzionale, «vista la proposta della Commissione per gli studi e i regolamenti») sono state apportate rilevanti modifiche alle Norme integrative, pubblicizzate come segno dell’apertura della Corte «all’ascolto della società civile»³⁵

Sono stati così introdotti istituti in alcuni casi del tutto inediti per il processo costituzionale italiano, ma – si è sottolineato nel comunicato stampa - «in linea con la prassi di molte Corti supreme e costituzionali di altri Paesi», come quello degli *amici curiae*; in altri casi, solo indirettamente (e con molte differenze) riconducibili a strumenti già esistenti nel complessivo panorama processuale italiano, come quello degli “esperti di chiara fama”; in altri ancora, infine, risultanti dalla “codificazione” di approdi giurisprudenziali della stessa Corte ormai consolidati (è il caso degli interventi di terzi).

Su tali novità – è altrettanto noto – si è subito acceso un dibattito molto vivace, che ne ha messo in luce virtualità e insidie, ma ne ha anche svelato la potenziale incidenza su questioni centrali³⁶ quali il ruolo del giudice costituzionale, la sua posizione nel sistema dei poteri e, in definitiva, la sua legittimazione³⁷. Ciononostante, a distanza di meno di un anno, esse sono state poi messe a sistema e, in certi casi, solo “ritoccate”³⁸ nel nuovo testo delle Norme integrative (sostitutivo di quello del 2008), approvato, con delibera del 22 luglio 2021, con l’importante ulteriore – ma previsto e

³⁴ Sul punto cfr. U. ADAMO, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale. La via principale*, in *Rivista AIC*, 4/2011.

³⁵ Nel comunicato stampa dell’11 gennaio 2020 si legge: «La Corte si apre all’ascolto della società civile».

³⁶ Fra i primi commentatori, P. RIDOLA, *La Corte si apre all’ascolto della società civile*, in *federalismi.it*, 2/2020, IV, osserva che - a prescindere dagli specifici profili processuali delle innovazioni introdotte, che solo «la prassi applicativa e la giurisprudenza consentiranno di valutare nei dettagli» - sono possibili «alcune primissime considerazioni di sistema, sull’impatto delle modifiche deliberate sul ruolo della Corte costituzionale nello spazio pubblico, le quali sembrano raccogliere la sfida del rapporto fra giustizia costituzionale e pluralismo sociale». M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, cit., 1036, osserva che «il collegamento fra regolazione del processo e concezione della giurisdizione costituzionale (...) emerge prepotentemente nella vicenda delle nuove Norme integrative».

³⁷ Fra gli obiettivi perseguiti dalla nuova strategia della Corte costituzionale, attraverso l’apertura alla società civile, M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, cit., 1020 ss., ravvisa quello, «non detto (e – come per qualunque autorità giurisdizionale – sostanzialmente indicibile)», di «cercare legittimazione», precisando che «per un giudice non elettivo e contromaggioritario il radicamento della legittimazione nel consenso sarebbe un autentico paradosso». Sul punto anche A. ANZON, *Le aperture della Corte tra esigenze del processo e ascolto della società civile*, in *Giur. cost.* 2020, 481. Parla di una «legittimazione di sé attraverso gli altri», che la Corte realizzerebbe avvalendosi sia degli *amici curiae*, sia degli esperti di chiara fama a sostegno delle proprie decisioni più “coraggiose” S. BARBARESCHI, *La Corte si apre all’ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *federalismi.it*, 2/2020, 401.

³⁸ Sul punto G.P. DOLSO, *Note sulla nuova versione delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2022, 564.

prevedibile - “innesto” del processo telematico³⁹ (e peraltro con l’espreso rinvio ad un decreto presidenziale della disciplina delle modalità di attuazione dello stesso).

Di lì a poco, con delibera approvata il 24 maggio 2022, la Corte ha, poi, nuovamente messo mano alle predette Norme integrative e ha introdotto nuove modalità di svolgimento delle udienze, all’insegna del «dialogo tra giudici e avvocati» in aula, con un suggestivo richiamo nell’apposito Comunicato stampa – come era avvenuto per l’introduzione dell’istituto degli *amici curiae* - a quanto «già avviene nelle Corti europee e anglosassoni»⁴⁰, ed un rinvio, ancora una volta, ad un decreto presidenziale per l’integrazione della regolamentazione. Decreto presidenziale, a questo punto, entrato ufficialmente anch’esso nel novero degli strumenti (fonti?) di disciplina dei giudizi.

È inevitabile rilevare che tale significativo esercizio del potere regolamentare da parte della Corte (e del suo Presidente) si è avuto in corrispondenza di un periodo, già iniziato da un po’, contrassegnato dall’adozione, in un numero di casi sempre più elevato, di decisioni “innovative”, con cui – avvalendosi del potere “conformativo” della propria giurisprudenza – la Corte ha chiaramente preso le “distanze” dalla disciplina dei giudizi tratteggiata dalle fonti legislative. Come è accaduto allorquando, ad esempio, ha forzato le maglie dell’accesso incidentale al giudizio sulle leggi (di cui all’art. 23 della legge n. 87), esercitando il potere di autorimessione in maniera inusuale e particolarmente “libera”⁴¹, anticipando riforme organiche di settori delicati, a fronte di discipline divenute anacronistiche a causa dell’inerzia del legislatore; ha inciso sull’incidentalità del giudizio e sugli effetti dell’accertamento dell’illegittimità costituzionale di una legge (di cui agli artt. 23 e 30 della legge n. 87), là dove, ad esempio, a séguito di tale accertamento, ha tuttavia consentito la perdurante applicabilità delle norme sottoposte al suo sindacato, non solo nel giudizio *a quo*, ma, in generale, fino al completamento dell’entrata in vigore della riforma (“*in progress*”) del settore⁴²; ha modificato l’assetto del giudizio per conflitto fra poteri, là dove ha anticipato alla fase di ammissibilità (di cui all’art. 37 della legge n. 87), senza contraddittorio, la valutazione del merito dell’accertamento della violazione del riparto delle attribuzioni, con riferimento al singolo parlamentare⁴³; ha oltrepassato il rassicurante confine delle “rime obbligate”, per inoltrarsi nel mare delle “soluzioni

³⁹ A tal proposito G.P. DOLSO, *Note sulla nuova versione delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, cit., 577, sottolineando il «duplice intervento da parte della Corte nel volgere di poco più di un anno», si domanda perché mai «non si fosse proceduto - nel 2020 – ad un intervento complessivo che includesse il processo telematico, già certamente all’epoca in agenda».

⁴⁰ Nel comunicato stampa pubblicato il 31 maggio 2022, si legge: «Cambiano le udienze alla Corte: entra in aula il dialogo tra giudici e avvocati» e si precisa che «Come già avviene nelle Corti europee e anglosassoni, anche le udienze della nostra Corte costituzionale saranno segnate più dal dialogo (anche serrato) fra giudici e avvocati che non dal (solo) ascolto reciproco di relazioni già scritte».

⁴¹ Ordd. nn. 18 del 2021, 94 del 2022. Sul punto v. R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri* cit., 830. Sulla discutibile “pregiudizialità/continenza” ravvisata dalla Corte nell’ord. n. 18 del 2021 ai fini dell’autorimessione della questione di legittimità costituzionale della normativa relativa all’attribuzione del patronimico v. L. PRINCIPATO, *Il cognome del minore come identità e non come dominio*, in *Giur. cost.* 2021, 153.

⁴² Sent. n. 41 del 2021 sulla partecipazione dei giudici onorari ai collegi, in violazione della “regola” contenuta nell’art. 106 Cost.

⁴³ Cfr. ord. n. 17 del 2019.

adeguate”⁴⁴, consapevole di occupare – sia pure solo temporaneamente - lo spazio assegnato (dall’art. 28 della legge n. 87) alla discrezionalità di un legislatore silente.

Viene da domandarsi se l’attivismo regolamentare di questi ultimi tempi della Corte (che potrebbe conoscere...chissàun ulteriore sviluppo nel prossimo futuro⁴⁵) sia stato mirato a consentire l’uso di strumenti (di informazione, di conoscenza, di confronto, di “supporto”) idonei a giustificare i nuovi orientamenti, a legittimare interventi sempre meno “imbrigliati” nelle maglie di regole procedurali e/o processuali⁴⁶ definite dalla legge n. 87 e sempre più supportati dalle richieste della “società civile” o dalle indicazioni degli esperti dei vari settori, nel segno dell’esigenza di garantire la legalità costituzionale, anche a costo di invadere lo spazio di discrezionalità del legislatore o di deludere le attese dei giudici rimettenti.

Tant’è. Quel che appare ormai evidente è il disallineamento dell’operato della Corte dal quadro legislativo di riferimento, quale, sin dall’inizio, come si è tentato di tratteggiare, si è andato delineando.

3. La “zona grigia”: quali fonti per quale disciplina dei giudizi davanti alla Corte?

È allora proprio nello spazio che separa il sistema di giustizia costituzionale, come è stato disegnato all’interno del quadro normativo di riferimento originario, costituzionale e legislativo, ed il sistema di giustizia costituzionale che oggi si va, nei fatti, delineando, in quella sorta di “zona grigia” che si è, poco a poco, andata disvelando che si collocano le ricostruzioni, gli interrogativi e le proposte scaturite dagli interventi, relativi a specifici temi, che si sono susseguiti all’interno del nostro Atelier e di cui ora si tenterà di rievocare, solo con qualche battuta, alcuni principali snodi problematici.

⁴⁴ Cfr., in particolare sentt. nn. 222 del 2018 e 40 del 2019.

⁴⁵ Sul punto R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore : il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, cit., 827, ricorda che Carnevale, nella sua relazione al Convegno in ricordo di Alessandro Pizzorusso (Pisa 15 dicembre 2022), ha auspicato, con riguardo alle molteplici tipologie di decisioni inaugurate dalla Corte, che quest’ultima provveda a limitare l’ambito delle proprie scelte «attraverso l’approvazione di linee guida definitorie e di modalità dei comportamenti futuri (..) attraverso una modifica delle Norme integrative»; e che analoga proposta è stata avanzata da Ruggeri, ove «si ritenga necessaria una produzione normativa per via pretoria forgiata discrezionalmente al posto di quella colpevolmente mancante del legislatore». In favore di una «razionalizzazione normativa autogestita» si esprime A. SPADARO, *Involuzione -o evoluzione?- del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 140.

⁴⁶ Sulle richiamate modifiche delle Norme Integrative apportate con la delibera del 2020, G.P. DOLSO, *Note sulla nuova versione delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, cit., 577, osserva che «Nell’utilizzo del potere di autonormazione, la Corte deve perseguire la finalità di una maggiore funzionalità del processo costituzionale, forma attraverso cui si realizza il compito essenziale della Corte (...). Utilizzare il potere di autonormazione in modo tale da poter anche solo ingenerare il dubbio che la Corte persegua obiettivi diversi da quello appena menzionato costituisce già di per sé un indicatore del fatto che quell’intervento poteva essere forse maggiormente meditato o, come nel nostro caso, semplicemente differito e fatto confluire in un riordino più organico». L’A. precisa inoltre che, ove il potere di autonormazione «venisse utilizzato in modo poco sorvegliato o in modo da far pensare che sia utilizzato per fin anche ulteriori rispetto alla funzionalità del processo) potrebbe togliere molto alla (...) legittimazione [della Corte]».

3.1. Spunti su esperti di chiara fama e amici curiae nelle Norme integrative e sui poteri normativi presidenziali

A cominciare dalle riflessioni proposte in una delle relazioni⁴⁷ e inerenti alle novità introdotte per effetto delle recenti modifiche delle Norme integrative e, in particolare, di quelle che – almeno secondo gli annunci – avrebbero dovuto costituire i più rilevanti fattori di trasformazione del processo costituzionale in Italia e cioè l’audizione degli esperti di chiara fama e, soprattutto, gli *amici curiae*. Novità valutate alla luce della prassi applicativa ormai triennale.

Quanto alla prima (l’audizione degli esperti), è assolutamente condivisibile il rilievo - peraltro agevolmente desumibile dai fatti – secondo cui non può dirsi formata una prassi meritevole di valutazione, considerato l’impiego assolutamente parco (è un eufemismo) dell’istituto nei tre anni passati. E altrettanto condivisibili le conseguenze che da esso si traggono. L’istituto, nato per consentire alla Corte di «acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline» e salutato come strumento di un «più che auspicabile rafforzamento dell’uso dei poteri istruttori della Corte costituzionale nell’acquisizione dei c.d. “fatti extraprocessuali”»⁴⁸, scontava (e sconta) quella che, sin dall’inizio era stata identificata come un’eccessiva “essenzialità” della formulazione normativa⁴⁹, che lascia incerti aspetti rilevanti, a cominciare dai criteri di individuazione degli esperti “di chiara fama”, di elaborazione delle domande⁵⁰, nonché di preferenza rispetto all’impiego degli ordinari poteri istruttori, sempre previsti dalle medesime Norme integrative all’art. 12. Con il rischio di un «riempimento ermeneutico degli spazi vuoti» e di un uso complessivo dell’istituto «eccessivamente discrezionali», tali non solo da contraddire lo scopo della procedimentalizzazione di uno strumento istruttorio specifico⁵¹, ma soprattutto di smentire l’obiettivo, sotteso alla *ratio* della novella regolamentare, di rendere palese e conoscibile il percorso istruttorio (e quindi anche le modalità di acquisizione delle informazioni) sulla cui base la Corte giunge alla decisione. Da ciò l’attesa della «definizione di una prudente prassi applicativa», che avrebbe dovuto fornire «alla Corte e alle parti del giudizio un quadro il più possibile ampio, contraddittorio e realmente inclusivo, delle controversie scientifiche sul

⁴⁷ V. CIACCIO, *Amici curiae ed esperti di chiara fama. Quel che (ancora) non convince a tre anni dalle “nuove” Norme Integrative*.

⁴⁸ Così M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, cit., 1028.

⁴⁹ Sul punto, diffusamente, S. DI PALMA, *Esperti: un istituto (ancora) misterioso*, in *Giur. cost.* 2020, 497.

⁵⁰ Sul punto M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, cit., 1030-1031, avverte che «la scelta di questo o quell’esperto è fatalmente percepita come non innocente e si potrebbe sempre rimproverare, dall’esterno, di aver optato per un indirizzo invece che per un altro sulla base di un pregiudizio” e che «già la stessa qualificazione di esperto di chiara fama è disputabile, sia perché è inevitabile la personalizzazione della scelta, sia perché – come ha rilevato Nicolò Zanon – anche la stessa formulazione delle domande non è neutra”. Sul punto N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in AA. VV., *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 16.

⁵¹ Sul punto, di recente, L. MADAU, *Il moto circolare tra norme integrative e precedenti della Corte costituzionale in materia processuale: il caso della riforma delle norme integrative di cui alla delibera dell’8 gennaio 2020 alla prova dell’applicazione pratica*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 183.

tappeto»⁵² Attesa, quest’ultima, che è stata delusa, non solo per l’esiguità dell’impiego dello strumento, ma anche per le modalità in cui esso è avvenuto, senza – com’è noto – “rispondere” alle richieste di necessaria integrazione della disciplina, all’insegna di una “informalità” ed “opacità” che ha finanche ingenerato qualche preoccupazione per la tutela dei diritti della difesa delle parti costituite⁵³. Il bivio che si propone alla Corte è, dunque, - e anche in tal caso non si può che concordare con i rilievi svolti nella relazione sul tema – prendere atto dell’inadeguatezza dello strumento così com’è (e della sua delicatezza e “problematicità”⁵⁴,) e, forse, dell’inutilità dello stesso a fronte dei poteri istruttori “classici”, a quanto pare, nonostante tutto, preferiti, anche di recente dalla Corte (che ne ha fatto uso anche per l’audizione di soggetti qualificati, disposta con ord. istruttoria n. 79 del 2021, in relazione alla decisione di cui alla sent. n. 220 del 2021) e quindi espungerlo dalle Norme integrative. Ovvero procedere, come ci si attendeva che succedesse già in questi primi anni di applicazione della novella, ad una disciplina che ne puntualizzi criteri e procedure, in linea con l’esigenza – comune a tutti i principali tipi di processo del nostro ordinamento - di «assicurare, comunque, nel processo costituzionale ed anche nel sub-procedimento di ascolto degli esperti, l’effettività dei diritti di difesa delle parti costituite e del principio del contraddittorio»⁵⁵

Quanto agli *amici curiae* – si sa – la prassi applicativa è stata diversa. All’assoluta novità dell’istituto, salutato, sin dall’entrata in vigore della riforma delle Norme integrative, come il principale elemento di “apertura della Corte alla società civile”, ha fatto seguito una sua immediata e ripetuta utilizzazione. Nei circa tre anni dall’entrata in vigore della novella, le opinioni depositate, ma anche quelle ammesse non sono state, infatti, rare. E, tuttavia, coglie nel segno l’osservazione che non è dato rilevare traccia esplicita dell’“impatto” degli argomenti e delle informazioni acquisite tramite *le opiniones* sul tessuto argomentativo delle motivazioni delle decisioni. Al di là di un quasi sempre rituale richiamo alla circostanza – peraltro prevista dalla norma come requisito di ammissibilità - che le opinioni sono state ammesse «per la loro idoneità ad offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso»⁵⁶ sottoposto alla valutazione della Corte, solo in qualche occasione si fa cenno esplicito, nel *Considerato in diritto*, all’apporto degli *amici* peraltro insieme a quello delle parti o degli intervenienti⁵⁷: il che sembra costituire conferma del fatto che tali *amici*, poi – come d’altra parte accade presso «molte Corti supreme e costituzionali di altri Paesi»⁵⁸ alle

⁵² Così P. RIDOLA, *La Corte si apre all’ascolto della società civile*, cit., VIII.

⁵³ Sul punto S. DI PALMA, *Esperti: un istituto (ancora) misterioso*, cit., 500.

⁵⁴ Sul punto M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, cit., 1031, sottolinea che il complesso di nodi problematici può essere «potenziale fomite di un dialogo che può essere incandescente e di conseguente imbarazzo per la Corte».

⁵⁵ Ancora S. DI PALMA, *Esperti: un istituto (ancora) misterioso*, cit., 499.

⁵⁶ Così sent. n. 278 del 2020, ma v., più o meno nello stesso senso, fra le altre, sent. n. 221 e n. 121 del 2022.

⁵⁷ Come accade, ad es., nella sent. n. 63 del 2022.

⁵⁸ Sul punto diffusamente B. BARBISAN, *Amicus Curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 124, che sottolinea che, presso la Corte Suprema USA, la «trasformazione graduale dell’amicus da ruolo neutrale a presenza partigiana, da ‘amico della corte’ a ‘militante per una causa’ ha portato con sé l’esaltazione del ruolo di alcuni rappresentanti di interessi diffusi che hanno finito per trasformare la Corte in un’arena politica in cui promuovere gli interessi privati di gruppi sociali, politici o economici. Per questi soggetti, *litigation is, first and foremost, a form of political action*»

quali si è espressamente inteso adeguarsi introducendo l’istituto - più che della Corte, sono amici delle parti⁵⁹ (sebbene di esse non condividano lo “statuto”, non essendo ammesse agli atti di causa né al contraddittorio). Con il risultato di dare corpo alle preoccupazioni – già efficacemente espresse dalla dottrina – relative all’esposizione della Corte «alla brutalità dei rapporti di forza vigenti nella società»⁶⁰ e al conseguente rischio che le sue decisioni vengano lette come espressione di discrezionalità politica (e non – come dovrebbe essere – di discrezionalità tecnica).

Il tutto, peraltro, aggravato da una generica disciplina dell’ammissione delle opinioni, che neppure la prassi ha ancora puntualizzato. Infatti, se dai decreti di ammissione non risulta se non, come si è detto, la formula di rito relativa alla conformità dell’opinione presentata ai criteri previsti dall’ art. 6, commi |2 e 3, delle Norme integrative, è soprattutto la mancata previsione di una “risposta” e quindi di una motivazione della non ammissione delle opinioni ritenute non conformi ai requisiti prescritti (e quindi della possibilità di contestarla) che evoca il dubbio di una discrezionalità forse troppo ampia, quanto all’individuazione dei requisiti soggettivi degli “amici curiae” (formazioni sociali senza scopo di lucro e soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità), nonché della sussistenza di “elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità”. Dubbio che l’introduzione, più di recente, in via di prassi, di una menzione sintetica delle ragioni dell’esclusione dell’opinione nella parte del *Ritenuto in fatto* della decisione non sembra sufficiente a fugare, come dimostrato da qualche caso in cui la non ammissione sembra discendere da un requisito ulteriore, non chiaramente descritto, e comunque non espressamente indicato dalle Norme integrative⁶¹. Dubbio, peraltro, avvalorato dall’inedita attribuzione – in “solitudine” - al Presidente, sia pure su parere del relatore, del potere di ammettere (con proprio decreto) o meno le opinioni depositate.

Ed è, in qualche modo, proprio in corrispondenza dell’ampliamento del ruolo del Presidente, desumibile anche da tale nuova attribuzione, che si delinea uno degli altri temi proposti alla nostra attenzione in una delle interessanti relazioni⁶² che abbiamo ascoltato in questo Atelier, e che riguarda la nascita di una «nuova fonte emergente del diritto processuale costituzionale», quella, appunto, dei decreti del Presidente.

Effacemente si segnala che tali decreti, per più di sessant’anni utilizzati «per meri fini organizzatori interni» nell’ambito dei poteri di organizzazione, impulso e coordinamento delle attività della Corte che l’art. 18, comma 2, della legge n. 87 del 1953 assegna al Presidente, hanno conosciuto, a partire dall’esplosione della pandemia,

⁵⁹ Così, ancora, B. BARBISAN, *Amicus Curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, cit., 132.

⁶⁰ Così M. MANETTI, *I “falsi amici” del giudice costituzionale*, in *Giur. cost.* 2020, 507.

⁶¹ Si fa riferimento alla non ammissione dell’opinione presentata dal Comune di Scarperia e San Piero in relazione al giudizio in via principale deciso con la sent. n. 3 del 2021, nella cui motivazione si legge (nel punto 4 del *Ritenuto in fatto*) che esso «non può essere considerato soggetto portatore di interessi omogenei – collettivi o diffusi – attinenti alla questione di costituzionalità qui all’esame». Sulla difficile interpretazione del requisito dell’omogeneità v. L. MADAU, *Il moto circolare tra norme integrative e precedenti della Corte costituzionale in materia processuale: il caso della riforma delle norme integrative di cui alla delibera dell’8 gennaio 2020 alla prova dell’applicazione pratica*, cit., 181.

⁶² L. MADAU, *I decreti del Presidente della Corte costituzionale: l’emergere di una nuova fonte atipica del diritto processuale costituzionale?*

una «inattesa fortuna», che ne ha trasformato la stessa natura. Inizialmente adottati per «contemperare l’effettività della giustizia con le esigenze sanitarie connesse all’insorto contagio per coronavirus»⁶³, hanno stabilito – dapprima senza altri coinvolgimenti⁶⁴, poi più spesso «su conforme avviso espresso dal Collegio»- non solo la proroga dei termini, ma pure la disciplina delle modalità di notifica e di svolgimento di udienze e camere di consiglio, anche in modalità telematica, in deroga a quanto previsto dalle stesse Norme integrative, ma soprattutto in deroga all’art. 22 della legge n. 87 del 1953⁶⁵, che – come si è detto e com’è noto – dando attuazione alla riserva di legge di cui al secondo comma dell’art. 137 Cost., assegna alla Corte, “nel suo regolamento”, approvato a maggioranza dei suoi componenti, il potere di adottare “norme integrative” per la disciplina del procedimento relativo ai suoi giudizi.

Certo, con riguardo ai decreti della fase dell’emergenza – cui, curiosamente, si rinvengono analogie, ben più che con altre misure adottate in contesti contraddistinti da analoghi sistemi di giustizia costituzionale, con le *Public Notes* del Presidente della Corte Suprema del Regno Unito - la natura temporanea (ed emergenziale) della disciplina da essi recata, l’iniziale espressa indicazione dell’applicabilità ai giudizi costituzionali di alcune delle disposizioni emergenziali dettate dal legislatore in tema di giustizia amministrativa, pur tenuto conto dell’ «autonomia della Corte costituzionale e della specificità dei procedimenti che si svolgono dinanzi ad essa»⁶⁶, può indurre (e ha indotto) a ritenere superabile il contrasto. Con l’accortezza, però, di assegnare alle previsioni “innovative” contenute in quei decreti un ruolo non già di fonti del diritto, ma di mere “linee guida” «non molto diverso dal ruolo delle linee guida della giustizia ordinaria, amministrativa e contabile»⁶⁷.

Se si trascura il richiamo a qualche occasionale, ma pur impegnativo (e discutibile) precedente, che aveva già inaugurato, in via derogatoria, il legame fra poteri presidenziali e autonormazione della Corte⁶⁸, lo snodo problematico che si pone all’attenzione per il futuro resta quello della configurazione di un potere regolamentare del Presidente a regime, incidente sulla disciplina dei giudizi. Un potere che, in quanto formalmente imputato al Presidente, sia pure previa delibera del collegio⁶⁹, sembra porsi, comunque, al di là della previsione dell’art. 22 della legge n. 87 (e delle altre disposizioni di quest’ultima) e trovare il suo fondamento e il suo limite esclusivamente nelle delibere con cui la Corte va a modificare le sue Norme integrative (com’è accaduto nel caso delle recenti modifiche del 2021 e del 2022, relative alla disciplina

⁶³ Così A. CERRI, *Il processo costituzionale nell’emergenza del Coronavirus*, in *Giur.cost.* 2020, 2299.

⁶⁴ Si tratta del decreto del 12 marzo 2020.

⁶⁵ Sul punto A. CERRI, *Il processo costituzionale nell’emergenza del Coronavirus*, cit., 2304, afferma chiaramente che tali decreti non sono atti collegiali riferibili propriamente alla Corte, ma atti presidenziali monocratici e «dunque, non costituiscono esercizio del potere specificamente attribuito alla Corte dall’art. 22 della legge n. 87 del 1953 di dettare “Norme integrative”».

⁶⁶ Così il decreto del 20 aprile 2020.

⁶⁷ Così A. Cerri, *Il processo costituzionale nell’emergenza del Coronavirus*, cit., 2305.

⁶⁸ Si fa riferimento, anzitutto, al decreto del Presidente della Corte costituzionale del 21 novembre 2018, ma anche al decreto dell’8 gennaio 2020, con cui la Presidente della Corte ha adottato le modifiche alle Norme integrative solo «Vista la proposta della Commissione studi e regolamenti».

⁶⁹ Peraltro, non è imposta, come previsto dagli artt. 14 e 22 della legge n. 87 del 1953, l’approvazione a maggioranza dei componenti.

del processo costituzionale telematico e della "nuova" udienza pubblica). Il che – si osserva nella relazione – costituirebbe espressione dell'autonomia costituzionale dell'organo, con il cui esercizio ben può la Corte identificare nuove fonti abilitate ad incidere sulla disciplina dei giudizi, totalmente rimesse al suo esclusivo governo (e sottratte ad ogni sindacato), considerato il suo "peso decisivo", «sia nella veste diretta di legislatore della disciplina dei suoi stessi giudizi, (...) sia nella veste di giudice chiamato a interpretare e, spesso, integrare in via giurisprudenziale le stesse fonti processuali scritte, di per sé spesso lacunose e generiche». Ciò tuttavia non solo non risolve il problema del contrasto con la fonte legislativa ma, anzi, ripropone, con ulteriore urgenza, al centro della riflessione – come per le Norme integrative - la delicata, ma centrale, questione del ruolo e del rispetto della riserva di legge tuttora contenuta nell'art. 137, secondo comma, Cost.⁷⁰

3.2. In margine al potere di conformazione della giurisprudenza costituzionale: cenni sul giudizio relativo ai conflitti di attribuzione fra poteri e su nuove tecniche decisorie

Le "tensioni" con il quadro legislativo e costituzionale di riferimento non si svelano - si è detto in apertura - solo in riferimento all'evoluzione e all'uso del potere regolamentare della Corte. È, infatti, fin troppo noto che quest'ultima, accanto alla potestà regolamentare, dispone della possibilità di «interpretare, integrare o a volte creare»⁷¹ regole e principi del processo costituzionale con la propria giurisprudenza. Tant'è che è ad essa rimessa la scelta fra l'uso dello strumento normativo – con la possibilità di formalizzare così la regola del proprio processo – e quello giurisprudenziale. Quest'ultimo – si sa – è stato per lungo tempo ed è ancora oggi lo strumento (se non esclusivo) privilegiato dalla Corte, da un lato, nella consapevolezza dell'efficacia delle proprie decisioni, emesse da un «giudice di ultima istanza, che giudica sempre nella medesima composizione», e che sono, «per espressa previsione costituzionale, non impugnabili»⁷²; dall'altro, in considerazione degli «evidenti vantaggi derivanti dalla flessibilità delle regole processuali che si determinano per via pretoria»⁷³, suscettibili di essere revisionate e adattate ai mutati contesti più agevolmente.

L'ampio spazio che la Corte ha riservato alla creatività della propria giurisprudenza, tuttavia, non si è rivelato – e non si rivela, soprattutto nei tempi più recenti – privo di conseguenze. Non solo perché ha talora generato contraddizioni e

⁷⁰ Sul punto M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, cit., 1036.

⁷¹ Così R. ROMBOLI, *Il diritto processuale*, cit., 3019.

⁷² Ancora R. ROMBOLI, *Il diritto processuale*, cit., 3019, che richiama A. PIZZORUSSO, *Usa ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 140 ss.

⁷³ Così D. NOCILLA, *Fonti che regolano l'attività della Corte costituzionale e nuove norme integrative: considerazioni sparse*, cit., 583.

oscillazioni, che inducono a perplessità e incertezze⁷⁴, ma in quanto a volte rischia di porsi in tensione con le fonti legislative (e, a volte, costituzionali) di riferimento.

Uno dei casi in cui ciò è accaduto è quello relativo al giudizio per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, su cui si soffermano due delle relazioni proposte alla nostra attenzione⁷⁵.

È noto che, a fronte di una regolamentazione costituzionale particolarmente scarna, che si limita ad assegnare alla Corte il compito di giudicare sui conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato (art.134 Cost.), è la legge n. 87 del 1953 che detta la disciplina della materia, con due disposizioni (artt. 37 e 38), per giunta, non troppo perspicue. Queste ultime, tuttavia, delineano i tratti essenziali e caratterizzanti del procedimento (su cui interviene con una disciplina attuativa l'art. 26 delle Norme integrative), fra i quali si colloca, indubitabilmente, la previsione, di cui al quarto comma dell'art. 37, della fase preliminare dell'ammissibilità del conflitto, in cui si chiede che la Corte valuti se «esiste la materia di un conflitto la cui risoluzione spetti alla sua competenza» (nel che dovrebbe risolversi la "delibazione" circa la natura costituzionale dell'attribuzione la cui lesione è denunciata, che si affianca ad una prima verifica della riconducibilità del ricorrente ad un potere dello Stato). Da tempo – come viene ricordato in una delle relazioni⁷⁶ – si discute dell'utilità di tale fase preliminare, specie in considerazione del modo in cui è stata interpretata e, alla fine, "ri-definita" dalla giurisprudenza costituzionale. Si denuncia il rischio che essa, ove non funzioni adeguatamente da "filtro" a causa di un controllo troppo generoso o distratto dei presupposti soggettivi ed oggettivi di ammissibilità, possa rendere il giudizio di merito «assolutamente superfluo»⁷⁷, un'inutile «duplicazione»⁷⁸, peraltro sconosciuta – come ci viene mostrato nella prima relazione - nella maggior parte dei paesi europei che contemplano un analogo tipo di giudizio, come la Spagna, la Germania e l'Austria.

Ma le maggiori criticità di sicuro si rilevano con riguardo a quei casi in cui la Corte opera «sconfinamenti nel merito»⁷⁹, anticipando la valutazione relativa alla denunciata lesione dell'attribuzione costituzionale in una fase tuttavia priva di contraddittorio e di pubblicità, non rispettosa peraltro di quei principi del giusto processo, che sembra opportuno (si concorda con quanto si sostiene nella relazione) siano rispettati in un giudizio che è di parti⁸⁰.

⁷⁴ Sul punto ancora D. NOCILLA, *Fonti che regolano l'attività della Corte costituzionale e nuove norme integrative: considerazioni sparse*, cit., 583.

⁷⁵ J. FERRACUTI, *Conflitti interorganici e procedimento bifasico: un unicum tutto italiano?*; S. FILIPPI, *I conflitti di attribuzione sollevati dai parlamentari dopo l'ordinanza n. 17 del 2019. Profili critici e riflessione a margine del procedimento di Organstreit*.

⁷⁶ J. FERRACUTI, *Conflitti interorganici e procedimento bifasico: un unicum tutto italiano?*, cit.

⁷⁷ Così, E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino, 2002, 210-211. Sul punto v. anche E. Bindi, *L'«inutilità» della fase preliminare di ammissibilità del conflitto: un falso problema?*, in *Giur. cost.* 1999, 2188.

⁷⁸ Sul punto P. COSTANZO, *Conflitti costituzionali*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, in part. 1276 ss

⁷⁹ L'espressione è di M. CECCHETTI, *Problemi dell'accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale, Atti del Seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999*, Torino, 2000, 376.

⁸⁰ In questo senso cfr. sent. n. 229 del 2018.

Un caso esemplare di stabile anticipazione della valutazione del merito – e quindi di “fuga” dalle (poche) regole che disciplinano il conflitto interorganico - è proprio quello costituito dai conflitti promossi dal singolo parlamentare, su cui si concentra la seconda relazione⁸¹.

A dispetto del riconoscimento, inaugurato con l’ord. n. 17 del 2019, del singolo parlamentare quale «organo-potere», legittimato a promuovere conflitto nei confronti di «altri organi parlamentari», ogniqualvolta patisca una lesione o un’usurpazione delle «attribuzioni inerenti al diritto di parola, di proposta o di voto, che gli spettano come singolo rappresentante della Nazione», finora la sorte dei ricorsi – si sa - non ha arriso ai parlamentari che li hanno proposti, non superando la fase dell’ammissibilità.

Ciò è accaduto anche in ragione dell’interpretazione molto ampia che è stata data ad un requisito cui, sin dall’inizio, è stato condizionato l’accesso dei parlamentari al merito dei conflitti: quello della dimostrazione della manifesta evidenza e gravità della violazione subita. Requisito, quest’ultimo, non solo ulteriore rispetto a quelli indicati all’art. 37 della legge n. 87 e prescritti in tutti gli altri casi, ma che sembra chiaramente aver a che fare assai più con il merito che con la semplice verifica del tono costituzionale del conflitto. E che quindi dovrebbe essere valutato, non già sommariamente, sulla base del solo ricorso e nel chiuso della camera di consiglio nella forma di una mera delibazione, ma sulla base del contraddittorio delle parti e di un’attenta analisi dell’ulteriore documentazione che esse intendano produrre.

Certo, la comparazione - proposta nella relazione - con quanto accade in Germania segnala la distanza rispetto alla tutela offerta ai parlamentari dal Tribunale costituzionale, che, in virtù di quanto previsto dalla Legge Fondamentale, ne ha riconosciuto la legittimazione a promuovere ricorso per conflitto (*Organstreit*) a tutela del proprio *status* fin dagli albori della giustizia costituzionale, con le garanzie del caso. In un sistema, peraltro, che – com’è noto – è contraddistinto dalla coesistenza e talora anche sovrapposizione di molteplici strumenti di tutela costituzionale (in specie – com’è noto - del ricorso diretto), sconosciuti, viceversa, nel nostro.

A tal proposito, non è un caso che siano stati suggeriti interventi del legislatore (italiano) proprio sulle fonti che definiscono, forse in maniera troppo scarna, il regime del conflitto fra poteri⁸² (ora proponendo di anticipare l’instaurazione del vero e proprio giudizio alla fase dell’ammissibilità, ora di condensare in un’unica soluzione, assistita da tutte le garanzie del giudizio, le due fasi) in un’ottica di rafforzamento più esplicito della tutela della pubblicità e del contraddittorio e al fine di scongiurare il rischio di torsioni giurisprudenziali. Ciò anche in considerazione di un impiego del conflitto sempre meno residuale, ma spesso funzionale a far valere vizi di legittimità costituzionale (come quelli inerenti al procedimento legislativo) in altre sedi (in specie nella sede del giudizio sulle leggi), almeno per il momento, preclusi al sindacato della Corte.

⁸¹ S. FILIPPI, *I conflitti di attribuzione sollevati dai parlamentari dopo l’ordinanza n. 17 del 2019. Profili critici e riflessione a margine del procedimento di Organstreit*, cit.

⁸² Sul punto, v. M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l’invalidabile soglia del controllo di ammissibilità*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2020, 221.

Non può, tuttavia, ignorarsi che una tutela più adeguata potrebbe essere il risultato anche solo del ritorno alla funzione originaria del controllo di ammissibilità del conflitto, intesa nel suo contenuto minimale di filtro volto ad accertare la «non manifesta inammissibilità», come, sin da tempi risalenti, si era autorevolmente sostenuto ai fini della conformità alla Costituzione di una simile disciplina⁸³ e come è, pur laconicamente, scritto nell’art. 37 della legge n. 87.

Il fronte, tuttavia, su cui le “tensioni”, di cui si sta qui discorrendo, fra la giurisprudenza costituzionale e le fonti della giustizia costituzionale vigenti si fanno più vistose è, com’è noto, quello delle tecniche decisorie inaugurate negli ultimi tempi dalla Corte nell’ambito del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, a cui sono dedicate due delle relazioni del nostro Atelier⁸⁴.

La «illimitata fantasia decisoria del giudice delle leggi», espressa sia «nell’inedita formula dell’ordinanza di rinvio a data fissa, sperimentata a partire dalla decisione n. 207/2018»⁸⁵, sia nelle sentenze additive “a rime possibili” – su cui specificamente si soffermano entrambe le relazioni - ha sollevato una ridda di osservazioni e di commenti, di cui non si può dare conto nel giro limitato di queste note sparse. Tali soluzioni – si sa – hanno sollevato e sollevano la “grande questione” del rapporto fra la Corte e il legislatore, su cui sono già stati versati fiumi di inchiostro. Sullo sfondo si delinea l’altra “grande questione”, chiaramente evocata (quasi come premessa) in entrambe le relazioni: quella della (ritenuta) sopravvenuta inadeguatezza del quadro normativo di rango costituzionale e legislativo di riferimento a garantire la tempestiva attuazione dei valori costituzionali, a fronte dell’inerzia del legislatore, e della conseguente “cedevolezza” – a favore della giurisprudenza costituzionale - dei «caratteri strutturali e dei vincoli procedurali del processo costituzionale»⁸⁶ definiti in quel quadro.

Da un lato si riconosce, infatti, l’“estraneità” al nostro modello di giustizia costituzionale della formula (simile invece a quella tedesca dell’*Unvereinbarkeitserklärung* a cui la Corte mostra di essersi ispirata) dell’incostituzionalità accertata (o prospettata) ma non dichiarata, sottesa allo strumento dell’ordinanza di rinvio a data fissa (pur celata dal mero “rinvio della trattazione” di una questione in realtà già trattata). Di quest’ultima, salutata quasi come un’evoluzione della c.d. doppia pronuncia⁸⁷, nella parte in cui consente - tranne che nel giudizio *a quo* - la perdurante applicazione di una norma di legge in contrasto con la Costituzione⁸⁸ (fino a

⁸³ Così V. CRISAFULLI, *Cattivo uso del potere e conflitti di attribuzione*, in *Giur. cost.* 1980, 221 ss.

⁸⁴ Il riferimento è agli interventi di G. VASINO, *Sulla dialettica fra Corte e legislatore alla luce delle recenti evoluzioni del processo costituzionale. Verso un primo bilancio*; L. MARIANTONI, *Al di là di accoglimento ed ammissibilità. Gli effetti delle (più o meno) nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale sul referendum abrogativo e sulla futura giurisprudenza*.

⁸⁵ L’espressione è di G. VASINO, *Sulla dialettica fra Corte e legislatore alla luce delle recenti evoluzioni del processo costituzionale. Verso un primo bilancio*, cit.

⁸⁶ G. VASINO, *Sulla dialettica fra Corte e legislatore alla luce delle recenti evoluzioni del processo costituzionale. Verso un primo bilancio*, cit.

⁸⁷ Anche sulla cd doppia pronuncia non sono mancate le critiche della dottrina: in particolare, cfr A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, ora in A. PACE, *Per la Costituzione. Scritti scelti*, Napoli, 2019, 293-294.

⁸⁸ Non sembra infatti risolutivo l’invito, contenuto nell’ord. n. 132 del 2020 e rivolto ai giudici, diversi dai giudici *a quibus*, a valutare l’opportunità di sollevare ulteriori questioni di legittimità costituzionale

quando, decorso il termine stabilito senza che il legislatore si sia attivato, sarà la stessa Corte a provvedere), è difficile ravvisare la compatibilità con l’art. 30 della legge n. 87 del 1953 e con l’art.136 della Costituzione⁸⁹, che prevedono che una norma incostituzionale debba cessare di avere effetto, senza contemplare l’ipotesi di una scissione del momento dell’accertamento da quello della dichiarazione.

Dall’altro, con riguardo all’inaugurazione delle sentenze additive a “rime adeguate” o “possibili” o “sciolte”, il superamento del limite del rispetto della discrezionalità del legislatore di cui all’art. 28 della legge n. 87 sembra palese (e consapevole). L’aggiunta/sostituzione, lungi dall’essere rintracciata all’interno della Costituzione o comunque in una previsione che si imponga come costituzionalmente necessitata, sulla base di una parabola interpretativa che ne riveli il solido fondamento costituzionale, è individuata in soluzioni (grandezze) già esistenti nell’ordinamento e riferite ad altri ambiti, fra cui la Corte sceglie, discrezionalmente, quella che ritiene più idonea «a porre rimedio nell’immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma»⁹⁰ censurata. Soluzione, questa, che la Corte tiene a precisare che è suscettibile, «in qualsiasi momento» di essere sostituita da parte del legislatore da «altra – e in ipotesi più congrua- soluzione».

Quel che ne risulta sembra essere, in definitiva, una normativa “provvisoria e precaria”, quasi «di fortuna, come una sorta di legislazione cedevole», «sempre modificabile *ad libitum* dal legislatore»⁹¹, oltre che frutto di una scelta discrezionale che la Corte opera in sostituzione di un legislatore assente.

Una normativa che, peraltro, solleva ulteriori complesse questioni – affrontate nella seconda relazione⁹² – che attengono all’individuazione del suo corretto regime giuridico, tutto ancora da scoprire. Sul punto di recente in dottrina⁹³ si è rilevato che la «normativa approvata in supplenza e in maniera temporanea dalla Corte, non derivando più da rime obbligate dalla Costituzione (..) assume la collocazione pari alla legge ed agli atti con forza di legge». Pertanto, oltre ad essere modificabile dal legislatore (come viene espressamente ribadito in tutte le decisioni), «può essere sottoposta al controllo del Giudice delle leggi, che però è lo stesso soggetto che l’ha approvata» e «potrà anche essere oggetto di un referendum abrogativo, la cui ammissibilità sarà giudicata dallo stesso soggetto che l’ha approvata».

ove si trovino a dover applicare, nei propri giudizi, le norme oggetto del giudizio di legittimità costituzionale sospeso per effetto del rinvio della trattazione.

⁸⁹ Che l’art. 30 della legge n. 87 del 1953 costituisca «fedele traduzione» dell’art. 136 Cost. e dell’art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 è stato di recente ribadito dalla Corte nella sent. n. 68 del 2021 (punto 2.1. del *Considerato in diritto*).

⁹⁰ Così sent. n. 222 del 208, punto 8.1. del *Considerato in diritto*.

⁹¹ Sono espressioni di N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 3/2021, 90.

⁹² L. MARIANTONI, *Al di là di accoglimento ed ammissibilità. Gli effetti delle (più o meno) nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale sul referendum abrogativo e sulla futura giurisprudenza*, cit.

⁹³ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale*, cit., 830.

Osservazioni queste che, oltre a suggerire inevitabilmente più di una perplessità quanto alla tenuta del principio di separazione dei poteri⁹⁴, finiscono col sollevare all'attenzione la questione della compatibilità di tale scenario non solo con le previsioni della legge n. 87 del 1953, quanto, più in generale, con l'essenza stessa della funzione di garanzia costituzionale attribuita alla Corte dall'art. 134 della Costituzione, come precisata dalle leggi costituzionali n. 1 del 1948 e n. 1 del 1953, che è quella di giudicare, attraverso forme tipicamente giurisdizionali, e quindi in maniera obiettiva e imparziale, «la conformità a Costituzione delle scelte operate dal legislatore politicamente responsabile e ad esso esclusivamente spettanti»⁹⁵.

Osservazioni che inducono anche a interrogarsi sulla compatibilità con il complessivo quadro costituzionale del riconoscimento di un potere di "rimodellamento" del giudizio costituzionale ad opera della sola Corte, che incida, con le sue pronunce ed (eventualmente) con le sue Norme integrative, sui caratteri strutturali fissati dal legislatore costituzionale e ordinario, sia pure nel segno dell'urgenza di rendere giustizia costituzionale⁹⁶.

4. Noterelle finali. Fuori dalla "zona grigia": prospettive e punti fermi

Non è un mistero (e si è già più volte ricordato) che, dietro ai recenti interventi "riformatori" delle Norme integrative, come al fondo di alcune delle soluzioni giurisprudenziali innovative adottate, ci sia la preoccupazione, espressa più volte dalla stessa Corte, di garantire - di fronte ad un legislatore insensibile alle domande di attuazione costituzionale, inerte, suggestivamente definito anche apatico o addirittura «malato»⁹⁷ - la legalità costituzionale e, soprattutto, di assicurare una tutela tempestiva dei diritti fondamentali, dando voce alle istanze del cittadino, ma anche di formazioni sociali ed enti a cui la Costituzione riconosce spazi di autonomia.

Al di là dell'annosa questione relativa alla qualificazione delle regole dei giudizi costituzionali (processuali o procedurali) e alla connessa identificazione dell'ambito di autonomia riconosciuto alla Corte per disciplinare il suo processo ed eventualmente derogare a quelle regole⁹⁸, l'obiettivo di aprire nuovi canali di accesso e di fornire più diretti e tempestivi strumenti di tutela dei diritti e, in generale, di garanzia della legalità costituzionale non può non chiamare in causa il legislatore costituzionale.

Periodicamente si torna, non a caso, a discutere dell'opportunità di introdurre anche nel sistema italiano un ricorso diretto individuale, sulla falsariga di numerose esperienze europee ma non solo. In questa prospettiva si colloca una delle relazioni di

⁹⁴ Ampi riferimenti al vivace dibattito sul tema sono contenuti da ultimo in R.ROMBOLI, *Corte costituzionale*, cit., 822 ss.

⁹⁵ R.ROMBOLI, *Corte costituzionale*, cit., 814.

⁹⁶ Il riferimento è al celebre contributo di G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020.

⁹⁷ In questi termini v. M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. e società*, 1/2020, 71.

⁹⁸ Il dibattito sul punto - che rimanda inevitabilmente anche alle diverse teorie della giustizia costituzionale e dell'"anima" della Corte (giurisdizionale e/o politica) - è sintetizzato da F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020.

questo Atelier⁹⁹ che, nel descrivere i caratteri del sistema lituano, ne ha anche sottolineato potenzialità e rischi, in una prospettiva di eventuale recepimento del modello (peraltro mutuato dal sistema austriaco) in Italia.

Analogamente, in un'altra relazione¹⁰⁰, si è auspicato il riconoscimento, ancora una volta sull'esempio di modelli europei, di un accesso diretto dei Comuni alla Corte, al fine di consentire a questi ultimi di difendere autonomamente le proprie attribuzioni costituzionali, riconosciute ormai da anni, ma sfornite di adeguati strumenti di tutela.

In assenza di riforme costituzionali (il cui impatto sull'ordinamento costituzionale sarebbe tuttavia, si badi, da valutare accuratamente), non sembra si possa "rimediare" forzando le maglie del sistema fino al punto di dissolvere i caratteri strutturali di quest'ultimo come delineati dai Costituenti e dal legislatore costituzionale (e, in virtù della riserva di legge di cui all'art. 137, secondo comma, Cost., anche, almeno in parte, dalla legge n. 87).

Il carattere giurisdizionale che contraddistingue le funzioni di garanzia costituzionale affidate alla Corte costituisce il miglior presidio possibile della sua indipendenza e della sua funzionalità.¹⁰¹

Non può negarsi – come autorevolmente da tempo rilevato – che connotato essenziale di tale carattere è una disciplina del processo costituzionale che riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte¹⁰². Non possono, a tal proposito, che raccogliersi gli insegnamenti di chi, tempo addietro, ricordava che, per rispondere al proprio ruolo di garante della Costituzione nei confronti degli organi politici, la Corte deve operare come un organo di giustizia, seppure a livello costituzionale¹⁰³, chiamato a fare sempre riferimento al testo della Costituzione e ai parametri cui ancorare la decisione, motivando adeguatamente le proprie pronunce. Far evolvere il paese verso principi e valori sostanzialmente nuovi non fa parte dell'orizzonte del giudice costituzionale, «non possedendo per questo né le capacità professionali, né la forza politica, indispensabili per esercitare vere e proprie funzioni di indirizzo politico». Solo un «sapiente uso delle tecniche processuali e decisorie» consente il perseguimento delle finalità sottese alla sua istituzione, «mentre il forzare i confini delle proprie competenze esporrebbe la Corte a confronti politici dai quali non potrebbe che uscire sconfitta»¹⁰⁴.

⁹⁹ Il riferimento è al contributo all'intervento di V. DI CAPUA, *I diritti fondamentali al cospetto del giudice costituzionale. Una riflessione a partire dal reclamo alla Corte costituzionale nella Repubblica della Lettonia*.

¹⁰⁰ Il riferimento è all'intervento di R. CABAZZI, *Quando la Corte non c'èil legislatore "balla": enti locali e "spazi" costituzionali*.

¹⁰¹ Sul punto, R. ROMBOLI, *Il diritto processuale*, cit., 3033.

¹⁰² Sul punto A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso*, cit., 141 ss.

¹⁰³ Sul punto R. ROMBOLI, *Il diritto processuale*, cit., 3035-3035, che ricorda quanto osservato da De Siervo, *Riflessioni su un'esperienza di lavoro alla Corte costituzionale*, in *Storia, giustizia, costituzione. Per i cinquant'anni della Corte costituzionale*, in *Giornale di storia costituzionale* 2006, 88.

¹⁰⁴ Ancora R. ROMBOLI, *Il diritto processuale*, cit., 3025.

SECONDA SESSIONE

Parte II

EVOLUZIONE, COMMISTIONE, EVANESCENZA
DEI MODELLI DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

EVOLUZIONE, COMMISTIONE, EVANESCENZA DEI MODELLI DI GIUSTIZIA
COSTITUZIONALE. INTRODUZIONE AI LAVORI DEL II ATELIER

PIETRO VILLASCHI

Il secondo *Atelier* della sessione pomeridiana della quarta edizione del Seminario internazionale di diritto comparato, intitolato *Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo: questioni attuali e prospettive future*, è stato dedicato al tema dell'*Evoluzione, commistione, evanescenza dei modelli di giustizia costituzionale*.

Oggetto della riflessione dei relatori, coordinati dal Professor Simone Benvenuti, è stato il ruolo e la posizione che gli organi di giustizia costituzionale assumono all'interno dell'ordinamento.

Un tema, ampio e complesso, che le relazioni hanno saputo indagare sotto angolature differenti, fornendo interessanti prospettive di riflessione. Obiettivo comune è stato, più in particolare, quello di ragionare sui fattori e sulle tendenze che contraddistinguono i diversi modelli di giustizia costituzionale in questo periodo storico, anche nell'ottica di comprendere se si possa ancora parlare di veri e propri modelli.

Trasversale è stato un approccio di natura comparata, che andasse a identificare i punti di contatto e di distinzione tra le esperienze dei vari ordinamenti, europei e non.

In questa cornice, un primo filone di ricerca si è orientato sul tema del rapporto tra Corti nazionali e sovranazionali, con lo scopo di analizzare le recenti tendenze di accentramento, da una parte, e di diffusione, dall'altra. Non è un caso che molte delle relazioni abbiano avuto ad oggetto l'impatto che la giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudizialità, a partire dalla sentenza n. 269 del 2017, ha avuto nell'articolazione del rapporto tra le Corti: obiettivo comune è stato quello di comprendere come tale processo si stia attualmente orientando e potrebbe evolvere nel

prossimo futuro. Non solo. Ad emergere dalle relazioni sono state le conseguenze che il ricorso all'uno piuttosto che all'altro modello di giudizio determina in termini di tutela dei diritti in un sistema multi-livello e altamente complesso come quello attuale. Comune è stata, inoltre, la consapevolezza che trattasi di problematiche ed interrogativi che interessano non solo l'esperienza italiana, ma che sono altresì rintracciabili in molti dei sistemi di giustizia costituzionale europei, pur con le peculiarità di ogni singolo caso. Ciascun sistema si trova, infatti, a dover fare i conti con il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e con il sempre più stretto intreccio tra i principi e i diritti della Carta di Nizza, da un lato, e quelli codificati nelle Costituzioni nazionali, dall'altro.

Un secondo ambito di riflessione è stato, invece, dedicato alla dimensione interna, e, quindi, al rapporto tra organi di giustizia costituzionale e giudici comuni, così declinando da un'ulteriore e diversa prospettiva il tema della contrapposizione tra modello accentrato e diffuso. Sono, quindi, emersi i diversi profili di contatto e di differenza tra i due modelli di giudizio, quello costituzionale e quello dei giudici comuni (ordinari e amministrativi in particolare), grazie anche ad un'analisi che ha mostrato le tendenze in atto negli altri ordinamenti e le rispettive specificità.

Infine, altro filone di indagine ha riguardato il tema, ampiamente indagato in dottrina, del rapporto tra organi di giustizia costituzionale e discrezionalità politica, sempre nella prospettiva della ricerca di un bilanciamento tra tendenze di accentramento e diffusione. A venire qui in rilievo sono stati una serie di profili di particolare delicatezza: dal ruolo e dalla legittimazione della Corte costituzionale all'interno dell'ordinamento; alla natura del suo sindacato, che le relazioni hanno evidenziato come inevitabilmente politico; al rapporto intercorrente con gli organi depositari dell'indirizzo politico; alla tendenza espansiva e all'interventismo degli organi di giustizia costituzionale, anche per il tramite di nuove tecniche decisorie e di "gestione" del tempo del processo costituzionale; alla debolezza delle istituzioni e degli organi depositari della rappresentanza politica.

In definitiva, gli interventi che hanno arricchito l'*Atelier* e il confronto che ne è seguito hanno consentito, a partire da una riflessione su sistemi di giustizia costituzionale anche profondamente diversi tra loro, di identificare alcune linee di tendenza comuni, che hanno contribuito a comprendere quale ruolo è ricoperto dalle Corti costituzionali negli ordinamenti contemporanei.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

L'INDEFETTIBILE CENTRALITÀ DELLA CORTE COSTITUZIONALE
NELLA TUTELA *MULTILEVEL*:
TRA QUANTITÀ DEI DIRITTI E QUALITÀ DELLA PROTEZIONE

ANDREA CHIAPPETTA

SOMMARIO: 1. Le aporie della tutela *multilevel* dei diritti fondamentali. – 2. La teoria del *maximum standard* nella visione solipsistica dei diritti propria delle Corti europee – 3. L'approccio qualitativo alla tutela dei diritti: l'attività di bilanciamento delle Corti costituzionali. – 4. Conclusioni.

1. Le aporie della tutela multilevel dei diritti fondamentali

In ragione e per effetto della coesistenza negli ordinamenti degli Stati europei ed in quello sovranazionale – prima comunitario e poi eurounitario – delle diverse fonti riguardanti i diritti fondamentali e dei livelli di tutela che ne sono risultati, è sorta l'esigenza di un'*armonizzazione* dei sistemi che, allo stato, non può ancora dirsi soddisfatta sotto molteplici profili, variamente individuabili ed individuati dalla più autorevole dottrina¹.

¹ Vasta la letteratura sulla relazione fra le fonti, specie dopo l'adozione della Carta di Nizza. Un preliminare accenno induce a ricordare qui in termini generali, P. CRUZ VILLALON, *Rights in Europe: The Crowded House*, King's College London, in *Working papers in European Law*, 1/2012; C. PICHERAL, L. COUTRON, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2012; E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il Dir. Un. eur.*, 2012, 23 ss. Prima del trattato di Lisbona, M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione europea*, Torino, 1996.

I documenti posti a base dei diversi ordinamenti – non sempre simmetrici (il riferimento è, ad esempio, al c.d. *menù à la carte* previsto per gli accordi relativi ai diritti sociali), come non sempre del medesimo rango (il riferimento è, ancora a titolo esemplificativo, ai variegati adattamenti ricevuti dalla CEDU nei Paesi membri) – determinano un quadro di relazioni privo di certezze giuridiche, in quanto aperto a letture talvolta non conciliabili fra loro.

D'altra parte, proprio la disomogeneità delle fonti, il loro disallineamento temporale, le differenti modalità di recepimento ad opera degli Stati hanno richiesto (od almeno concesso) ampio spazio alle Corti poste ai vertici dei diversi livelli che – dapprima in sede suppletiva e, poi, con l'intensificarsi dei materiali normanti, in sede applicativa – hanno provato ad assolvere ai rispettivi ruoli, anch'essi orientati in differenti direzioni.

Il composito mosaico che ne è derivato potrebbe costituire un articolato congegno, atto ad assicurare la c.d. massimizzazione nella protezione dei diritti attraverso il dispiegarsi di un sistema di tutele *multilevel* sempre più raffinato, innestatosi, a partire dal secolo scorso, in una cornice in cui «il diritto costituzionale si è internazionalizzato e viceversa quello internazionale si è costituzionalizzato»².

Purtuttavia, all'enfasi con cui si commentano gli esiti prodotti dall'implementazione degli strumenti, vi è chi contrappone che alla proliferazione di diritti ed all'ispessimento del formante giurisprudenziale³ non sempre corrisponda un reale innalzamento delle garanzie.

La sopravvalutazione degli effetti benefici connessi alla tutela multilivello⁴ nascerebbe dal malinteso di confondere la quantità dei diritti enunciati e degli strumenti di difesa predisposti con la qualità della protezione assicurata, indulgendo ad una visione troppo ottimistica di quello che è, invece, definito come il «problema della pluralità dei livelli di sovranità e della parallela molteplicità dei piani e delle prospettive di tutela»⁵.

Il moltiplicarsi delle sedi di tutela sembra non avere effettivamente portato ad un'elevazione od implementazione dei diritti, impantanandosi il meccanismo previsto non solo nelle oggettive difficoltà di incardinamento dei diversi ordinamenti fra loro, quanto anche nelle evidenti frizioni fra i diversi livelli cui la tutela dei diritti è risultata affidata.

La denunciata insoddisfazione per la salvaguardia globalizzata dei diritti può in realtà spiegarsi specie per l'effetto, chiaramente riscontrabile, della marginalizzazione dei

² Così G.M. FLICK, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 162.

³ Cfr. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 82 ss. evidenzia, una volta persa la «sua vitalità originaria», la debolezza del diritto costituzionale che ha ormai ceduto, in favore della giurisdizione, il cruciale ruolo di «mezzo per la realizzazione dei diritti».

⁴ Della difficoltà di concepire davvero un sistema unitario di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo parlavano già I. PERNICE – R. KANITZ, *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe*, in *WHI paper*, 7/2004, 20, per i quali «Although there will be a strong harmonizing effect through the interaction of the national and European systems for the protection of fundamental rights in the composed constitution of the European Union, responsibilities will remain divided».

⁵ Così, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 4/2006, 1660-1661, al quale deve ascrivere una critica forte della tendenza ad esaltare gli esiti della protezione *multilevel* dei diritti.

processi democratici⁶ di cui i singoli ordinamenti sono custodi (e già artefici, spesso attraverso sofferti passaggi storici) e che includono il sindacato affidato alle Corti costituzionali; di talché il costituzionalismo multilivello finirebbe per riservare un «trattamento peggiore proprio ai giudici costituzionali dei singoli Paesi, i quali sono maggiormente vicini alla realtà della società civile e traggono la propria legittimazione da una decisione costituente democratica, per consentire a Corti sovranazionali o internazionali, prive del medesimo titolo legittimante, di imporre il proprio apprezzamento discrezionale di pretesi valori costituzionali potenzialmente confliggenti con quelli nazionali»⁷.

Detta condizione sembra ascrivibile, per un lato, all'eccesso di attivismo delle Corti sovranazionali («*dans la Communauté, le droit c'est le juge*»⁸), verso cui è parso spostarsi il baricentro delle tutele dei diritti fondamentali⁹ e, per altro lato, ad un effetto *spill-over* della Carta di Nizza, anche ad opera dei giudici comuni (e degli stessi legislatori), senza che il quadro normativo sembri realmente autorizzarlo.

Ed infatti, «*profondément imprégnée du droit, la Communauté Européenne ne peut qu'accuser la prépondérance du juge, qu'il soit communautaire ou national, dans le processus évolutif de l'intégration*»¹⁰.

Il dialogo a distanza fra giudici non ha appianato le problematiche derivanti dalla vera e propria “rivoluzione” che l’inserimento nell’ordinamento (integrato) dell’Unione ha prodotto per ogni Stato, specie a causa della logica del primato del diritto europeo.

Al contrario, esso, generando una forte asimmetria proprio a causa della posizione di ‘giudice ultimo’ assunta – e strenuamente difesa (sia sul versante nazionale che su quello internazionale) – dalla Corte di giustizia, ha talvolta configurato le Corti costituzionali nazionali come «potenziali antagonisti»¹¹ della prima, alla quale l’affermazione di quel primato deve totalmente ascriversi.

Eppure, le Corti costituzionali nazionali sono state (e possono ancora essere) ‘attori protagonisti’ del lungo percorso di formazione *in progress* dell’ordinamento europeo, partecipando al processo di costituzionalizzazione dell’Unione che, ove non riuscirà a contenere le Carte nazionali e la loro forza rappresentativa dell’identità culturale dei

⁶ Per M. LUCIANI, *Costituzionalismo*, cit., 1661, con l’intensificarsi degli interventi della giurisprudenza sovranazionale si perverrebbe a «svalutare la significatività della decisione politica democratica racchiusa nello stabilimento di una Costituzione (e anche, nei limiti della Costituzione, nell’adozione di una legge)».

⁷ Sono le illuminate riflessioni sempre di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, cit., 1661 ss.

⁸ Così per J. P. JACQUE, *Le rôle du droit dans l'intégration européenne*, in *Philosophie politique*, 1/1991, 132.

⁹ Sugli effetti del *judicial activism*, G. SCACCIA, *Supranational Courts of Justice and judicial activism*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2019, 25-26, secondo cui «*the European Courts perform totally and consistently the model of a jurisdiction depriving decision policies with the power of elaborating and protecting rights, to give this power to the highest juridical technique, performed by enlightened intellectual élites*». Evidenzia le diverse direttrici in cui sono incamminate le Corti anche M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell’Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2016, 50 ss.

¹⁰ In questi termini A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, in AA. VV. (A CURA DI), *Scritti in onore di G. Federico Mancini*, Milano, 1998, 3.

¹¹ Così nelle riflessioni di A. LA PERGOLA, *El Juez Constitucional italiano ante la primacia y el efecto directo del derecho comunitario. Notas sobre unas jornadas de estudio*, in N. COLNERIC – D. V. EDGARD – J. P. PUISSOCHET – D. RUIZ-JARABO COLOMER (A CURA DI), *Une communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts Verlag, 2003, 225 ss.

popoli d'Europa mediante l'attività dei loro interpreti più prossimi, non potrà dirsi ancora effettivamente compiuto.

Il tema, ampiamente dibattuto in letteratura e intensamente percorso dalla giurisprudenza, specie dopo l'ingresso nel sistema sovranazionale della Carta dei diritti fondamentali, non ha per nulla esaurito il suo fervore ed interroga, da un lato, sulla sussistenza di spazi ulteriori per iniziative di maggiore diffusione e penetrazione delle tutele dei diritti fondamentali in tutta l'Unione¹²; dall'altro, nella consapevolezza dell'irreversibilità dell'universalismo della protezione dei diritti, sull'opportunità di concepire ulteriori interventi e/o diversi assetti interpretativi atti ad elevare lo *standard* di protezione, salvaguardando la legittimazione democratica dei sistemi costituzionali nazionali esistenti e le potenzialità degli stessi.

2. La teoria del maximum standard nella visione solipsistica dei diritti propria delle Corti europee

La concorrenza tra i diversi livelli di tutela dei diritti inviolabili trova la massima espressione nell'art. 53 della Carta di Nizza, alla stregua del quale «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

La disposizione *de qua* – rubricata “Livello di protezione” – ha l'ambizione di inquadrare il rapporto tra il Catalogo e ogni fonte insistente nel settore dei diritti fondamentali entro il quadro degli *standard* di tutela, dipinto nel senso di imporre all'interprete della CDFUE il divieto di *reformatio in peius* delle statuizioni rinvenibili negli altri testi.

In tale accezione l'art. 53 viene agevolmente assimilato alle c.d. clausole di salvaguardia¹³ proprie del diritto internazionale e chiamate ad assolvere una funzione prettamente *negativa*. Quella, cioè, non già di attribuire determinati diritti al singolo, bensì di evitare che l'incondizionata applicazione dello strumento che le ospita possa cagionare un arretramento del grado di protezione prestato da altre fonti previamente

¹² In tema, D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2012, 32, che ricorda come la Carta di Nizza esemplifichi «la tensione tra il concepirla come Bill of Rights di una comunità politica e, al contrario, come mero strumento per garantire la conformità degli accresciuti poteri dell'Unione ai diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati fondatori (risultando, in tal caso, uno strumento limitativo più che espansivo dei poteri dell'Unione)».

¹³ L'importanza delle *safeguard clause* in un sistema composito di tutela in cui rischia di uscirne compromesso il *legal order* è individuata da E. A. ALKEMA, R. VAN DER HULLE, R. VAN DER HULLE, *Safeguard Rules in the European Legal Order: the relationship between article 53 of the European Convention on Human Rights and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Human Rights Law Journal*, 2015, 18 ss; cfr. J. POLAKIEWICZ, *Europe's multi-layered human rights protection system: challenges, opportunities and risks*, in *Public International Law*, 14 marzo 2016.

individuare. Tanto al fine di escludere la paradossale conseguenza per cui un più recente meccanismo di tutela possa pregiudicare lo *status quo ante*¹⁴.

Simile logica interpretativa porterebbe a concepire il contenuto della CDFUE come uno *standard* minimo di tutela, la cui vincolatività sussiste nei confronti di atti *peggiorativi*, ma si esaurisce dinanzi a quelli *migliorativi*.

Si tratta di un'impostazione che richiama¹⁵ il canone del *plus* di tutela espressamente enunciato dall'art. 53 della CEDU¹⁶ e affermato dalla Corte costituzionale italiana (fin dalle sentenze nn. 311 e 317 del 2009), secondo cui «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali»¹⁷.

In vero, tale principio disvela una certa fragilità dinanzi all'ingenerarsi di conflitti sull'individuazione del testo – e della relativa interpretazione – maggiormente idoneo a garantire il diritto fondamentale che si asserisce esser stato violato.

In sostanza, si assisterebbe semplicemente ad un trasferimento dell'oggetto dello scontro, da quale fonte sia *gerarchicamente* più forte a quale fonte sia *contenutisticamente* più forte. Ma la competitività tra le fonti (e tra gli interpreti) non conoscerebbe tregua.

Quanti hanno autorevolmente esaltato¹⁸ la logica del *maximum standard*, elevato a strumento volto a superare il criterio gerarchico¹⁹ nella materia dei diritti, muovono dalla convinzione che la teoria dell'interpretazione mostri una maggiore flessibilità²⁰ che

¹⁴ Sulla funzione *negativa* che l'art. 53 della Carta è chiamata ad assolvere si rimanda a M. CONDINAZZI, P. IANNUCELLI, *Art. 53*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 1086 ss.

¹⁵ Il parallelismo è escluso, anche da un punto di vista formale, da E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2016, 50 ss, in quanto il sistema CEDU opera nell'alveo della concorrenza tra discipline, mentre la Carta di Nizza in un contesto improntato sulla separazione degli ordinamenti.

¹⁶ Il quale, rubricato “Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti”, prescrive che «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi».

¹⁷ Corte cost., sent. n. 317 del 2009, *Cons. dir.*, punto 7.

¹⁸ Si veda A. RUGGERI, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 132 e 136, secondo cui la massimizzazione della tutela costituisce «l'autentica *Grundnorm* delle relazioni tra le Carte (e, di riflesso, degli ordinamenti sulle stesse fondate), criterio di composizione delle fonti (*rectius*, delle norme) in sistema, fattore di preorientamento interpretativo di ogni documento normativo, in specie di quelli che danno il riconoscimento e la salvaguardia dei diritti». In termini anche A. RANDAZZO, *Il “metapprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2020.

¹⁹ Si fa riferimento alle profonde e diffuse riflessioni di A. RUGGERI, *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali*, in *Federalismi.it*, 18/2014, 1 ss. Per l'A. «nessun ordine gerarchico preconstituito può intravedersi tra le norme in ragione della loro provenienza o della loro forma (e, perciò, in buona sostanza, della fonte da cui sono prodotte)», perché «ciò che solo conta è stabilire di volta in volta dove si appunta la tutela migliore per i diritti».

²⁰ La predilezione per la teoria dell'interpretazione è illustrata da A. RUGGERI, *I diritti fondamentali tra carte internazionali e costituzione (dalla forza delle fonti alle ragioni dell'interpretazione)*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, Torino, 2008, 158 nei termini di una particolare attitudine a garantire la maggior tutela possibile dei diritti perché più flessibile della teoria delle

consentirebbe alle diverse Carte di essere vagliate circolarmente²¹, «non dandosi alcun primato dell’una sull’altra»²².

Tuttavia, pur ovviamente riconoscendosi la decisività dell’indagine interpretativa nella tutela dei diritti inviolabili, non sembrerebbe intravedersi nel canone del *maximum standard* il giusto strumento di valorizzazione del ruolo delle Corti. E ciò perché non si riuscirebbe comunque ad uscire dallo svilente schema competitivo che oggi attanaglia i diversi attori coinvolti nei complessi percorsi ermeneutici.

Anzi, in un contesto (come quello odierno) in cui le Corti fanno a gara a difendere il proprio *jus primi verbi*²³ – ne sono plastica dimostrazione reiterate scelte lessicali (*primato* dal lato europeo, *predominio assiologico* dal versante nazionale) atte ad imporre il proprio sindacato giurisdizionale – si rischierebbe semplicemente di spostare l’ossessione gerarchica da un piano normativo a un piano interpretativo, senza vie di fuga²⁴.

Gli interpreti continuerebbero, quindi, a sfidarsi a colpi di *actiones finium regundorum*²⁵, mutando soltanto l’*iter* argomentativo; sicché l’affannosa ricerca della massimizzazione della tutela difficilmente potrebbe consentire l’accantonamento del criterio gerarchico²⁶.

In ipotesi – più che probabili – di disallineamento tra Corti in ordine alla scelta della norma meritevole di pregio l’*impasse* dovrebbe comunque esser sciolta con l’intervento ultimo della CGUE. In tal modo, il *maximum* contenutistico di un diritto finirebbe presto per rappresentare, dal lato lussemburghese, la nuova veste dell’inderogabilità della *primauté* e, dal lato dei Tribunali costituzionali, l’ultimo approdo nella strenua *difesa* del nucleo essenziale dei diritti compendati nelle Carte nazionali.

fonti, che è invece «per sua natura portata a sistemare in scala le fonti stesse, stabilendo ordini di priorità astrattamente e rigidamente fissati».

²¹ Sempre A. RUGGERI, *Sei tesi in tema di diritti fondamentali*, cit., 4 ss. idealizza la tecnica dell’interpretazione «circolarmente conforme», in virtù della quale le diverse fonti dovrebbero essere interpretate le une per mezzo delle altre secondo un ‘moto’ circolare. Secondo l’A., infatti, nessuna Carta può «porsi in modo esclusivo quale parametro dei processi interpretativi».

²² Così, A. RUGGERI, *Sei tesi*, ult. op. cit., 6.

²³ In questi termini, G. SCACCIA, *L’inversione della doppia pregiudiziale nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti tecnici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018, 10 e A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, ivi, 18 dicembre 2017, 2.

²⁴ In termini, P. PAROLARI, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il “dialogo” tra le Corti nel disordine delle fonti*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 1/2017, 40 ss.

²⁵ L’espressione è di R. BIN, *L’interpretazione conforme: due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 13.

²⁶ Del resto, la stessa Corte di Giustizia, nel noto caso *Melloni* (CGUE, sentenza 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*), ha sconfessato ogni proposito di ridimensionamento del criterio gerarchico, nella parte in cui ha statuito che «l’interpretazione secondo la quale l’articolo 53 della Carta autorizzerebbe [...] uno Stato membro ad applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta» non può essere accolta; tale interpretazione «sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell’Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l’applicazione di atti di diritto dell’Unione pienamente conformi alla Carta».

La logica del *maximum standard* tradirebbe, così, una «spiccata gerarchizzazione dei rapporti tra autorità»²⁷: come a dire, *tutto deve cambiare perché tutto resti come prima....*

Intente a ricercare i gradi di tutela più performanti, le Corti europee rischiano di fermarsi ad una visione filosofico-morale dei diritti incentrata sul solipsismo, in cui le libertà dell'individuo sembrano calate «all'interno di una comunità politica ideale e virtuale e sono riferite a un individuo scisso dalle proprie legature sociali, dalle proprie appartenenze, dalla responsabilità per la partecipazione attiva ad una comunità politica»²⁸.

Negli sforzi argomentativi dei giudici lussemburghesi (come pure in quelli dei giudici di Strasburgo²⁹) i diritti umani vengono perlopiù in rilievo come entità autonome, in un circuito ermeneutico che, risentendo fortemente della cadenzata andatura con cui l'ordinamento comunitario (e per certi versi quello internazionale) si è aperto al riconoscimento dei diritti, declina questi ultimi «come prerogative del singolo, più che della persona come parte di una comunità politica»³⁰.

L'effetto più immediato è quello di una valutazione prognostica circoscritta alla singola fattispecie e alla specifica prescrizione, senza la garanzia di adeguata effettività agli altri diritti/doveri di carattere eurounitario o convenzionale estranei al perimetro applicativo della disposizione considerata.

La tutela soggettiva che ne deriva non sembra, quindi, idonea a congiungere le libertà individuali ai vincoli solidaristici, rischiando di pregiudicare la piena estensione dei principi istituzionali sottintesi a quei vincoli e, per conseguenza, minando la necessaria commistione tra i diversi ordinamenti.

D'altronde, la vera efficacia di un sistema *multilevel* risiede proprio nella sua attitudine a preservare la compenetrazione tra i diversi livelli, in nome della più universale – e non certo parcellizzata – tutela dei diritti (*latu sensu* intesi).

3. L'approccio qualitativo alla tutela dei diritti: l'attività di bilanciamento delle Corti costituzionali

Il sistema su cui oggi poggia il rapporto tra Corti sovranazionali e Corti costituzionali, fondato sulla costante ricerca del *maximum standard*, ha disvelato tutta la sua fragilità dinanzi all'ingenerarsi di conflitti sull'individuazione del testo – e della relativa interpretazione – maggiormente idoneo a garantire il diritto fondamentale che si asserisce esser stato violato.

²⁷ Così O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al 'pluralismo costituzionale' di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 ottobre 2019, 10.

²⁸ Così efficacemente G. SCACCIA, *Etica della funzione giudiziaria. Fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2023, 477-478.

²⁹ Il riferimento, tra i tanti, è a Corte Edu, Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12. Nell'occasione, la Corte di Strasburgo ha specificato di non avere «il compito di controllare in astratto una legislazione o una pratica contestata», chiarendo che il proprio sindacato si limita a determinati casi di ingerenza statale.

³⁰ Ancora G. SCACCIA, *Etica della funzione giudiziaria*, cit., 477-478.

La *quaestio* dovrebbe, invece, preliminarmente esser ispezionata avvalendosi di un modello diverso, di tipo ‘qualitativo’: il bilanciamento degli interessi.

Esso, in dottrina definito anche come metodo della comparazione critica, si connota «per operare non su regolamentazioni giuridiche complete o parziali, ma andando a rintracciare, al di là della regola, l’interesse tutelato»³¹.

Non esiste, come invece sembrerebbe presupporre la soprarichiamata teoria del *maximum standard*, un diritto perfettamente definito tutelabile in una misura astrattamente maggiore o superiore.

Un diritto, infatti, non vive mai isolatamente³², ma convive, come in una costellazione, con una pluralità di altri diritti di pari dignità, tutti potenzialmente meritevoli della più intensa salvaguardia.

Seguendo questa chiave interpretativa, i diritti vanno temperati vicendevolmente, *case by case*, affinché nessuno di essi divenga ‘tiranno’³³.

Se si operasse entro i confini della sola logica della massimizzazione della tutela si incorrerebbe, invece, nell’errore di privilegiare incondizionatamente il diritto maggiormente *coperto* dalla relativa disposizione, senza alcun previo raccordo con gli altri che vengono in rilievo.

Il concetto è stato notoriamente affermato dalla Corte costituzionale italiana, dapprima, nella celebre sentenza 85 del 2013³⁴ sul caso ILVA, con cui ha chiarito che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. [...] Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e “protette». Poi, con le sentenze nn. 58 del 2018 e 63 del 2016 (invero per certi versi rievocative della sent. n. 264 del 2012), grazie alle quali ha precisato che il bilanciamento «deve rispondere a criteri di proporzionalità e ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuni di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionalmente

³¹ In questi termini, L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (A CURA DI), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, 2003, 28.

³² Per R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2/2002, 123, «pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali [...] Qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto tra interessi costituzionalmente rilevanti».

³³ C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, Kohlhammer, Stoccarda, 1967, trad. it., *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Milano, 2008 nel significato attribuito all’espressione da Hartmann: «tendenza che ha ogni valore ad imporsi come signore (tiranno)».

³⁴ Così, Corte cost., sent. n. 85 del 2013, *Cons. dir.*, punto 9. Tra l’imponente letteratura a commento si segnalano M. BONI, *Le politiche pubbliche dell’emergenza tra bilanciamento e ‘ragionevole’ compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *federalismi.it*, n. 3/2014; V. ONIDA, *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013.

implicati»³⁵. Bilanciamenti che hanno visto coinvolto – e nel primo caso ‘soccombente’ – proprio il diritto (quello alla salute) al quale la Costituzione parrebbe riconoscere il massimo grado di tutela attraverso l’appellativo ‘fondamentale’.

Ancor più esplicativa, con specifico riguardo alla corretta interpretazione da fornire alla CDFUE, è la recente giurisprudenza del Tribunale federale tedesco, il quale, con due decisioni del 2019 in materia di diritto all’oblio³⁶, sembra aver inaugurato un «nuovo corso»³⁷ nel controllo sull’applicazione della Carta.

Nell’occasione i giudici di Karlsruhe si sono imbattuti nell’intricato problema di dover individuare tra i vari diritti in gioco, tutti considerati da entrambi gli ordinamenti (tedesco ed europeo), quello prevalente.

Nel primo pronunciamento, il *BVerfG* ha risolto il bilanciamento a favore della disciplina interna ritenendo la materia in esame non completamente determinata (*nicht vollständig determiniert*) dall’ordinamento europeo. Pertanto, pur constatando la parziale concorrenza nella tutela, la Corte federale ha rinvenuto nella Legge fondamentale lo standard applicabile e temperando il diritto del pubblico all’accesso dei dati con il diritto del singolo alla deindicizzazione dei contenuti informatici (c.d. *media privilege*), ha finito con il premiare quest’ultimo.

Nella seconda decisione, il Tribunale costituzionale ha riconosciuto nella stessa materia il primato applicativo (*Anwendungsvorrang*) alla disciplina unionale.

L’esito difforme tra le due attività di bilanciamento parrebbe comprovare che l’art. 53 non fissa una regola aurea di risoluzione dei rapporti tra le Carte dei diritti, ma si limita a riconoscere la sussistenza di un *minimum* di tutela che trova applicazione uniformemente in tutti gli Stati membri.

Garantita la protezione essenziale, è poi la fattispecie specifica, di volta in volta, a rappresentare la bussola per dirimere i conflitti tra fonti, non potendosi in alcun modo predeterminare la migliore attitudine di un testo a garantire i diritti dell’individuo.

E tale indefettibile opera di bilanciamento costituisce l’essenza del giudizio di costituzionalità, restando di fatto estranea all’attività interpretativa che lega, per il tramite del rinvio pregiudiziale, giudici comuni e Corte di Giustizia dell’Unione europea.

Pertanto, il Giudice delle leggi, più di ogni altro incline a raccogliere le spinte di una società civile in evoluzione in ogni campo (e, per ciò stesso, affamata di diritti) ed in grado di tradurle in tutela secondo raffinati bilanciamenti, non può certo restare ai margini dell’impianto *multilevel* di salvaguardia dei diritti.

D’altro canto, lo strumento, affidato al giudice comune, della disapplicazione della norma interna contrastante con diritti affermati nell’ordinamento UE e con la Carta dei diritti fondamentali, sicuramente sconvolge il sistema, per il risultato che esso realizza

³⁵ Così, Corte cost., sent. n. 58 del 2018, *Cons. dir.*, punto 3.1. Cfr. G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Questione giustizia*, 10 aprile 2018.

³⁶ Il riferimento è alle due ordinanze pronunciate dal *BVerfG* il 6 novembre 2019 (*BVerfG*, ordinanze del primo senato del 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13 e 1 BvR 276/17) in tema di diritto all’oblio su ricorsi individuali di costituzionalità.

³⁷ Enfatizza la portata innovativa delle pronunce in esame L.S. ROSSI, *Il ‘nuovo corso’ del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell’Unione*, in *federalismi.it*, 3/2020.

della diffusione del controllo sulla legge³⁸ e della permanenza in circolo di due norme contrastanti – quella unionale applicata (solo) nella fattispecie e quella interna non applicabile – fino all’eventuale eradicazione della seconda³⁹.

Il meccanismo, peraltro, smonta il metodo del controllo di legittimità, assegnando al giudice del caso concreto, che deve necessariamente muoversi nell’ambito circoscritto della controversia al suo esame, il compito di svolgere l’opera di bilanciamento.

Implementandosi da parte dei giudici comuni il ricorso alla disapplicazione della legge interna in contrasto con quella europea, diminuirebbero le occasioni di attivazione del sindacato di costituzionalità in via incidentale, con il rischio che l’ordinamento possa perdere occasioni per produrre una tutela “espansiva” – nel senso di *erga omnes*⁴⁰ – dei diritti, proprio nella materia cui si dirigono i contenuti più pregnanti della Carta nazionale.

4. Conclusioni

Il binomio primato-efficacia, interpretato secondo le direttrici tracciate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ha prodotto uno stravolgimento che investe non solo – e forse non tanto – la sostanza dei diritti fondamentali come inizialmente creduto, quanto soprattutto la struttura dei sistemi costituzionali esistenti, nei quali le tutele di quei diritti avevano trovato un loro, spesso sofferto, equilibrio.

Non può, infatti, dubitarsi che il Catalogo di Nizza, concepito per compendiare l’esistente nella materia, negli approdi della Corte lussemburghese sia progressivamente diventato la fonte costituzionalizzante dell’ordinamento sovranazionale, in una posizione prevalente rispetto alle Carte nazionali che, nel campo dei diritti fondamentali incidenti negli ambiti di competenza dell’Unione, sarebbero tenute a ritirarsi.

Può tuttavia dirsi che tale operazione non si è tradotta in un risultato palpabile di massimizzazione delle tutele che avrebbe compensato il sacrificio imposto al complesso democratico degli Stati partecipanti⁴¹.

Il connubio fra le forti antinomie che la Carta ha rivelato nella sua applicazione e l’eccessivo accentramento con cui la Corte di giustizia ha interpretato il suo ruolo ha generato insoddisfazione, traducendosi in atteggiamenti di diffidenza e, talvolta, di ostilità che, da un lato, si sono sostituiti agli entusiasmi con cui era stata salutata la Carta

³⁸ Cfr. A. BARBERA, *La carta dei diritti: per un dialogo tra la corte italiana e la corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 7 ss. e R. ROMBOLI, *Dalla diffusione all’accentramento: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, 2266 ss.

³⁹ Sull’applicazione diretta da parte dei giudici comuni della Costituzione, E. LAMARQUE, *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice: dalla nascita della Costituzione repubblicana agli sviluppi attuali*, in V. BARSOTTI (A CURA DI), *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 80, 102; F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicabilità della Costituzione*, Napoli, 2011; M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Bologna, 2009, 253-278.

⁴⁰ Corte cost., sentenza n. 20 del 2019, Cons. dir., punto 2.1.

⁴¹ In questa direzione muovono le riflessioni di J. H. H. WEILER, *Eurocracy and distrust*, in *Law Revue*, vol. 61, 1986, 1128, per il quale il dichiarato obiettivo di perseguire standard più elevati di tutela del diritto non significa nulla se non si tiene conto di quanta tutela venga assicurata agli interessi concorrenti.

e, dall'altro, non hanno giovato alla ricerca di un nuovo e complessivo equilibrio, necessario a riportare nei giusti binari l'interpretazione della creatura giuridica comune.

Il tema non è quello di una difficoltà di adattamento ad una concezione per così dire "intercostituzionale" dell'Unione, probabilmente necessaria alla realizzazione di un soggetto nuovo e complesso che già nel nome implica un desiderio di fusione ed una capacità di ciascun componente di rinuncia alla propria individualità.

In un ordinamento giuridico integrato (o, in un'accezione meno favorevole, in un "conglomerato di ordinamenti giuridici"⁴²) occorre che ciascun componente riconosca il valore giuridico dell'altro perché si possa realizzare una vera compenetrazione.

Non si può non esser consapevoli che un "diritto sconfinato", come viene anche definita la globalizzazione dei diritti, probabilmente rende inevitabile la globalizzazione delle tutele⁴³.

La Carta dei diritti fondamentali si sovrappone in gran parte al cuore pulsante delle Costituzioni che ciascun popolo ha saputo esprimere, come la Corte di giustizia si sovrappone in gran parte al ruolo di custodia che ciascun ordinamento aveva inteso affidare al proprio Giudice costituzionale.

Il problema non risiede, quindi, nel grado di protezione dei diritti assicurato a livello europeo, che, in molti casi, è pure superiore a quello garantito sul piano interno; la sovrabbondanza genera, piuttosto, perplessità in ordine alla qualità delle tutele.

Tanto perché, sebbene le formulazioni delle diverse Carte spesso risultino coincidenti, in vero il contenuto di ciascun diritto varia in ragione del suo inserimento in un apparato ordinamentale e valoriale in cui esso convive con altri diritti, parimenti degni di adeguata protezione, che al contempo ne esaltano e ne limitano la portata.

Non esiste, pertanto, come invece sembrerebbe presupporre la teoria del *maximum standard* a cui affannosamente paiono tendere le Corti europee, un diritto perfettamente tutelabile in una misura astrattamente maggiore o minore se avulso dal contesto in cui è collocato.

Proprio per tale ragione non può accettarsi un ruolo sussidiario delle Corti costituzionali nazionali, le quali, all'esito degli opportuni bilanciamenti, sono le sole a poter somministrare l'interpretazione integrata e non frammentaria dei diritti fondamentali.

⁴² L'espressione è di N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel "Commonwealth" europeo*, Bologna, 2003, 210, il quale, fra una concezione sovranista ed una comunitarista, sceglie la tesi del "pluralismo" per concepire la coesistenza dei diversi assetti fondamentali nei rapporti internazionali. Per l'A. la sovranità europea non può realizzarsi senza pluralismo e, dunque, un assetto «policentrico, polisistemico e multistatale», capace di accogliere una «pluralità di ordini normativi istituzionali, ciascuno dotato di una costituzione operante», in grado di includere «entro la propria sfera la legittimità di ogni altro ordine, pur nessuno di essi ammettendo e riconoscendo la sua superiorità costituzionale».

⁴³ In questa direzione, P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, n. 5/2002, 151; cfr. V. CARBONE, *Il giudice e la globalizzazione dei diritti e delle tutele*, in *Corriere giuridico*, 2010, 676 E G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità, rappresentanza, territori. Atti del XXXI Convegno annuale AIC*, Trento, 11-12 novembre 2016, Napoli, 2017.

A questo fine paiono allora rispondere le più recenti tendenze – ricondotte al filone della ‘nuova’ doppia pregiudizialità inaugurato, come noto, dalla sentenza n. 269 del 2017 – con cui il nostro Giudice delle leggi ha provato a recuperare il terreno perduto per collocarsi preferibilmente nella fase ascendente del procedimento interpretativo, in cui la ‘prima parola’ sulla configurazione di un diritto, garantito sia a livello costituzionale che a livello europeo, inevitabilmente incide sulle successive ed eventuali attività ermeneutiche.

L’evoluzione e la commistione dei sistemi di giustizia costituzionale, se davvero vuole essere una vera opportunità (e non un limite che conduce alla perdita di centralità degli organi preposti alla salvaguardia della *lex fundamentalis*), deve dispiegarsi nel senso che «il sindacato accentrato di costituzionalità non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo [...] ma con esso confluisce nella costruzione di tutele sempre più integrate»⁴⁴.

Per garantire l’effettivo funzionamento del sistema *multilevel* si deve allora riconoscere a ciascun attore coinvolto nella triangolazione della tutela dei diritti il proprio ruolo ed evitare talune delle tendenze distorsive sin qui emerse: il giudice comune, primo e decisivo interprete nella tutela dei diritti fondamentali, è chiamato a “resistere” al forte fascino⁴⁵ che esercita il potere della non applicazione della norma interna confliggente con il diritto europeo; le Corti europee, dal canto loro, dovranno tener conto, nel delimitare i confini dei campi applicativi dei Cataloghi sovrastatali, delle tradizioni costituzionali comuni, senza sminuire il ruolo dei Tribunali costituzionali nazionali; le Corti costituzionali, invece, sono tenute ad esercitare il proprio sindacato rinunciando a brandire⁴⁶ il canone dell’identità nazionale per attivare il confronto dialettico con le Corti sovranazionali.

Le tradizioni costituzionali non sono, infatti, reliquie da custodire o esibire. Devono sì esser difese, ma prima alimentate per restar vive. E tale attività, continuativa e sistemica, costituisce l’*ethos* della giustizia costituzionale.

Del resto, è innegabile che il dialogo porti i suoi frutti e che senza di esso le Carte siano destinate a rimaner mute. I diritti non devono essere solo tutelati nelle sedi dei contrasti, ma prima colti ed accuditi secondo le sensibilità politiche che le collettività devono poter orientare.

E se la primazia del diritto dell’Unione rappresenta «l’architrave su cui poggia la comunità di corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi», sono «solo le Corti costituzionali ad esser capaci di orientarsi [...] nel labirinto rappresentato

⁴⁴ Così Corte cost., sent. n. 67 del 2022.

⁴⁵ R. G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s’ha da fare o no?*, in *giustiziainsieme.it*, 4 marzo 2019 icasticamente parla di «innamoramento» del giudice comune per la Corte di Giustizia dell’UE.

⁴⁶ Sul differente ‘utilizzo’ della nozione di identità nazionale da parte delle Corti costituzionali degli Stati membri, nonché sulla sua ambiguità strutturale, si interroga diffusamente P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU – A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, n. 7/2017, 1617 ss.; negli stessi termini, T. KONSTADINIDES, *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement*, in *Cambridge Yearbook Eur. Leg. Stud.*, 2012, 196 ss.

dall'intersezione fra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Convenzione (ed altre carte internazionali)»⁴⁷.

Tanto nella consapevolezza di dover comporre, nel metodo e nel merito, una pagina nuova che esprima aperture vere più che inutili recinti, circolarità ed interscambio più che regole di prevalenza; in un'espressione, contaminazione dei diritti e delle tutele.

⁴⁷ Così, A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 13.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

IL MODELLO ACCENTRATO ITALIANO NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA SULLA DOPPIA PREGIUDIZIALE

ILARIA DE CESARE

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi al modello di giustizia costituzionale italiano. – 2. Dalla *regola Granital* alla *regola Nizza*: la doppia pregiudiziale nella recente giurisprudenza costituzionale. – 2.1. Dalla diffusione al riaccentramento? – 3. Una comune “tendenza europea”. Spunti in chiave comparata. – 4. Brevi osservazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi al modello di giustizia costituzionale italiano

Nonostante le suggestioni esercitate da recenti correnti di pensiero¹, la giustizia costituzionale² rimane una funzione irrinunciabile per quasi tutti gli ordinamenti giuridici contemporanei³ ed è offerta attraverso “modelli” che generalmente affidano ad uno

¹ Sul costituzionalismo popolare e sul costituzionalismo politico v. O. CHESSA, *I giudici del diritto*, Milano, 2014, 201 ss.

² Rientrano nelle attività dei sistemi di giustizia costituzionale: i giudizi di costituzionalità delle leggi (o più in generale delle fonti primarie), i giudizi a tutela delle libertà e dei diritti fondamentali; nonché i giudizi sulle altre funzioni esercitate dagli organi costituzionali, come nel caso dei conflitti tra organi dello Stato (o tra enti) e dei giudizi di accusa. Cfr. G. LA GRECA, *Corte costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV, Torino, 1989, 205-206.

³ Sugli ordinamenti europei che ne sono privi F. ROSA, *I Paesi senza controllo di costituzionalità delle leggi*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, 393 ss.

specifico organo giurisdizionale⁴ - la Corte (o Tribunale) costituzionale⁵ - il compito di esercitarla⁶.

Con particolare riferimento al controllo di costituzionalità delle leggi, da cui origina la stessa necessità di giustizia costituzionale⁷, è noto come il sistema italiano sia tradizionalmente ascrivito al novero dei modelli “misti” europei, per la presenza tanto di elementi tipici del modello accentratore kelseniano quanto di elementi tipici del modello diffuso statunitense⁸. A tal proposito, deve brevemente ricordarsi che, mentre l’art. 134 Cost. attribuisce questa competenza alla Corte costituzionale, è solo con l’adozione della l. Cost. n. 1/1948, art. 1, che l’Assemblea costituente ha scelto di introdurre un sindacato accentratore «ad iniziativa diffusa»⁹ (sebbene la Costituzione preveda anche la possibilità di azionare il giudizio di costituzionalità delle leggi in via diretta, dallo Stato o dalle Regioni). Ed infatti, se si volge lo sguardo al dibattito costituente, si nota che, sin dai lavori della Commissione per la Costituzione, venne prospettata da più parti, pur con alcune differenze, la necessità di creare una “Suprema Corte costituzionale” alla quale affidare il compito di giudicare della costituzionalità delle leggi¹⁰. Tra le diverse ragioni di opposizione all’introduzione di un controllo di costituzionalità diffuso spicca il prospettato timore che le giurisdizioni ordinaria e amministrativa, nate in epoca precedente, non fossero idonee ad assicurare l’applicazione dei nuovi principi espressi

⁴ Esistono anche sistemi nei quali il controllo è affidato a un organo politico, come il *Conseil constitutionnel* francese, il cui funzionamento però si è nel tempo evoluto divenendo molto più simile a quello degli organi tipicamente giurisdizionali. Sul modello francese, nonché sui due modelli “puri” di giustizia costituzionale, quello statunitense del *judicial review of legislation* e quello austriaco della *verfassungsgerichtsbarkeit*, di cui alla Costituzione del 1920, *ex multis*, A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale (dir. comp.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, 2007, 671 ss.

⁵ Come noto la nascita, in Europa, dei sistemi di giustizia costituzionale affidati ad uno specifico organo giurisdizionale, fu al centro di un intenso dibattito tra Hans Kelsen, secondo cui il compito di verificare la compatibilità delle leggi rispetto alla Costituzione doveva essere affidato ad un tribunale *ad hoc*, e Carl Schmitt, secondo cui il medesimo compito doveva invece essere affidato ad un organo politico - in particolare, al Presidente del *Reich*. Per approfondimenti si rinvia, rispettivamente, alla raccolta dei saggi in tema di giustizia costituzionale H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, trad. it. di C. Geraci, Milano, 1981; e all’opera di C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* [1931], trad. it. di A. Caracciolo, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981.

⁶ Sul punto ampiamente G. ZAGREBELSKY, V. MERCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, Bologna, 2018.

⁷ Così A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale*, cit., 670. Evidenza G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 321, che il nucleo odierno della giustizia costituzionale, nel senso di «risoluzione giudiziaria secondo norme giuridiche costituzionali positive delle più alte controversie politiche», è da ricercarsi proprio nella garanzia rispetto all’esercizio del potere legislativo e, dunque, rispetto alle leggi incostituzionali.

⁸ G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2020, 10 ss. La commistione tra elementi tipici dei due modelli spinge la dottrina a parlare, con riferimento al sistema italiano, anche di un fenomeno di “ibridazione”. Cfr. L. CALIFANO, *Il giudizio di legittimità delle leggi e la garanzia dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Coste costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, 114.

⁹ M. D’AMICO-F. BIONDI, *Art. 134, 1° alinea*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Milano, 2006, 2565.

¹⁰ Voce differente quella dell’on. Luigi Einaudi, unico a promuovere, durante il dibattito in seduta plenaria, l’introduzione di un modello assimilabile al *judicial review* statunitense. Per una compiuta ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente, *ex multis*, A. PIZZORUSSO, *Art. 134 – Garanzie costituzionali*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali, Art. 134-139*, Bologna-Roma, 1983, 67 ss.

dalla Costituzione repubblicana¹¹. Tali preoccupazioni non hanno impedito, però, che per una breve fase - quella intercorsa tra l'entrata in vigore della Costituzione e l'effettivo funzionamento della Corte costituzionale - le questioni di costituzionalità delle leggi fossero risolte attraverso un sindacato diffuso, affidato ai giudici comuni ai sensi della VII disp. trans. e fin. Cost.¹².

Ad ogni modo, ad eccezione di questo periodo, il sistema di giustizia costituzionale italiano ha funzionato sin dal suo avvio attraverso un sindacato di legittimità accentrato, sebbene contraddistinto da un accesso “diffuso”. Nonostante tali strutturali caratteristiche, in un passato non molto lontano la posizione assunta dalla Corte costituzionale - tanto sul rapporto tra ordinamento interno ed europeo, quanto sulla necessità, per il giudice comune, di esperire il cd. “tentativo di interpretazione conforme a Costituzione” per poter sollevare questione di legittimità costituzionale - ha indotto numerosi studiosi a chiedersi se fosse avvenuta, *de iure condendo*, un'evoluzione del giudizio di costituzionalità verso un modello più simile al *judicial review of legislation* statunitense¹³. Negli studi recenti, però, ove si tende a identificare l'inizio di una nuova «stagione» giurisprudenziale¹⁴, questi interrogativi hanno ceduto il passo ad una diversa prospettiva, volta a evidenziare l'emersione di un fenomeno definito «(ri)accentramento» del giudizio di costituzionalità delle leggi in capo alla Corte costituzionale¹⁵.

Partendo, dunque, da tali suggestioni, nelle pagine che seguono si è scelto di riflettere sul modello di giustizia costituzionale italiano analizzando l'evoluzione segnata dalla più recente giurisprudenza sul rapporto tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione Europea (d'ora in poi CGUE) in tema di doppia pregiudizialità¹⁶. I problemi

¹¹ A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 21; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, 881.

¹² Su cui M. D'AMICO, F. BIONDI, *Art. 134*, cit., 2567-2568. Sulla sperimentazione del sindacato diffuso anche S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, 2018, 85-86.

¹³ A questo tema sono dedicati i contributi raccolti nel volume E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Atti del Seminario di Pisa, 25-26 maggio 2001, Torino, 2002, 379-382; nonché B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Atti del Convegno di Roma, Facoltà di Scienze Politiche, Sociologia, Comunicazione, 11 luglio 2011, Napoli, 2012. Una riflessione sul sindacato accentrato è stata di recente sviluppata in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Napoli, 2013. Sull'aumento del potere dei giudici rispetto all'attuazione diretta della Costituzione anche M. D'AMICO, F. BIONDI, *Art. 134*, cit., 2570.

¹⁴ Cfr. R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 2018, 2226; nonché D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 11 ss.

¹⁵ Non essendo possibile indicare tutti i contributi offerti allo studio del fenomeno, ci si limita per ora a richiamare G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa, Pisa, 25 ottobre 2019, Napoli, 2020; nonché B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, 2021.

¹⁶ Per completezza deve segnalarsi che anche il cd. “Caso Taricco”, da cui la concreta possibilità di attivazione dei controlli, viene ritenuto un elemento che partecipa al “riaccentramento” del sindacato di costituzionalità, tanto che la stessa sent. 269/2017 Corte cost. - della quale si tratterà diffusamente nel prosieguo - può ritenersi sua diretta conseguenza. Cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in *federalismi.it*, 2019, 8.

aperti dal nuovo corso interpretativo, che coinvolge direttamente la tutela dei diritti fondamentali previsti in Costituzione, rappresentano invero un eccezionale angolo prospettico dal quale osservare l'attuale funzionamento del sistema italiano e le sue possibili evoluzioni, ma anche per volgere lo sguardo al passato e tentare una valutazione complessiva dei cambiamenti che, sulla spinta del processo di integrazione europea, sono occorsi al sindacato di costituzionalità. Ci si interrogherà, dunque, sulla possibilità di ritenere le oscillazioni giurisprudenziali sul rapporto con la CGUE come concrete manifestazioni delle diverse modalità di funzionamento del sindacato accentrato, sulle ragioni che hanno influenzato la giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudiziale, nonché sulla strada da percorrere per risolvere i problemi aperti dal nuovo corso interpretativo.

2. Dalla regola Granital alla regola Nizza: la doppia pregiudiziale nella recente giurisprudenza costituzionale

Come noto, con l'elaborazione della *regola Granital* - sentenza n. 170/1984 - la Corte costituzionale ha riconosciuto in capo ai giudici comuni, nei casi di incompatibilità tra norma interna e norma europea dotata di diretta applicabilità o di effetto diretto, il dovere di non applicare la norma interna e di applicare quella europea. Al giudice comune è riconosciuta la possibilità di adire la Corte costituzionale solo nel caso in cui la norma europea direttamente efficace violi i «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana»¹⁷ (la dottrina dei *controlimiti*) ovvero nelle ipotesi di contrasto tra norma interna e norma europea non *self-executing*.

Questa soluzione è stata letta come un'apertura della Corte costituzionale a favore di una forma di “diffusione” del giudizio di costituzionalità sulle leggi¹⁸, in quanto affida al giudice comune il compito di verificare la compatibilità della norma interna con quella europea, quando quest'ultima produce direttamente effetti giuridici nell'ordinamento interno. Una lettura rinsaldata dalla posizione assunta dal Giudice delle leggi pochi anni dopo il “caso Granital”, con l'ord. n. 536/1995, in cui la Corte ha negato esplicitamente di poter essere qualificata come «giudice nazionale» ai sensi dell'art. 177 Trattato CEE (ora art. 267 TFUE), poiché organo di garanzia costituzionale non pienamente giurisdizionale. La Corte costituzionale, dunque, a fronte di un dubbio interpretativo sul diritto europeo, ha rinunciato alla possibilità di porre una *preliminary ruling* alla CGUE, favorendo invece una più stretta interazione tra quest'ultima e il giudice comune¹⁹.

¹⁷ Par. 7 *considerato in diritto*, Corte cost. n. 170/1984.

¹⁸ Parla di «rinuncia all'accentramento dei giudizi in materia con ampio decentramento» S. BARTOLE, *Giustizia costituzionale (linee evolutive)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, Milano, 2014, 506. Per A. RUGGERI, *Le fonti eurounitarie e le fonti nazionali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI (a cura di), Torino, 2019, 316, tale soluzione ha «spianato la via all'affermazione di un *sindacato diffuso di costituzionalità*» in ragione del fatto che il giudice comune, nel valutare se una norma interna contrasta con il diritto eurounitario competente, valuta se sussiste una violazione (indiretta) dell'art. 11 Cost.

¹⁹ E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI (a cura di), *Giustizia costituzionale*, Torino, 2021, 387-388.

Molto però è cambiato nella giurisprudenza costituzionale. Anzitutto, nella sentenza n. 102/2008 la Corte costituzionale ha riconosciuto, in un giudizio di costituzionalità in via principale, che «questa Corte, pur nella sua peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale, ha natura di giudice [...] la nozione di «giurisdizione nazionale» rilevante ai fini dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale deve essere desunta dall'ordinamento comunitario e non dalla qualificazione “interna” dell'organo rimettente. Non v'è dubbio che la Corte costituzionale italiana possiede requisiti individuati a tal fine dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE per attribuire tale qualificazione»²⁰. Da ciò la possibilità di effettuare rinvio pregiudiziale alla CGUE in caso di ricorso in via principale. Tale orientamento è stato successivamente esteso anche alle ipotesi in cui il giudizio di costituzionalità è attivato tramite ricorso in via incidentale²¹.

A questa apertura al “dialogo”²² con la CGUE ha fatto seguito la recente sentenza n. 269/2017²³, in cui la Corte costituzionale ha *precisato*²⁴ che se il giudice comune si trova al cospetto di una norma interna che viola contemporaneamente un diritto costituzionale e un diritto tutelato dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (d'ora in poi CDFUE o Carta di Nizza), i cui principi e diritti «intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)»²⁵, invece di effettuare preliminarmente rinvio pregiudiziale alla CGUE, deve sollevare questione di legittimità costituzionale. La ragione di questa soluzione è formulata dalla stessa Corte costituzionale, per la quale «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte [...]. La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex art. 11 e 117 Cost.) secondo l'ordine di volta in volta appropriato»²⁶, salva comunque l'esperibilità della *preliminary ruling*.

L'orientamento espresso nel 2017 sui casi di doppia pregiudizialità è stato oggetto di ulteriori “precisazioni” in una serie di quattro decisioni del 2019²⁷, nelle quali la prevalenza del ricorso alla Corte costituzionale non è stata però più tratteggiata in termini di *dovere* ma di *possibilità*. Tra queste, particolarmente rilevante per l'analisi proposta appare la sentenza n. 20/2019 Corte cost., in cui il Giudice delle leggi ha chiarito che il rinvio è possibile anche nel caso in cui il giudice *a quo* evochi principi contenuti in una direttiva europea, purché dotati di «singolare connessione» con la CDFUE²⁸. Nei casi di

²⁰ Par. 8.2.8.3 *considerato in diritto*, sent. n. 102/2008 Corte cost.

²¹ Ord. n. 207/2013 Corte cost.

²² Secondo una ricorrente espressione invalsa tra gli studiosi che, però, non raccoglie unanime adesione. In senso critico, *ex multis*, R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, in C. CARUSO-F. MEDICO-A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020, 16.

²³ Impossibile ricostruire in queste poche battute le numerose questioni lasciate aperte da tale arresto, su cui i numerosissimi contributi offerti dalla dottrina. Ci si limita pertanto a richiamare C. CARUSO-F. MEDICO-A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?*, cit.

²⁴ «Precisazione» è il termine che impiega la Corte costituzionale per introdurre il nuovo orientamento, par. 5.2., *considerato in diritto*, sent. n. 269/2017 Corte cost.

²⁵ Par. 5.2. *considerato in diritto*, sent. n. 269/2017 Corte cost.

²⁶ Par. 5.2. *considerato in diritto*, sent. n. 269/2017 Corte cost.

²⁷ Sent. nn. 20, 63, 112 e ord. n. 117 del 2019 Corte cost.

²⁸ Par. 2.1. *considerato in diritto*, sent. n. 20/2019 Corte cost.

doppia pregiudizialità, dunque, ciò che dovrebbe rilevare è la natura costituzionale della questione, non l’efficacia delle previsioni censurate²⁹. Il giudice comune, pertanto, anche in presenza di norme *self-executing* di diritto derivato, potrà ricorrere preliminarmente alla Corte costituzionale, sempre che si tratti di norme europee strettamente connesse con i diritti contenuti nella Carta di Nizza.

La sentenza n. 269/2017 e le successive decisioni del 2019 hanno contribuito ad elaborare quella che qui si definisce *regola Nizza*, aprendo però nuovi interrogativi che sollecitano alcune riflessioni. Tra questi anzitutto occorre menzionare il caso della cd. *doppia pregiudiziale contemporanea*. È accaduto, infatti, che il giudice comune, non avendo alcun obbligo di ricorso esclusivo all’una o all’altra Corte, abbia deciso di ricorrere contemporaneamente ad entrambe³⁰, quasi tentando in questo modo di riassegnare alla Corte costituzionale, nei confronti del diritto europeo, quel ruolo passivo di cui oramai sembrerebbe essersi liberata³¹.

Inoltre, la coesistenza della regola Granital con la regola Nizza, inoltre, rende quest’ultima eludibile: l’attuale stato di sviluppo della regola Nizza presta il fianco a pratiche che potrebbero condurre alla riespansione dei momenti di diffusione del sindacato di costituzionalità. Un pericolo che sembrerebbe essersi concretizzato nel giudizio concluso con la sentenza n. 67/2022, in cui la Corte costituzionale, pur a fronte di una questione avente ad oggetto norme europee di diritto derivato strettamente connesse alla CDFUE, ha applicato il tradizionale meccanismo Granital e dichiarato le questioni inammissibili per difetto di rilevanza, sottolineando proprio in apertura della motivazione come il giudice *a quo* non avesse invocato alcuna violazione della CDFUE³².

Infine, nessuna indicazione è stata offerta al giudice comune sulla regola da seguire qualora si trovi al cospetto di un dubbio di legittimità costituzionale su una norma interna, che presenta dei profili di incompatibilità anche con norme della CDFUE ritenute *self-executing* dalla CGUE³³. In queste ipotesi il giudice comune ben potrebbe ritenere di dover dar seguito alla regola Granital e non alla regola Nizza, la quale diventerebbe così residuale, trovando applicazione solo nei casi in cui le norme europee a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali non abbiano efficacia diretta³⁴.

²⁹ Per S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019, 651 ss., dietro il nuovo corso giurisprudenziale si cela l’idea che le norme della Carta di Nizza sfuggano completamente alla dicotomia *self-executing*-non *self-executing* in quanto a presidio dei diritti fondamentali.

³⁰ Si tratta del rinvio effettuato dalla Corte di Appello di Napoli, con due ordinanze del 18 settembre 2019, alla Corte costituzionale e alla CGUE, cui hanno fatto seguito l’ordinanza del 4 giugno 2020 CGUE e sent. n. 254/2020 Corte cost.

³¹ S. LEONE, *Doppia pregiudizialità: i rischi di un dialogo senza ordine*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 184.

³² Sulla necessità di una esplicita invocazione della CDFUE cfr. A. RUGGERI, *Alla Cassazione resia a far luogo all’applicazione diretta del diritto euorunitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*, in *Consulta Online*, 2022, 361 ss.; A. O. COZZI, *Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano. Note a Corte cost. n. 67 del 2022, ibidem*, 417.

³³ Su cui G. PARODI, *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e primato del giudizio costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2022, 143 ss.

³⁴ Per F. DONATI, *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccentramento*, cit., 16 ss., il giudice *a quo* potrebbe, in concreto, applicare entrambe le regole adottando un provvedimento interinale che

2.1. Dalla diffusione al riaccentramento?

Per poter formulare una qualche ipotesi di soluzione rispetto alle problematiche appena illustrate, sembra utile anzitutto tornare a riflettere sul modello italiano di sindacato di costituzionalità delle leggi. Occorre chiedersi, invero, se l'accesso diffuso scelto nel 1948, legato all'incidentalità del ricorso, abbia rappresentato la breccia attraverso cui la regola Granital ha potuto causare una trasformazione - seppur parziale o momentanea - del sistema verso un modello diffuso, cui si è tentato di rimediare con la giurisprudenza più recente sulla CDFUE; ovvero se non siano possibili oscillazioni nel posizionamento della Corte costituzionale, che però non intaccano l'accentramento tipico del giudizio di costituzionalità delle leggi³⁵. La preferenza per l'una o l'altra soluzione, infatti, può incidere sulla applicazione dell'una o dell'altra regola.

A tal proposito particolarmente pregnanti risultano le osservazioni di chi sottolinea come occorra distinguere tra (l'interpretazione e) l'attuazione diffusa della Costituzione e il controllo di costituzionalità delle leggi³⁶, rimedio che resta saldamente nelle mani della Corte costituzionale, anche a fronte della possibilità per il giudice comune di non applicare la norma interna incompatibile con il diritto europeo. Ed invero la "non applicazione" va tenuta distinta dalla "disapplicazione": mentre quest'ultima comporta un giudizio circa la validità dell'atto normativo, la non applicazione riguarda il riparto di competenze ordinamento interno-ordinamento europeo, tanto che la stessa norma resterà in vita e potrà trovare applicazione tutte le volte in cui, nel caso concreto, non venga in rilievo la competenza europea³⁷.

riconosca al singolo il diritto garantito dalla CDFUE dotato di effetto diretto e, al contempo, sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte, che a sua volta potrebbe così adottare un provvedimento che elimini con effetti *erga omnes* la norma interna lesiva di un diritto costituzionalmente rilevante.

³⁵ Già S. STAIANO, *Intervento*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi*, cit., 652, individuava come «connotato saliente del sistema» quello della adattabilità del modello, tra accentramento e diffusione, secondo un equilibrio di volta in volta stabilito dalla stessa Corte costituzionale. Più di recente ID., *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccentramento*, cit., 169-170, in cui l'Autore sottolinea come nessuno dei due poli del sistema misto riesca a prevalere, anche solo transitoriamente, sull'altro.

³⁶ Distingue tra un fenomeno di diffusione del giudizio di costituzionalità e una diffusione nell'attuazione della Costituzione A. ANZON, "*Diffusione*" del controllo di costituzionalità o "*diffusione*" del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione?, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi*, cit., pp. 379-382. Sul potere di interpretare la Costituzione e sul ruolo del giudice comune rispetto al giudizio di costituzionalità della legge, sebbene nel senso di delineare un sindacato diffuso, S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale*, cit., 71-75.

³⁷ Sul punto R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2022, 450. Sottolinea la differenza tra i due istituti Corte cost. n. 168/1991, par. 4 *considerato in diritto*, affermando che «tale principio, desumibile dal Trattato istitutivo della Comunità europea (per il tramite della sua legge di esecuzione), è coerente con l'art. 11 Cost. che riconosce la possibilità di limitazioni alla sovranità statale, quale può qualificarsi l'effetto di "non applicazione" della legge nazionale (piuttosto che di "disapplicazione" che evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti). Parla, invece, di un controllo di costituzionalità delle leggi «realmente divenuto parzialmente diffuso» A. I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema "accentrato"* cit., 100-101.

Se la giurisprudenza costituzionale sulla non applicazione ha contribuito ad immettere nel sindacato accentrato forti elementi di diffusione³⁸ e se una eccessiva mancata attivazione dell'incidente di costituzionalità da parte dei giudici comuni ingenera un rischio concreto di inaridimento di tale canale³⁹, al contempo è la stessa Corte costituzionale ad aver recentemente ricordato che «va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale *a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)*»⁴⁰. Proseguendo, dunque, nell'operazione attuata a partire dalla sentenza n. 269/2017, volta a contenere una possibile eccessiva espansione dei *momenti* di diffusione⁴¹, il Giudice delle leggi ha ribadito che il sistema di giustizia costituzionale italiano è *strutturalmente* accentrato⁴², peraltro, come osservato in dottrina, per ragioni di «necessità teorica» oltre che storiche⁴³.

Deve ritenersi, allora, che la stagione caratterizzata da un incremento dei momenti di diffusione, reso possibile dai poteri interpretativi dei giudici comuni, non ha innescato (non avrebbe potuto) una trasformazione del sindacato di costituzionalità, piuttosto questa ha prodotto l'elaborazione di un meccanismo necessario a garantire il corretto funzionamento del sistema di giustizia costituzionale⁴⁴, alla luce di quello che era l'ambito di espansione della competenza europea nel momento in cui è stata formulata la regola Granital.

Un meccanismo che, con i recenti arresti sulla doppia pregiudiziale, non è stato accantonato, ma affiancato da una soluzione alternativa, a sua volta resa necessaria dalla progressiva espansione delle competenze europee verso la tutela dei diritti costituzionali

³⁸ In quanto giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 TCE (ora art. 267 TFUE) il giudice comune effettua, *rispetto all'ordinamento europeo*, un controllo diffuso della legalità eurounitaria. Lo stesso però non può dirsi rispetto all'ordinamento interno dove, come visto, non solo sono fatti salvi i controlimiti (principi supremi e diritti fondamentali), ma resta necessario l'intervento della Corte costituzionale quando il giudice comune è al cospetto di una norma europea non *self-executing*.

³⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *federalismi.it*, 2007, 9, con riferimento all'interpretazione conforme a costituzione da parte dei giudici comuni. Più avanti l'Autore sviluppa, peraltro, alcune riflessioni anche con riguardo all'interpretazione conforme al diritto europeo, invitando ad ancora maggiore prudenza.

⁴⁰ Par. 2.1. *considerato in diritto*, sent. n. 20/2019 Corte cost. (enfasi aggiunta). Sul potere della Corte costituzionale quale unico giudice nella posizione di espungere con effetti *erga omnes* dall'ordinamento le norme lesive dei diritti fondamentali v. M. CARTABIA, E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, 808.

⁴¹ Cfr. M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema "accentrato"*, cit., 63-64, per il quale il riconosciuto potere di disapplicazione (*rectius* non applicazione) del diritto interno contrario al diritto europeo ha determinato un mutamento nel ruolo stesso del giudice comune, spingendo in avanti il suo potere di interpretare le norme di legge conformemente a Costituzione.

⁴² Parla di «monopolio del *judicial review* delle leggi che la Costituzione attribuisce alla Corte costituzionale» R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 2018, 641 e 648.

⁴³ M. LUCIANI, *Rilevanza e seguito delle decisioni*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi*, cit., 743, nell'attribuire alla Corte costituzionale il ruolo di organo a chiusura del sistema. In questo senso, di recente, G. SCACCIA, *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 2022, spec. 158.

⁴⁴ Cfr., con riferimento all'interpretazione conforme, G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale*, cit., 33.

e dalla conseguente compenetrazione tra le diverse Carte sui diritti fondamentali. In questo senso, d'altronde, si è espressa la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2017, ove viene chiarito come la «precisazione» sulla doppia pregiudiziale sia stata resa necessaria dai cambiamenti intervenuti nell'ordinamento europeo, allorché il Trattato di Lisbona ha riconosciuto alla CDFUE lo stesso valore dei Trattati istitutivi dell'Unione⁴⁵. La natura «tipicamente costituzionale» della Carta non poteva certo lasciare indifferente la Corte costituzionale⁴⁶.

La tutela dei diritti è, invero, un ambito che sollecita le ragioni stesse della genesi della giustizia costituzionale in Europa⁴⁷. Nata in risposta all'avvertita necessità di introdurre un meccanismo di controllo di costituzionalità delle leggi diverso da quello americano⁴⁸, la giustizia costituzionale europea instaura uno stringente legame con la funzione delle Corti quali custodi della Costituzione moderna, nata - come emblematicamente sancito dall'art. 16 della *deklaratiòn des droits de l'homme et du citoyen* - per tutelare gli individui dalle prevaricazioni del potere attraverso la garanzia dei diritti (e la separazione dei poteri)⁴⁹. Se la necessità di controllare la costituzionalità delle leggi si pone alle origini della giustizia costituzionale, a garanzia della Costituzione quale norma giuridica sovraordinata a qualsiasi altra⁵⁰, nei sistemi come quello italiano, dove i diritti sono riconosciuti in una Costituzione rigida ma la cui tutela non rientra in una specifica competenza della Corte costituzionale⁵¹, tale funzione è assicurata dal

⁴⁵ Par. 5.2. *considerato in diritto*. Per A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269/2017)*, in *Rivista di Diritto Comparato.*, 2017, 238 si è al cospetto di un «vero e proprio sostanziale aggiustamento del suo precedente indirizzo».

⁴⁶ Per A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, 16, «solo le Corti costituzionali sono in grado di orientarsi [...] nel labirinto rappresentato dall'intersezione fra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Convenzione (e altre carte internazionali)». Sul punto anche M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche*, cit., 15.

⁴⁷ Evidenzia questo aspetto già in riferimento al modello di giustizia costituzionale austriaco del 1920, M. OLIVETTI, *La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, cit., 37-38. Sul punto, diffusamente, M. CARTABIA, *La Corte costituzionale nella nuova età dei diritti*, in *il Mulino. Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 2013, 364 ss.

⁴⁸ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale*, cit., 673 e ss.

⁴⁹ Sulla portata dell'art. 16 della *Declaratiòn des droits* francese si veda Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, 101 ss.

⁵⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 321 ss., riconosce nella nascita della Costituzione moderna, intesa quale norma giuridica, costitutiva e regolatrice della vita politica e capace di conformare l'ordinamento e il suo dispiegarsi, frutto delle rivoluzioni americana e francese di fine Settecento, una delle due condizioni necessarie affinché si sviluppi una giustizia costituzionale, tanto da individuare tra le due un «indubitabile nesso di derivazione logica». Questi profili sono sviluppati anche in G. ZAGREBELSKY-V. MERCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 21 ss.

⁵¹ La tutela dei diritti da parte dei sistemi di giustizia costituzionale, attuabile direttamente dall'individuo, è avvertita come necessaria da M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano, 1955, *passim*, spec. 15, il quale riconosce nell'effettività dei diritti dell'uomo di fronte ai pubblici poteri la «meta di ogni ordinamento giuridico moderno».

giudizio di costituzionalità della legge⁵² in ragione della necessaria derivazione che si instaura tra il giudizio azionato in via incidentale e il “caso” dal quale origina⁵³.

Nella giurisprudenza sulla doppia pregiudiziale la Corte costituzionale tenta allora di fugare qualsiasi dubbio sulla sua competenza rispetto alle questioni che coinvolgono i diritti fondamentali⁵⁴, offrendo una risposta che suona come una rassicurazione ai timori, dovuti anche alla trasformazione del rinvio pregiudiziale in una sorta di «controllo di comunitarietà della legge nazionale»⁵⁵, sui pericoli connessi ad una progressiva erosione del suo ruolo di custode dei diritti⁵⁶.

3. Una comune “tendenza europea”. Spunti in chiave comparata

Che la recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di doppia pregiudiziale sia il frutto delle evoluzioni che hanno riguardato l’espansione delle competenze europee nell’ambito della tutela dei diritti è osservazione che appare suffragata anche da un’analisi più ampia, che coinvolge altri sistemi europei di giustizia costituzionale. Ed invero, ad uno sguardo d’insieme, emerge la comune tendenza dei diversi giudici costituzionali a riaffermarsi quali custodi dei diritti, anche attraverso la costruzione di un nuovo rapporto con la CGUE⁵⁷.

Per molto tempo, infatti, rifiutandosi di usare il meccanismo della *preliminary ruling*, le Corti e i Tribunali costituzionali europei - al pari della Corte italiana - si sono mantenuti fuori dal dialogo con la CGUE, delegandolo ai giudici comuni. Tale atteggiamento ha iniziato a mutare proprio in concomitanza con l’adozione del Trattato di Lisbona⁵⁸. A fronte dell’espansione dell’UE verso la tutela dei diritti, i giudici costituzionali europei non potevano continuare ad accontentarsi di rimanere all’esterno del circuito giurisdizionale eurounitario⁵⁹, soprattutto a fronte del concreto rischio

⁵² M. CARTABIA, *La Corte costituzionale*, cit., 365.

⁵³ Cfr. L. CALIFANO, *Il giudizio di legittimità*, cit., 113.

⁵⁴ S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta “opportuna” della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2019, 7; nonché, diffusamente, D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 184 ss.

⁵⁵ R. ROMBOLI, *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, in G. CAMPANELLI-G. FAMIGLIETTI-R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato”* cit., 21; ID., *Dalla diffusione all’accentramento*, cit., 2226.

⁵⁶ Come aveva già prospettato A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 9 ss.

⁵⁷ Si pensi alla recente giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca su cui L.S. ROSSI, *Il “nuovo corso” del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell’Unione*, in *federalismi.it*, 2020.

⁵⁸ M. DICOSOLA, C. FASONE, I. SPIGNO, *Foreword: Constitutional Courts in European Legal System After the Treaty of Lisbon and the Euro-Crisis*, in *German Law Journal*, 2015, 1321-1323, a cui le Autrici affiancano anche le conseguenze della crisi economica (oltre che l’espansione dell’UE verso gli Stati dell’Est Europa). In questo senso anche R. BIFULCO, D. TEGA, *Il divenire costituzionale europeo tra isole della ragione e waves giurisprudenziali*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 199 ss.

⁵⁹ Sul punto M. CLAES, *Luxembourg, Here we come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, in *German Law Journal*, 2015, 1332-1333. Nonostante ciò, M. DICOSOLA, C. FASONE, I. SPIGNO, *Foreword: Constitutional Courts*, cit., 1318, evidenziano anzitutto come solo 9 delle 18 Corti costituzionali (nel senso descritto in apertura del presente lavoro) fino a quel momento avevano fatto ricorso alla *preliminary ruling*, aprendosi al dialogo con la CGUE.

dell’insorgenza di doppie pregiudiziali aventi ad oggetto lesioni di diritti fondamentali tutelati non solo dalla CDFUE, ma anche dalle Costituzioni nazionali.

In questo quadro, la questione della doppia pregiudiziale è stata ben presto portata all’attenzione della stessa CGUE. L’occasione è stata offerta dall’introduzione nell’ordinamento giuridico francese, nel 2008, della *question prioritaire de constitutionnalité*, con la quale si è imposto al giudice comune di decidere prioritariamente se trasmettere la questione di costituzionalità al *Conseil constitutionnel*, qualora questa riguardi la compatibilità di una legge interna tanto rispetto ai vincoli europei quanto rispetto ai diritti costituzionali⁶⁰. Dal rinvio effettuato dalla Corte di Cassazione francese deriva la posizione assunta dalla CGUE nel decidere i casi *Melki e Abdeli*⁶¹: l’incidente di costituzionalità può essere azionato prioritariamente dal giudice comune, qualora si trovi di fronte ad un caso di doppia pregiudizialità, purché non gli sia impedito di procedere, in qualsiasi momento, a rinvio pregiudiziale alla CGUE; di garantire la tutela giurisdizionale dei diritti disposti dall’ordinamento europeo; di disapplicare, al termine del giudizio costituzionale, la norma nazionale che abbia superato il vaglio di costituzionalità⁶². Una questione di doppia pregiudizialità, dunque, può essere risolta in favore di un prioritario ricorso alle Corti costituzionali nazionali, senza che per ciò solo possano ritenersi lesi il diritto europeo e le competenze della CGUE.

Guardando ai diversi casi che presentano degli elementi di somiglianza con quello italiano⁶³, appare di particolare interesse la decisione della Corte costituzionale austriaca del 14 marzo 2012⁶⁴. Si tratta di una sentenza pronunciata nell’ambito di un giudizio azionato ai sensi dell’art. 144a B-VG (a sua volta equiparato all’art. 144 B-VG) e instaurato avverso un provvedimento amministrativo, impugnato per violazione dell’art. 47 CDFUE. Ciò che emerge da tale arresto e che rileva ai fini della presente indagine è la difesa del ruolo della Corte costituzionale nell’ordinamento austriaco quale custode dei diritti⁶⁵.

⁶⁰ Sulla riforma e sulla possibilità di introdurre un simile meccanismo anche per la doppia pregiudiziale italiana S. CATALANO, *Il sistema incidentale francese come elemento di riflessione per la ‘manutenzione’ del controllo di costituzionalità italiano*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta online, 13 marzo 2020, 3-4.

⁶¹ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*.

⁶² L. S. ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *federalismi.it*, 2018, 3-4.

⁶³ Sul punto G. MARTINICO, *La doppia pregiudizialità nel diritto comparato*, in *Diritto Pubblico*, 2022, 757 ss., che distingue tra ordinamenti in cui l’ordine tra le pregiudiziali è fissato a livello legislativo e ordinamenti in cui è stabilito – come nel caso italiano – dalla giurisprudenza.

⁶⁴ Ricorsi U 466/11-18 e U 1836/11-1.

⁶⁵ Si noti che il sistema di giustizia costituzionale austriaco, al pari di quello italiano, prevede un sindacato di costituzionalità delle leggi affidato esclusivamente alla Corte costituzionale, mentre l’accesso, soprattutto a partire dalla riforma del 1975, risulta più ampio e prevede anche il ricorso individuale. In relazione alla tutela dei diritti, M. OLIVETTI, *La giustizia costituzionale*, cit., 72 ss., osserva come il sistema austriaco, pur originariamente carente, abbia mostrato sin dalle sue risalenti origini un certo «canale di comunicazione tra la tutela dei diritti individuali e il controllo sulle leggi», in ragione della possibilità per la Corte di sollevare d’ufficio innanzi a sé questione di costituzionalità della legge. Inoltre, J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, I, Torino, 2000, 142-143, registrano un progressivo abbandono dell’atteggiamento *self-restraint* che a lungo aveva caratterizzato l’attività interpretativa della Corte austriaca, soprattutto nell’ambito dei diritti fondamentali.

La *Verfassungsgerichtshof* anzitutto ha riconosciuto la propria competenza sulle questioni concernenti la violazione di un diritto contenuto nella CDFUE, quantomeno nei casi in cui questo sia «*in its wording and purpose*» simile ai diritti contenuti nella Costituzione austriaca⁶⁶, nonché la propria competenza, ai sensi dell'art. 267 TFUE, ad effettuare rinvio pregiudiziale alla CGUE, nel caso in cui vi siano dubbi interpretativi sui diritti contenuti nella Carta di Nizza⁶⁷. Dopo aver richiamato il caso *Melki e Abdeli* a sostegno della propria ricostruzione⁶⁸, la Corte austriaca ha evidenziato l'assenza dell'obbligo di effettuare rinvio pregiudiziale alla CGUE, quando la questione non è rilevante per la decisione, cosa che si verifica tutte le volte in cui il diritto tutelato dalla Carta di Nizza ha lo stesso ambito di applicazione di un diritto tutelato dalla Costituzione nazionale: in questi casi la Corte deciderà esclusivamente alla luce del diritto interno, senza alcuna necessità di ricorrere alla Corte di Lussemburgo⁶⁹.

Dunque, nel caso in cui si dubiti della lesione di un diritto tutelato tanto dalla CDFUE quanto dalla Costituzione austriaca, sempre che l'ambito di applicazione sia il medesimo, spetterà alla Corte costituzionale garantirne la tutela, senza che venga effettuato alcun rinvio pregiudiziale alla CGUE. Alla base del ragionamento della Corte austriaca vi è la considerazione per cui, stante l'equivalenza della CDFUE e della CEDU, «*It would be contrary to the idea of a centralised constitutional jurisdiction*» se la Corte costituzionale non avesse competenza sulla lesione dei diritti contenuti nella CDFUE⁷⁰.

Tale orientamento è stato, peraltro, successivamente oggetto di un rinvio pregiudiziale alla CGUE ad opera dell'*Oberster Gerichtshof*. La Corte Suprema austriaca ha prospettato che, a fronte di questa giurisprudenza, i giudici, pur sospettando una violazione della CDFUE, non avrebbero più potuto disapplicare il diritto interno contrastante con quello europeo⁷¹. Da tale orientamento conseguirebbe, inoltre, che nel caso di un ambito di applicazione della Carta di Nizza coincidente con la Costituzione austriaca, il giudice non dovrà più porre una *preliminary ruling* alla CGUE, in quanto irrilevante per l'annullamento della norma interna⁷². La Corte di Giustizia, richiamando le argomentazioni già svolte nel caso *Melki*, ha ribadito che l'obbligo di adire prioritariamente la Corte costituzionale nazionale è incompatibile con il diritto europeo quando impedisce ai giudici di effettuare, prima o dopo, il rinvio pregiudiziale alla CGUE⁷³.

Ad ogni modo, ciò che merita di essere qui evidenziato è che anche il caso austriaco sembra scaturire dalla progressiva integrazione tra le Carte dei diritti fondamentali. Tale fenomeno ha dato vita a quelli che sono stati definiti conflitti di «convergenza»⁷⁴, da cui

⁶⁶ Par. 5.5., 14 marzo 2012 Corte cost. austr.

⁶⁷ Par. 5.7. 14 marzo 2012 Corte cost. austr.

⁶⁸ Par. 5.8. 14 marzo 2012 Corte cost. austr.

⁶⁹ Par. 5.9. 14 marzo 2012 Corte cost. austr.

⁷⁰ Par. 5.5. 14 marzo 2012 Corte cost. austr.

⁷¹ Causa C-112/13, *A c. B e altri*, par. 25, sentenza dell'11 settembre 2014 CGUE.

⁷² *A c. B e altri*, par. 25, sentenza dell'11 settembre 2014 CGUE.

⁷³ *A c. B e altri*, par. 46, sentenza dell'11 settembre 2014 CGUE. Sul punto M. CLAES, *Luxembourg, Here we come?*, cit., 1339.

⁷⁴ Ovvero conflitti legati alla compresenza di norme europee e costituzionali nei medesimi ambiti G. MARTINICO, *La doppia pregiudizialità*, cit., 768.

la rivendicazione delle Corti costituzionali europee di una funzione che si lega alla loro stessa origine⁷⁵.

4. Brevi osservazioni conclusive

Come visto, il modello italiano pone la Corte costituzionale quale organo garante della Costituzione⁷⁶ e il sindacato accentrato di costituzionalità in via incidentale quale strumento destinato ad offrire tutela ai diritti e alle libertà costituzionali⁷⁷. L’espansione del diritto europeo seguita all’attribuzione del rango di trattato alla CDFUE non poteva non stimolare, allora, una evoluzione nella giurisprudenza del Giudice delle leggi. Questo non solo ha rivendicato la propria centralità in quello che oggi si manifesta come un «sistema a rete»⁷⁸ di tutele ma, attraverso l’elaborazione di una nuova regola per l’attivazione del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, ha anche rivitalizzato l’accentramento del sindacato di costituzionalità.

Il recente orientamento della Corte costituzionale può essere letto, peraltro, non solo in chiave “difensiva”, ma anche in chiave evolutiva, in quanto presenta elementi idonei a favorire il processo di integrazione europea⁷⁹. Ed invero, attraverso la *preliminary ruling* – rispetto alla quale sembra esservi una maggiore apertura – è possibile per le Corti costituzionali “dialogare” direttamente con la CGUE, ponendo così al centro del processo di integrazione europea le Costituzioni nazionali e il patrimonio comune di principi che caratterizzano il costituzionalismo europeo⁸⁰. Il rinvio pregiudiziale, d’altronde, si presta a garantire il ruolo di entrambi i giudici: della CGUE quale unica interprete del diritto

⁷⁵ Nella sentenza n. 269/2017 Corte cost. R. BIFULCO-D. TEGA, *Il divenire costituzionale*, cit., 204, vedono la manifestazione di quello stesso disagio espresso dall’Austria proprio in via giurisprudenziale, legato al ricorso da parte del giudice comune alla CGUE in luogo della Corte costituzionale, a fronte di questioni concernenti i diritti fondamentali.

⁷⁶ Elemento che G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 175, riconosce quale principio supremo dell’ordinamento repubblicano, dal quale consegue la possibilità di scorgere, nel sindacato accentrato, il riflesso del principio di soggezione del giudice alla legge e l’equilibrio tra i poteri dello Stato.

⁷⁷ Su cui si veda diffusamente P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all’accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 685 e ss.

⁷⁸ Cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce*, cit., passim, in particolare 12, secondo cui «ove bastasse l’invocazione della violazione, da parte di un atto legislativo, di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta dei Diritti dell’Unione europea per escludere ogni competenza della Corte costituzionale, quest’ultima vedrebbe ridotto al lumicino il ruolo di garante della conformità delle leggi e degli atti aventi forza di legge alla carta costituzionale che le è espressamente attribuito dall’art. 134 Cost.». Sulla progressiva [ri]centralizzazione della Corte costituzionale nel sistema anche B. CARAVITA, *Il “riaccentramento” del giudizio costituzionale italiano all’alba del secondo decennio del ventunesimo secolo*, in ID (a cura di), *Un riaccentramento*, cit., 2 ss.

⁷⁹ Una tendenza rintracciabile anche nella posizione assunta da altre Corti costituzionali europee, per quanto non comune a tutte. Cfr. G. MARTINICO, *La doppia pregiudizialità*, cit., 772-773.

⁸⁰ M. RUOTOLO, *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?*, in *federalismi.it*, 2022, 896. Sull’efficacia della *preliminary ruling* rispetto alla diffusione delle comuni tradizioni costituzionali europee anche M. CLAES, *Luxembourg, Here we come?*, cit., 1341.

europeo, e della Corte costituzionale, quale custode dei diritti e baluardo della legalità costituzionale.

In conclusione, se il sindacato accentratore resta il fulcro del modello di giustizia costituzionale italiano, poiché assicura la tutela dei diritti costituzionali, e se le diverse stagioni giurisprudenziali delineano dei meccanismi indispensabili a garantire il suo corretto funzionamento, allora le nuove problematiche più indietro accennate, poste dalla coesistenza della regola Nizza con la regola Granital⁸¹, dovranno essere risolte con soluzioni interpretative che favoriscano l'intervento della Corte costituzionale, tutte le volte in cui ad emergere saranno questioni legate alla tutela delle libertà fondamentali in ragione della «rilevanza primaria di tali istituzioni nella salvaguardia dei diritti»⁸².

Segnali di questo tipo sono rinvenibili altresì nella giurisprudenza costituzionale più recente. Sebbene l'elaborazione della regola Nizza non abbia escluso del tutto l'applicabilità della regola Granital, quest'ultima ne risulta invero ridimensionata, poiché la Corte costituzionale, pur non ponendo un rigido ordine per il ricorso all'una o all'altra soluzione, segna una chiara “preferenza” per il sindacato accentratore di costituzionalità e, dunque, per la prevalenza della regola Nizza sulla Granital. Inoltre, la portata della giurisprudenza sulla doppia pregiudiziale è potenzialmente espansiva⁸³ e sembra andare verso una prevalenza del parametro costituzionale, anche a fronte di norme europee direttamente efficaci, quantomeno tutte le volte in cui tra la norma interna e quella europea vi sia una certa coincidenza⁸⁴.

⁸¹ Così A. O. COZZI, *Sindacato accentratore di costituzionalità e contributo alla normativa della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Diritto Pubblico*, 2020, 661 ss. M. SCOLETTA, *Riaccentramento del sindacato di legittimità ed effettività dei diritti fondamentali europei: l'esempio della garanzia del ne bis in idem*, in *Osservatorio AIC*, 2023, 361, sottolinea che l'accentramento e la diffusività convivono in ragione del sistema di controllo diffuso proprio della CGUE. È, dunque, il controllo europeo, al quale partecipano i giudici nazionali, ad avere intrinseca natura diffusa, non quello interno.

⁸² M. CARTABIA, *La Corte costituzionale*, cit., 369.

⁸³ Così S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudiziale*, cit., 652; nonché A. MORRONE, *Oltre Granital: divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?*, cit., 219.

⁸⁴ Cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 248, a proposito di Corte cost. 11/2022.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

SISTEMI DEMOCRATICI E ASSENZA DI *CONSTITUTIONAL REVIEW OF
LEGISLATION*. DIBATTITI E PROSPETTIVE DI RIFORMA NEGLI
ORDINAMENTI OLANDESE E BRITANNICO

EMANUELE GABRIELE

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il caso britannico. – 3. Il caso olandese. – 4.
Dibattiti e prospettive di riforma nei due ordinamenti. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Osservazioni introduttive

Nel discorso sui modelli e le declinazioni contemporanee della giustizia costituzionale si assiste, da alcuni anni, ad un inedito interesse nei confronti di quegli ordinamenti democratici che, pur non contemplando la *constitutional review of legislation*, conoscono comunque forme di espansione dell'attività giurisdizionale in tale ambito¹.

In particolare, paiono meritare speciale attenzione i casi dei Paesi Bassi e del Regno Unito; i quali, in nome di un principio tipicamente liberale, quale quello di sovranità dell'organo legislativo, hanno sempre rifiutato di introdurre, nella propria architettura

¹ Sul punto, tra gli altri: G. VAN DER SCHYFF, *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Berlin, 2010; S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, 2013; M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford, 2014, *passim*, e in part. 14-20, 79-86, 264-268; G. MARTINICO, *Entre chichés y formas alternativas de judicial review: el interesante caso de apertura constitucional de los Países Bajos*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 22/2017, 10 ss.; in italiano, da ultimo: S. BAGNI, N. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, *passim*, e in part. 75-86, 183-188.

costituzionale, la giustiziabilità degli atti primari. Tale irrigidimento appare dovuto, primariamente, alla natura “storico-evolutiva”² delle costituzioni olandese e britannica e, dunque al loro carattere incrementale e sedimentario, in cui lo svolgimento dell’ordine costituzionale non procede per sussulti, ma per progressivo e regolare adeguamento a impulsi socioculturali, politici ed economici.

Ciononostante, negli ultimi anni, diverse sono state le voci – tanto nell’Accademia quanto nelle istituzioni e nelle formazioni politiche –, che hanno invitato ad una seria riflessione sulla possibilità di introdurre più concrete forme di *constitutional adjudication* nei due ordinamenti, sovente affiancandosi ad una vieppiù marcata attività dei giudici nazionali, nell’ambito di quella che è stata definita, indistintamente, «*juristocracy*» o «*judicialization of politics*»³. Tale tendenza, che ha assunto, nel corso del 2022, caratteri sempre più pronunciati (astraendosi dalle dissertazioni accademiche e assumendo la forma di vere e proprie proposte politiche) pare giustificare, nuovamente, una comparazione tra le due esperienze.

Lo scopo di questo breve contributo è, dunque, quello di individuare quali siano i profili rilevanti di eventuali riforme nel campo della giustizia costituzionale, alla luce delle proposte che, pur molto lentamente, stanno acquisendo una prima espressione tanto nei Paesi Bassi quanto nel Regno Unito. La comparazione tra i due ordinamenti si motiva, inoltre, sia per il già accennato carattere “storico” delle loro costituzioni – nonostante la presenza di un testo scritto si rinvenga solo nel caso olandese –, sia per il comune sostrato teorico liberale, che ha plasmato le due culture giuridiche nazionali, e ha giustificato, nel corso del tempo, il rifiuto verso la *constitutional review of legislation*.

Sembra, allora, anzitutto opportuno individuare i caratteri fondamentali dell’attività dei giudici olandesi e britannici in tema di *judicial review*, soprattutto alla luce di recenti esperienze, tanto autonome che eteronome rispetto ai due ordinamenti.

2. Il caso britannico

Nell’ordinamento britannico, quello della sovranità parlamentare rimane – insieme con la *rule of law* – il principale postulato che ha informato l’architettura costituzionale autoctona. Realizzatosi compiutamente all’indomani della *Glorious Revolution* e sistematizzato teoricamente a partire dall’epoca vittoriana (*in primis*, come noto, da Dicey⁴), è in esso che va ricondotto il rifiuto della cultura giuridica nazionale verso la giustiziabilità degli atti di Westminster⁵. Ciononostante, a partire dagli anni Settanta del

² Per riprendere una nomenclatura adottata, tra gli altri, da G. MARTINICO, *Studio sulle forme alternative di judicial review: il caso dei Paesi Bassi e della Svizzera*, in *Federalismi.it*, 2/2017, 1 ss.

³ R. HIRSCHL, “*Juristocracy*” - *Political, not Juridical*, in *The Good Society*, vol. 13, 3/2004, 6 ss.; ID., *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, in *Fordham Law Review*, vol. 75, 2/2006, 721 ss.

⁴ A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale* [1885, VIII ed. 1915] trad. it. di A. Torre, Milano, 2003.

⁵ Cfr. H. BARNETT, *Constitutional and Administrative Law*, VII ed., London, New York, 2021, 162 ss.; M. RYAN, S. FOSTER (a cura di), *Unlocking Constitutional and Administrative Law*, V ed., London, New York, 2023, 184 ss.

XX Secolo, diversi fattori hanno progressivamente eroso la granitica supremazia parlamentare, per cui, pur rimanendo assiomaticamente parte dell’ordinamento, sembra che tale principio stia progressivamente perdendo il suo originale carattere totemico⁶.

Storicamente, almeno cinque sono gli avvenimenti rilevanti: a) l’emanazione dello *European Communities Act 1972*; b) l’introduzione, a partire dal 1997, di un nuovo tipo di Stato attraverso gli statuti di devoluzione; c) l’approvazione dello *Human Rights Act 1998*; d) l’attività della Corte suprema, istituita con il *Constitutional Reform Act 2005*; e) l’attività giurisprudenziale della *common law*, sovente svolta – ma con importanti eccezioni – per *obiter dictum*, che ha difeso l’inopportunità dell’*implied repeal* con riferimento ai *constitutional statutes*⁷. Tutti questi fattori hanno fatto sì che il principio di sovranità del Parlamento venisse, se non messo in discussione, almeno ridimensionato dalla somma vettoriale di tre dimensioni: quella sub-statale – attraverso lo stabilimento, pur nel sempre ribadito *modus* della “concessione” e non della “negoiazione”, di un riparto di competenze con le Nazioni devolute, e del riconoscimento del carattere “permanente” delle istituzioni di Edimburgo e Cardiff –; quella sovra-nazionale – con l’incorporazione della CEDU nell’ordinamento interno e, almeno fino alla conclusione del processo di *Brexit*, con l’appartenenza al sistema euro-unitario –; quella giurisdizionale – per cui pare assistersi al progressivo abbandono di quel ruolo del giudiziario visto «*more as a dignified than an effective element in the constitution*»⁸.

Senza voler entrare nelle specifiche analisi dei cinque punti appena ricordati, e per quanto qui interessa, appare sempre più rilevante la dimensione giurisdizionale, e in particolare l’attività del suo organo di vertice. L’istituzione di una *Supreme Court* per il Regno Unito ha costituito, infatti, la principale ristrutturazione dell’alta giurisdizione nazionale dall’introduzione dei *Law Lords* nel 1876 (anno di emanazione dello *Appellate Jurisdiction Act*), rappresentando, pertanto, una svolta cardinale nel sistema costituzionale nazionale⁹.

⁶ Sul tema, *ex multis*: G. GOLDSWORTHY, *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge, 2010, spec. 267 ss.; M. ELLIOTT, *Legislative supremacy in a multidimensional constitution*, in M. ELLIOTT, D. FELDMAN (a cura di), *The Cambridge Companion to Public Law*, Cambridge, 2015, 73 ss.

⁷ Su questi temi, che hanno catalizzato l’attenzione di gran parte della dottrina costituzionalistica britannica, e su cui sono stati prodotti un profluvio di lavori accademici, basti qui rimandare ad alcune analisi che permettono di avere un quadro d’insieme delle singole questioni. In particolare, sul rapporto tra sovranità parlamentare e appartenenza al contesto europeo: M. ELLIOTT, *Constitutional Legislation, European Union Law and the Nature of the United Kingdom’s Contemporary Constitution*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 10, 3/2014, 379 ss.; sulle implicazioni dell’assetto devoluto: G. ANTHONY, *Devolution Issues, Legislative Power, and Legal Sovereignty*, in A. ANTOINE (a cura di), *Le Droit public britannique: État des lieux et perspectives. Actes du Colloques du 14 novembre 2014*, Paris, 95 ss.; sul principio di sovranità parlamentare in relazione all’incorporazione della CEDU: A. YOUNG, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford, Portland, 2009; sul ruolo della Corte suprema: S. LAWS, *Parliamentary Sovereignty, Statutory Interpretation and the UK Supreme Court*, in D. CLARRY (a cura di), *The UK Supreme Court Yearbook, Volume 10: 2018-2019 Legal Year*, London, 2021, 160 ss.; infine, sull’attività delle corti e il ruolo dei *constitutional statutes*: G. CARVALE, *Common law e constitutional statutes*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2014, 436 ss.

⁸ R. STEVENS, *Government and the Judiciary*, in V. BOGDANOR (a cura di), *The British Constitution in the Twentieth Century*, London, 2003, 333 ss., 333.

⁹ Sul punto: D. WOODHOUSE, *The Constitutional and Political Implications of a United Kingdom Supreme Court*, in *Legal Studies*, vol. 24, 1-2/2004, 134 ss.; LORD NEUBERGER, *The UK Constitutional Settlement and the Role of the UK Supreme Court*, in D. CLARRY (a cura di), *The UK Supreme Court Yearbook, Volume 5: 2013–2014 Legal Year*, London, 2018, 13 ss. Nella dottrina italiana: A. TORRE, *La*

A partire dalla sua entrata in funzione nel 2009, la Corte suprema di Londra ha dato continuamente prova di una spiccata *verve* di “interprete-garante” del diritto costituzionale¹⁰, e di una proficua attività arbitrale tra poteri all’interno dell’ordinamento del Regno. Non soltanto essa ha ereditato, dai *Lord of Appeal in Ordinary*, il ruolo di giudice di appello competente ad emanare dichiarazioni di incompatibilità di un atto legislativo rispetto alla CEDU¹¹, ma anche quello, derivato dal Comitato giudiziario del *Privy Council*, in relazione alla capacità di composizione delle controversie in materia di *devolution issues*¹².

Le due prerogative, per la prima volta affidate ad un unico organo giurisdizionale di alto grado, hanno permesso alla *Supreme Court* di assumere ruoli tipici delle corti costituzionali di altri ordinamenti, ma è soprattutto in relazione alla giurisprudenza sulla *Brexit* (e *in primis* con le due sentenze c.d. *Miller I*¹³ e *Miller II*¹⁴) che essa ha investito, in maniera sempre più spiccata, le materie che la manualistica considera parte del *Constitutional and Administrative Law*, accentuando la “politicizzazione del giudiziario” britannico¹⁵, in passato riconosciuta solo da una sparuta minoranza di autori¹⁶. La nuova giurisprudenza rende la Corte di Middlesex Guildhall foriera di decisioni che, in quanto legate al discorso costituzionale, producono una nuova forma di *adjudication*¹⁷, discostando la natura dell’organo dalle originarie concezioni che lo volevano semplice collegio dirimente i casi di ricorsi provenienti dalle corti inferiori. La giurisprudenza in tema di *Brexit*, in altre parole, ha generato un diritto creativo e autonomo di fondamentale importanza, che pone, in ultima istanza, il fondamentale e mai sopito quesito sulla necessità o meno, per l’ordinamento britannico, di dotarsi di un documento costituzionale scritto¹⁸.

Tali caratteristiche hanno condotto taluna dottrina a considerare l’attività recente della Corte, pur nel solco della tradizione giurisdizionale di *common law*, l’esempio di un nuovo modello di *Commonwealth Constitutionalism*¹⁹, a metà strada tra quello

Corte suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea, in *Giornale di storia costituzionale*, 1/2006, 259 ss.; G. CARAVALE, *La separazione del giudiziario: tradizione e innovazione nel Constitutional Reform Act*, in *Nomos*, Vol. 11, 3/2006, 39 ss.

¹⁰ Cfr. A. TORRE, *La Corte Suprema, probabile Corte costituzionale del Regno Unito? Osservazioni su dieci anni di giurisdizione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2020, p. 5 ss.

¹¹ Su cui, *ex multis*, può bastare il rimando a B. DICKSON, *Human Rights in the UK Supreme Court*, Oxford, 2013.

¹² E. GIBSON-MORGAN, *The United Kingdom Supreme Court and Devolution Issues: Towards Constitutional Review?*, in *Miroirs: Revue des civilisations anglophone, ibérique et ibéro-américaine*, 1/2014, 78 ss; A. TOMKINS, *Confusion and Retreat: The Supreme Court on Devolution*, in *UK Constitutional Law Blog*, 19 febbraio 2015.

¹³ UK SUPREME COURT, *Miller & Anor, R (on the application of) v Secretary of State for Exiting the European Union*, UKSC 5, 24 gennaio 2017.

¹⁴ UK SUPREME COURT, *R (Miller) v The Prime Minister* e *Cherry v Advocate General for Scotland*, UKSC 41, 24 settembre 2019.

¹⁵ A. DE LUCA, *Una rivoluzione all’inglese. La giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, Torino, 2016, 81.

¹⁶ E *in primis* da J.A.G. GRIFFITH, *The Politics of the Judiciary*, London, 1977.

¹⁷ Cfr. A. TORRE, *La Corte Suprema*, cit., 16.

¹⁸ Sul tema interessanti le valutazioni di R. BLACKBURN, *Enacting a Written Constitution for the United Kingdom*, in *Statute Law Review*, 1/2015, 1 ss, e S. PAYNE, *The Supreme Court and the Miller Case: More Reasons Why the UK Needs a Written Constitution*, in *The Round Table*, 4/2018, 441 ss.

¹⁹ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model*, cit.

statunitense del controllo di costituzionalità, e quello di primazia assoluta del Parlamento²⁰, in cui alcuni *statutes* hanno assunto natura determinante per una complessiva interpretazione dell’ordinamento²¹.

3. Il caso olandese

L’esperienza dei Paesi Bassi²² è di singolare interesse non soltanto per l’esplicita previsione costituzionale circa il divieto di sindacato di costituzionalità delle leggi da parte del potere giudiziario, ma anche per il peculiare modo con cui tale impedimento è stato (pur limitatamente) aggirato da parte delle corti, e per il fatto che neppure tale «forma alternativa di *judicial review*»²³ paia ormai sufficiente a differire le richieste di introduzione di una vera e propria giustiziabilità degli atti primari.

La disposizione fondante il divieto di *constitutional review of legislation* è l’art. 120 della *Grondwet*, il quale impedisce esplicitamente alle corti – compresa la *Hoge Raad*, la Corte suprema, che svolge dunque semplice ruolo di giudice di ultimo appello nelle giurisdizioni civile, penale e tributaria – il controllo sulla costituzionalità degli atti del Parlamento e dei trattati²⁴. La norma, che nell’originale formulazione del 1848 aveva carattere ancor più perentorio – «*[d]e wetten zijn onschendbaar*», «le leggi sono inviolabili», art. 115(2) *Grondwet 1848* –, rappresenta il precipitato testuale del principio

²⁰ G. CARVALE, *La Corte Suprema in un decennio di cambiamenti costituzionali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2020, 27 ss, 45.

²¹ Come notato da celebre dottrina, anzitutto V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford, 2009, 277-279.

²² In apertura, è importante sottolineare come ci si riferisca, in questo contributo, ai Paesi Bassi in senso stretto, quale una delle quattro Nazioni costitutive il Regno dei Paesi Bassi (insieme ad Aruba, Curaçao e Sint Marteen). In tal senso, è pure necessario precisare che, a livello di fonti, i rapporti tra Nazioni sono regolati dallo *Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden*, entrato in vigore nel 1954, e più volte emendato nel corso del tempo, mentre le quattro entità costitutive sono dotate di leggi fondamentali (che prendono i nomi di *Grondwet* nei Paesi Bassi, e di *Staatsregeling* ad Aruba, Curaçao e Sint Marteen), che regolano i rapporti tra poteri e sono gerarchicamente inferiori allo *Statuut*, ai sensi dell’art. 5, co. 2 dello stesso (sul punto F. ANNUNZIATA, *Paesi Bassi*, in A. NEGRI (a cura di), *Sistemi giuridici del mondo*, Torino, p. 21 ss, 24). Fino al 1954, la Costituzione dell’intero Regno era rappresentata dalla *Grondwet*, entrata in vigore nel 1815, e ancora oggi legge fondamentale dei Paesi Bassi europei, nonostante le importanti modifiche del 1848 (che ha introdotto la forma di governo parlamentare), del 1922 (che ha riconosciuto il suffragio universale, introdotto tre anni prima con legge ordinaria), e soprattutto del 1983, che ha fortemente emendato il testo precedente, abrogando molti articoli, introducendovi i diritti sociali, ed espandendo ulteriormente l’elenco di quelli già previsti dall’art. 1 *Grondwet* (sull’evoluzione diacronica della *Grondwet* si v. L.F.M. BESSELINK, *The Kingdom of the Netherlands*, in ID., B. BANASZAK (a cura di), *Constitutional Law of the EU Member States*, Deventer, 2014, 1187 ss, spec. 1191-1201).

²³ G. MARTINICO, *Studio sulle forme alternative di judicial review*, cit., 2.

²⁴ “*De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen*” (art. 120 *Grondwet*). Ma non è invece vero che il controllo di costituzionalità delle leggi sia vietato nell’intero Regno dei Paesi Bassi, un esempio essendo la Nazione costitutiva di Sint Maarten, che dal 2010 riconosce, all’interno della propria legge fondamentale, ad un Tribunale costituzionale composto da tre giudici, il giudizio di costituzionalità degli atti primari dell’Assemblea legislativa locale. Il Tribunale esercita un controllo *ex ante* su esclusivo impulso dell’*Ombudsman* (art. 127 *Staatsregeling* Sint Marteen). Inoltre, sia a Sint Marteen che a Curaçao è previsto un controllo diffuso di costituzionalità, il cui parametro è, nel primo caso, il testo costituzionale (art. 119 *Staatsregeling* Sint Marteen), e nel secondo, i diritti fondamentali garantiti dalla legge fondamentale locale (art. 96 *Staatsregeling* Curaçao). Sul punto si v. M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe*, cit., 82.

di sovranità parlamentare, così come ereditato dalla tradizione britannica²⁵ e francese²⁶. Storicamente, per giunta, le corti hanno dato una lettura particolarmente ampia del divieto imposto dall’art. 120 *Grondwet*²⁷: a) precludendosi un controllo di costituzionalità delle norme primarie non solo in senso sostanziale, ma anche procedurale²⁸, e b) escludendo dal parametro di sindacabilità non soltanto la *Grondwet*, ma pure lo Statuto del Regno dei Paesi Bassi, così come anche i princìpi costituzionali non scritti²⁹.

Ciononostante, come si è detto aprendo l’analisi del caso olandese, le corti nazionali conoscono almeno due forme di “*para-judicial review*”. La prima è costituita dal controllo preventivo esercitato dal Consiglio di Stato (*rectius*, dalla sua divisione consultiva, che compone l’Organo insieme a quella propriamente giurisdizionale³⁰) su tutti i progetti di legge, inclusi quelli di approvazione dei trattati internazionali, durante il procedimento legislativo (art. 73 *Grondwet*). Tale funzione, non propriamente di “controllo”, si esplica in un parere non vincolante cui il Governo è tenuto a rispondere con *explanatory notes* qualora non volesse conformarsi nel corso dell’*iter* in Parlamento³¹. La seconda forma di *adjudication* si basa sul carattere fortemente monista della *Grondwet* olandese in rapporto al diritto internazionale – in ciò molto distante dalla visione dualista britannica. Ai sensi dell’art. 93 *Grondwet*, le disposizioni dei trattati e delle risoluzioni di organizzazioni internazionali che possiedono effetto diretto, hanno forza vincolante all’interno dell’ordinamento a partire dalla loro pubblicazione, mentre l’art. 94 *Grondwet* sancisce la non applicabilità degli atti primari interni incompatibili con le disposizioni di cui all’articolo precedente, permettendo ai giudici nazionali di operare

²⁵ Cfr. N. GRAAF, *An Introduction to Dutch Legal Culture*, in S. KOCH, M.M. KJØLSTAD (a cura di), *Handbook on Legal Cultures. A Selection of the World’s Legal Cultures*, Berlin, 2023, 285 ss., 299.

²⁶ Ciononostante, non sono mancate autorevoli voci della dottrina nazionale che, già a partire dal XIX Secolo, si sono schierate in senso contrario alla non conoscibilità degli atti del Parlamento da parte delle corti. Tra queste, è da citare almeno quella del principale esponente della scienza costituzionalistica olandese di epoca liberale, Johan R. Thorbecke. Una ricostruzione del dibattito dottrinario in tema è offerta da L.F.M. BESSELINK, *Constitutional Adjudication in the Netherlands*, in A. VON BOGDANDY, P.M. HUBER, C. GRABEN WARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law: Volume III: Constitutional Adjudication: Institutions*, 3° ed., Oxford, 2020, 565 ss., 575-582.

²⁷ M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe*, cit., 80-81.

²⁸ HOGE RAAD, 25 novembre 1912, *Weekblad van het recht*, nr. 9419; HOGE RAAD, *Van den Bergh/Staat der Nederlanden*, 27 gennaio 1961, *Nederlands Jurisprudentie*, 1961, 248.

²⁹ HOGE RAAD, *Harmonisatiewet*, 14 aprile 1989, *Nederlands Jurisprudentie*, 1989, 469. Tale sentenza riveste particolare importanza perché, in essa, la *Hoge Raad* riconobbe l’incompatibilità di un atto del parlamento (nello specifico, il c.d. *Harmonisation Act*) con il principio costituzionale di certezza del diritto, rifiutando però l’ipotesi di poter far derivare da tale riconoscimento conseguenze giuridiche. Stabilendo in tal senso, la Corte suprema olandese ha arrogato a sé la capacità di dichiarare (pur in assenza di ulteriori effetti giuridici) incompatibile con la *Grondwet* un atto del Parlamento, e sebbene tale prerogativa non sia stata più esercitata (*Harmonisatiewet* rappresenterebbe dunque più un’eccezione che un precedente), taluni, in dottrina, hanno avanzato interessanti spunti comparativi con l’analogo (per certi versi) istituto della *declaration of incompatibility* introdotto nel Regno Unito dallo *Human Rights Act 1998* (sul punto L.F.M. BESSELINK, *Constitutional Adjudication*, cit., 586).

³⁰ Dal 2008, il Consiglio di Stato è inoltre coadiuvato nella sua attività da un panel interno di esperti in materia costituzionale, che prende il nome di Consiglio costituzionale (*Constitutioneel beraad*), il quale può essere invitato a fornire pareri preliminari a entrambe le divisioni del Consiglio sull’applicabilità e l’interpretazione della *Grondwet*, dei princìpi costituzionali nazionali, del diritto dell’UE e dei trattati in materia di diritti fondamentali.

³¹ Sul punto M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe*, cit., 14-16.

un controllo delle leggi adottando come parametro le fonti sovranazionali³². La sindacabilità è, in questo caso, a modello diffuso, potendo ciascun giudice, in tutti i casi che rientrano nella propria giurisdizione, dichiarare inapplicabile una legge del Parlamento contraria a norme di diritto internazionale riconosciute dal diritto interno. Tale sindacato risulta essere altresì, proprio per quanto detto, estraneo alla *Grondwet*, stante che la legge fondamentale non costituisce parametro nel giudizio.

Ciò detto, e tenendo in considerazione un obbligo di interpretazione conforme cui le corti si sono considerate vincolate sin dall'epoca liberale³³, è chiaro come queste forme "alternative" di *adjudication* non possano considerarsi vere espressioni di giustizia costituzionale, stante che il controllo esercitato dal Consiglio di Stato ha natura non vincolante, e si realizza tutto all'interno della propria divisione non giurisdizionale, mentre quello esercitato sulla base della natura monista dell'ordinamento prende a parametro fonti che nascono come esterne all'architettura costituzionale, costituendosi come un sindacato "sovranazionale" o "internazionale" delle leggi³⁴, piuttosto che come un controllo "costituzionale" *stricto sensu*.

4. Dibattiti e prospettive di riforma nei due ordinamenti

Sebbene negli ordinamenti olandese e britannico si assista a una sempre più spiccata azione giurisdizionale, foriera di decisioni che, in quanto legate al discorso costituzionale, producono una pur labile forma di *adjudication*, ancora non sembra potersi parlare della nascita di un vero sindacato di costituzionalità delle leggi. Piuttosto, ad entrambe le esperienze appare consono il riferimento alle «*weak forms of judicial review*»³⁵, ossia a quella tassonomia che fa riferimento all'obbligo di interpretazione conforme, ovvero alla possibilità, da parte del giudice, di notificare l'incoerenza della legislazione con le norme di rango costituzionale – senza però avere il potere di invalidarla –, a cui può corrispondere una risposta costruttiva da parte del potere legislativo per eliminare tali antinomie³⁶.

Eppure, in entrambi gli ordinamenti si svolgono, da alcuni anni, e sempre più continuativamente, dibattiti dottrinali e istituzionali sull'opportunità di introdurre una qualche forma di controllo di costituzionalità degli atti primari. Tali suggestioni hanno preso la forma, negli ultimi mesi, di vere e proprie proposte politiche, molto più flebili nel Regno Unito, dove il dibattito assume i contorni dello scontro politico e non permette proposte di profonda audacia, e assai più ardite nei Paesi Bassi, dove, come si vedrà, tale discorso non ha mai rappresentato un tabù giuridico.

³² Sul punto si v. J.C.A. DE POORTER, *Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility*, in *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2/2013, 89 ss., 93.

³³ Cfr. L.F.M. BESSELINK, *Constitutional Adjudication*, cit., 590-592.

³⁴ In tal senso, si è parlato delle corti olandesi anche come "*agents of the EU legal order*" e "*agents of the international legal order*" (L.F.M. BESSELINK, *Constitutional Adjudication*, cit., 611-614).

³⁵ M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2009; ID., *The rise of weak-form judicial review*, in T. GINSBURG, R. D. KIXON (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, 321 ss.

³⁶ M. TUSHNET, *Weak Courts*, cit., IX.

Nell’esperienza britannica il principio di supremazia parlamentare ha assunto in passato (ma per parte della cultura accademico-politica il discorso è valido ancora oggi) caratteri quasi totemici. Eppure, questa venerazione nei confronti della primazia del Legislativo ha spesso (mal)celato una certa insofferenza di parte del mondo conservatore nei confronti del ruolo dei giudici, avversione che può idealmente essere percorsa a ritroso fino alla contrapposizione tra il Monarca e quei giudici di *common law* che, capeggiati da Sir Edward Coke, ne osteggiavano la completa disponibilità del diritto, sino a teorizzare i prodromi della *judicial review of legislation*³⁷.

Nel dibattito attuale la contrapposizione è, dunque, di natura politica. Il Partito conservatore (e anzitutto il *Cabinet Johnson*) si è schierato a favore di una forte contrazione dell’azione delle corti, principalmente nella loro attribuzione più facilmente assimilabile alla *constitutional review*, vale a dire la possibilità di emanare dichiarazioni di incompatibilità di un atto legislativo nei confronti della CEDU, ai sensi dell’art. 4 dello *Human Rights Act 1998*. Il recente *Bill of Rights Bill*, proposto dal Ministro della Giustizia Raab nell’estate del 2022 – e attualmente arenatosi alla Camera dei Comuni dopo la prima lettura –, nel modo in cui dispone che, qualora un giudice si trovasse a dirimere una questione di incompatibilità, dovrebbe concedere, nell’emanare il giudizio, “il maggior peso possibile” al principio secondo cui, «*in a Parliamentary democracy, decisions about how such a balance should be struck are properly made by Parliament*» (art. 7, 2° co, lett. b BoRB), si muove proprio in questa direzione³⁸.

In completa opposizione a tale prospettiva si pone invece il Partito laburista, il quale, nel dicembre 2022, ha presentato i risultati della sua *Commission on UK’s Future*³⁹, presieduta dall’ex Premier Gordon Brown, e istituita con l’intento di delimitare il perimetro delle proposte dei laburisti in caso di vittoria alle prossime elezioni generali. Del variegato progetto, è particolarmente interessante, ai fini del presente discorso, la proposta di abolizione della *House of Lords* e la sua sostituzione con una *Assembly of the Nations and Regions* legittimata popolarmente, espressione, a livello centrale, dell’assetto devoluto britannico, e garante, pur in rapporto di subordinazione con i Comuni, dell’ordine costituzionale nazionale⁴⁰. In tale ottica, alla nuova Camera alta sarebbe riconosciuto il diritto di «*reject legislation which related to a narrow list of defined constitutional statutes*»⁴¹, vedendosi così attribuito un potere di veto, superabile dai *Commons* solo attraverso una procedura aggravata⁴². Inoltre, ed è qui il punto focale del

³⁷ Sul punto, *ex multis*: D.O. MCGOVNEY, *The British Origin of Judicial Review of Legislation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1/1944, 1 ss.; I. WILLIAMS, *Dr. Bonham' Case and Void Statutes*, in *Journal of Legal History*, 2/2006, 111 ss.

³⁸ Sul progetto di legge denominato *Bill of Rights Bill*: M. ELLIOTT, *The UK's (new) Bill of rights*, in *Public Law for Everyone*, 23 giugno 2022; D. LOCK, *Three Ways the Bill of rights Bill Undermines UK Sovereignty*, in *UK Constitutional Law blog*, 27 giugno 2022. In italiano: S. GIANELLO, *Il Bill of Rights (bill): la ratio di un progetto di riforma controverso*, in *Federalismi.it*, 26/2022, 32 ss.; sia inoltre consentito rimandare a E. GABRIELE, *Il Bill of Rights Bill e gli altri tentativi di riforma dello Human Rights Act nell’ordinamento britannico*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2022, 132 ss.

³⁹ COMMISSION ON UK’S FUTURE, *A new Britain: Renewing our Democracy and Rebuilding our Economy*, 5 dicembre 2022.

⁴⁰ *Ibid.*, 134 ss.

⁴¹ *Ibid.*, 140.

⁴² Pur senza individuarne una, la Commissione propone diverse soluzioni, tra le quali una maggioranza rinforzata dei due terzi nel secondo voto alla *House of Commons*, ovvero la reintroduzione di un progetto

discorso che qui interessa, sull'Ufficio di Presidenza della nuova Camera graverebbe l'obbligo di presentare i progetti di legge aventi natura costituzionale davanti alla Corte suprema, per un suo «*authoritative judgement on whether the constitutional protection powers are engaged*»⁴³. In tal modo, la Corte suprema assumerebbe un ruolo fondamentale nell'individuazione degli *statutes* di rango costituzionale – compito, peraltro, sussunto in un organo che già possiede, come si è avuto modo di osservare, caratteri assimilabili a quelli di un tribunale costituzionale –, che gli permetterebbe, in definitiva, di acquisire una caratura sempre più elevata nell'architettura istituzionale dell'ordinamento, pur senza giungere all'introduzione di istituti di giustizia costituzionale in senso stretto.

Nei Paesi Bassi, come detto, il discorso è assai più ardito, anche per un generalizzato e recente sostegno delle forze politiche a ipotesi di riforma. Sino a pochi anni fa, l'opportunità di introdurre o meno un sistema di giustizia costituzionale all'interno dell'ordinamento era un tema di dibattito politico particolarmente acceso. Mentre, infatti, a livello accademico la maggior parte della dottrina si è progressivamente schierata, almeno a partire dalla celebre sentenza *Harmonisatiewet* richiamata in precedenza⁴⁴, a favore di una revisione del divieto codificato nell'art. 120 *Grondwet*, sul piano politico, la riforma costituzionale iniziata nel 1967 e conclusasi con il testo entrato in vigore nel 1983, ha rappresentato un primo terreno di scontro dialettico tra sostenitori e detrattori del divieto di *constitutional review of legislation*. Sebbene tutti i governi che si sono succeduti in quegli anni si siano, infine, espressi in senso contrario all'introduzione della giustiziabilità degli atti primari⁴⁵ – paventando il trascinarsi del giudiziario nell'agone politico, e sostenendo l'adeguata tutela dei diritti anche in assenza di *judicial review* –, non sono mancate voci dissenzienti all'interno dei partiti, anche di quelli che partecipavano alle contingenti maggioranze di governo⁴⁶.

A partire dai primi anni 2000, le proposte politiche di introduzione di un vero e proprio sindacato di costituzionalità hanno assunto due forme principali. Nel 2002, quella di una proposta legislativa (è il c.d. *Halsema Bill*, dal nome della parlamentare proponente, la leader dei *Groen Links* alla Camera bassa degli Stati generali Femke Halsema), volta ad introdurre un secondo comma all'art. 120 della *Grondwet*, con cui si riconoscesse, a mo' di eccezione, un sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi,

di legge bloccato nella nuova Camera alta a seguito di una *general election* in cui la proposta sia stata presentata agli elettori (tramite inserimento nel manifesto elettorale del partito vincitore). Sul punto: COMMISSION ON UK'S FUTURE, *A new Britain*, cit., 141.

⁴³ *Ibid.*, 141.

⁴⁴ Si v., *supra*, nota 28.

⁴⁵ In tal senso si sono espressi il Governo De Jong (1967-1971, sorretto da una coalizione di centro destra formata da cattolici, protestanti e liberali), il Governo Den Uyl (1973-1977, sostenuto dal partito laburista, radicale e dai liberali di sinistra del D66) e il Governo Van Agt (1977-1981, di nuovo formato da una coalizione cattolico-protestante-liberale). Sul punto: L.F.M. BESSELINK, *Constitutional Adjudication*, cit., 577-578.

⁴⁶ È il caso dei liberali, che alla Camera alta (*Eerste Kamer*) rifiutavano in blocco una revisione dell'art. 120 *Grondwet*, ma che erano invece fortemente divisi alla Camera bassa (la *Tweede Kamer*), come pure dei laburisti, il cui gruppo alla *Tweede Kamer*, dopo aver difeso l'introduzione della giustiziabilità degli atti primari (assumendo a parametro i soli diritti di libertà contenuti nella *Grondwet*), si è spostato sulle posizioni conservatrici del gruppo alla Camera alta alla fine del 1980.

assumendo come parametro i soli diritti di libertà contenuti nella Legge fondamentale⁴⁷. Nel 2018, quella di un rapporto, redatto dalla Commissione governativa sull’implementazione del sistema parlamentare (*Staatscommissie parlementair stelsel*, costituita dal governo Rutte II nel gennaio 2017), in cui, tra le altre cose, si raccomandava l’istituzione di una vera e propria Corte costituzionale, che operasse un controllo di costituzionalità di tipo accentrato⁴⁸. Entrambe le proposte sono cadute nel vuoto, ma hanno costituito il terreno su cui si è innestato un importante progetto governativo di riforma, presentato nel 2022, a seguito del c.d. *Toeslagenaffaire*, uno scandalo legato a false accuse di frode ai danni dello Stato condotte dal *Belastingdienst* (l’agenzia nazionale per la riscossione dei tributi) su centinaia di famiglie beneficiarie di sussidi per l’infanzia, che si sono viste negare l’accesso alla Corte EDU da parte del Consiglio di Stato, e su cui si è pronunciata finanche la Commissione di Venezia, suggerendo una riforma dell’art. 120 *Grondwet*, al fine di garantire la tutela dei diritti previsti dal testo costituzionale olandese.

Il 1° luglio 2022 il Governo olandese, tramite il suo Ministro dell’Interno, ha inviato una lettera d’intenti ad entrambe le camere degli Stati Generali⁴⁹, annunciando il suo proposito di procedere nel senso dell’introduzione di un controllo diffuso di costituzionalità delle leggi⁵⁰. La lettera è destinata a fungere da precursore di una proposta di modifica formale dell’articolo 120 *Grondwet*, che – se avrà successo – richiederà molto tempo per compiersi, stante il farraginoso meccanismo di revisione costituzionale previsto dalla Parte VIII della Legge fondamentale⁵¹. Dopo aver passato in rassegna alcune soluzioni, il documento governativo propone la propria, rifiutando la proposta della Commissione del 2017 di istituire una Corte costituzionale, e optando invece per un controllo diffuso su modello nordico⁵², in cui a parametro del giudizio rientrerebbero, come nella proposta Halsema del 2002, i soli diritti di libertà contenuti nella *Grondwet*.

⁴⁷ M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe*, cit., 81-82. In particolare, il secondo comma di un novellato art. 120 *Grondwet* avrebbe sancito quanto segue: “Gli atti del Parlamento non si applicano qualora la loro applicazione fosse incompatibile con l’articolo 1 *bis*, l’articolo 17, l’articolo 18, comma 1, l’articolo 19, comma 3, l’articolo 23, commi 2, 3, 5, 6, 7, l’articolo 54, l’articolo 56, l’articolo 99, l’articolo 113, comma 3, l’articolo 114, l’articolo 121 e l’articolo 129, comma 1.” (trad. it. dell’autore).

⁴⁸ STAATSCOMMISSIE PARLEMENTAIR STELSEL, *Lage drempels, hoge dijken*, 13 dicembre 2018.

⁴⁹ MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIKSRELATIES, *Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing*, 1° luglio 2022.

⁵⁰ Su tale proposta si v. M. DE VISSER, *Will the Netherlands Finally Embrace Constitutional Adjudication?*, in *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 28 settembre 2022 e J. MANENSCHIJN, *Reforming judicial review with respect for democracy*, in *LeidenLawBlog*, 24 novembre 2022.

⁵¹ Ai sensi dell’art. 137 *Grondwet*, la proposta di revisione costituzionale (*voorstelwet*) deve essere approvata in prima lettura da entrambe le camere degli Stati Generali a maggioranza semplice. La Camera bassa (*Tweede Kamer*) viene quindi sciolta e si tengono elezioni generali, a seguito delle quali gli emendamenti sono esaminati in seconda lettura, quindi approvati a maggioranza qualificata dei due terzi da entrambi i rami del Parlamento. Nella prassi, tuttavia, invece di sciogliere la *Tweede Kamer* e indire elezioni anticipate, la *voorstelwet* viene presa in considerazione solo dopo la fine naturale della legislatura e l’elezione dei membri della nuova Camera.

⁵² Per una comparazione, in particolare, tra le recenti proposte del Governo olandese e il modello finlandese di *constitutional adjudication*, si rimanda al contributo di F. La Placa in questo *Quaderno*.

5. Osservazioni conclusive

In entrambi i casi richiamati, sembra che allo sviluppo delle recenti proposte di riforma concorrano tendenze tipiche della c.d. *judicialization of politics*, ossia di quella categoria squisitamente politologica – ma con fondamentali riflessi sul piano giuspubblicistico – che individua nella capacità delle corti di dirimere importanti questioni di ordine politico, sociale e finanche morale, una delle caratteristiche peculiari del costituzionalismo contemporaneo. Tale asserzione sembra giustificarsi applicando, ai due ordinamenti esaminati, l’approccio teoretico sviluppato da Hirschl, secondo cui tre sono i fattori che concorrono a realizzare, congiunturalmente, la giudiziizzazione della politica all’interno di un ordinamento⁵³: a) la presenza di un giudiziario indipendente e quella di un catalogo dei diritti garantito dall’azione delle corti; b) l’approccio proattivo dei giudici, soprattutto ad esprimersi su temi di “mega-politica”, ossia su questioni che l’opinione pubblica percepisce essere particolarmente rilevanti; c) la ricettività e il sostegno, tacito o esplicito, della sfera politica nei confronti dell’azione delle corti, alimentata dalla convinzione che l’affermazione di principi per via giudiziaria sia particolarmente autorevole, perché sottratta ai vincoli del potere politico.

Ebbene, pur con i discrimini del caso, sembra potersi affermare, non soltanto, che tutti questi fattori siano presenti tanto nel Regno Unito quanto nei Paesi Bassi, ma pure che la loro emersione sia una caratteristica particolarmente recente e, dunque, foriera di un discorso sull’evoluzione della giustizia costituzionale non più soltanto accademico, ma anche politico. In particolare, per quanto concerne il punto *sub a)*, tanto nell’ordinamento britannico quanto in quello olandese ritroviamo la presenza, seppur non di veri e propri cataloghi di diritti, almeno di fondamentali istituti che permettono la salvaguardia degli stessi. È particolarmente interessante, poi, che tali strumenti di garanzia – le *declarations of incompatibility ex art. 4 Human Rights Act 1998* nel Regno Unito, e l’inapplicabilità delle norme primarie in contrasto con gli obblighi internazionali *ex art. 94 Grondwet* nei Paesi Bassi – siano il risultato di un’apertura nei confronti del diritto internazionale (pur speculare, stante la natura monistica del sistema olandese, e dualista di quello britannico) già ritenuta propulsiva dell’espansione della *judicial review of legislation* in altri sistemi giuridici⁵⁴. Anche la tendenza degli organi giurisdizionali supremi dei due ordinamenti ad esprimersi su questioni di particolare pregnanza politica è sintomo di un comune fenomeno di *juristocracy*. In ciò rilevano, nel Regno Unito, almeno le già citate sentenze *Miller I* del 2017 e *Cherry-Miller* (o *Miller II*) del 2019, che si inseriscono nel discorso sulla forma di governo in modo particolarmente innovativo rispetto ai canoni giurisdizionali d’Oltremarica⁵⁵. È del novembre 2022, inoltre, la

⁵³ Cfr. R. HIRSCHL, *The Judicialization of Politics*, in R. GOODIN (a cura di), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford, 2013, 253 ss.

⁵⁴ Cfr. J.H.H. WEILER, *The Normative Dimension of the Three Waves of Judicial Review*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020, 235 ss.

⁵⁵ Sul punto, *ex multis*: P. CRAIG, *Miller, Structural Constitutional Review and the Limits of Prerogative Power*, in *Public Law*, n. speciale/2017, 48 ss.; G. CARVALE, *Il Miller 2/Cherry case: la Corte suprema britannica si afferma come custode dei constitutional principles*, in *Federalismi.it*, 18/2019, 1 ss.; P. CRAIG, *The Supreme Court, Prorogation and Constitutional Principle*, in *Public Law*, 2/2020, 248 ss.; G.

fondamentale *reference*⁵⁶ sull’eventuale svolgimento di un referendum indipendentista scozzese, con cui la *Supreme Court* di Londra ha espresso autorevoli ragionamenti sul tipo di Stato britannico, ma anche su quella che, in sostanza, appare una rilevante *political question*⁵⁷. Dall’altra parte, la *Hoge Raad* ha emanato una fondamentale sentenza di “*mega-politics*” nel 2019, ponendo in capo allo Stato olandese, con il c.d. caso *Urgenda*⁵⁸, un obbligo in materia di azioni per rallentare il riscaldamento globale, rifuggendo dal tradizionale ruolo di *self restraint* operato in passato su temi politicamente delicati come la crisi climatica⁵⁹. Il discorso sul sostegno della sfera politica nei confronti dell’azione delle corti sembra in apparenza più complesso. Sebbene, infatti, nei Paesi Bassi le proposte di riforma volte ad implementare le prerogative del potere giudiziario in materia di *constitutional review* sembrano godere di ampio supporto da parte dell’arco parlamentare, nel Regno Unito il tema è politicamente polarizzante. Ciononostante, il Partito laburista sembra farsi interprete di un sentimento maggiormente condiviso nella società civile rispetto a quello proprio dei conservatori. La fiducia dei cittadini nei confronti delle corti, testimoniata anche da un recente rapporto elaborato da *YouGov* per la *University College London*⁶⁰, è del resto più alta rispetto a quella riposta nei confronti di Primo ministro, Parlamento e *Civil Service*, e testimonia un’inevitabile tendenza verso un ruolo proattivo delle Corti, depositarie di questo credito.

In definitiva, sebbene le proposte politiche in tema di giustizia costituzionale che stanno prendendo spazio nel Regno Unito e nei Paesi Bassi siano ancora allo stato embrionale, pare che i recenti dibattiti e le ultime proposte di riforma, ancorché incerti, rappresentino comunque il sintomo di una tendenza comune, tanto più interessante e degna di nota per il fatto che stia sviluppandosi in ordinamenti dove il principio di inconoscibilità giurisdizionale degli atti del Parlamento è assai risalente nel tempo, e dunque particolarmente radicato nella cultura giuridica locale. Lo studio del dibattito politico-istituzionale all’interno dei due sistemi giuridici significa, dunque, porre l’attenzione su possibili svolgimenti futuri di assoluta importanza giuspubblicistica e di primario interesse giuscomparatistico, anche col fine di individuare nuovi modelli di *para-judicial review*.

CAPORALI, *Le sentenze Miller I e II: sovranità del Parlamento o sovranità della Corte Suprema?*, in *Federalismi.it*, 10/2020, 64 ss.

⁵⁶ UK SUPREME COURT, *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998*, UKSC 31, 23 novembre 2022.

⁵⁷ Sul punto: G. CARVALE, *Il giudizio di reference della Corte suprema sul referendum scozzese: una political question*, in *Federalismi.it*, 31/2022, IV ss.

⁵⁸ HOGE RAAD, *De Staat der Nederlanden v. Stichting Urgenda*, 19/00135, 20 dicembre 2019.

⁵⁹ Sul punto: P. PANNIA, *L’affaire “dikastocracy” nei Paesi Bassi: un test per gli equilibri istituzionali del Paese*, in *Federalismi.it*, 32/2020, 158 ss., spec. 168-176.

⁶⁰ A. RENWICK, B. LAUDERDALE, M. RUSSELL, J. CLEAVER, *Public Preferences for Integrity and Accountability in Politics. Results of a Second Survey of the UK Population. Third Report of the Democracy in the UK after Brexit Project*, London, 2023.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E PROSPETTIVE
FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

L'UTILISATION DE L'ARGUMENT CONSEQUENTIALISTE PAR LES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

KASSANDRA GONI

SOMMAIRE : 1. Quelques précisions générales : conséquentialisme et argument conséquentialiste. – 2. L'utilisation de l'argument conséquentialiste par les juridictions constitutionnelles. – 2.1 Étude de cas : les États-Unis et la France. – 2.1.1 La Cour suprême des États-Unis. – 2.1.2 Le Conseil constitutionnel. – 2.2 L'absence d'utilisation uniforme de l'argument conséquentialiste. – 3. Les conséquences de l'utilisation d'arguments conséquentialistes par les juridictions constitutionnelles. – 3. 1. La participation à la remise en cause de typologies doctrinales. – 3.1.1. Les modèles de justice constitutionnelle. – 3.1.2. Les traditions juridiques. – 3.2. Des conséquences paradoxales en termes de légitimité.

« Quelles seront les conséquences si l'on choisit l'une plutôt que l'autre des décisions alternatives disponibles ? »¹.

Telle peut être résumée l'analyse et le raisonnement conséquentialiste : faire entrer dans un processus décisionnel des éléments relevant de la projection des possibles conséquences liées aux différentes décisions envisageables.

¹ N. MAC CORMICK, *The motivation of judgement in the common law*, in C. PERELMAN, P. FORTIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978, 180 s.

1. Quelques précisions générales : conséquentialisme et argument conséquentialiste

L'argument conséquentialiste n'est point propre à la matière juridique et juridictionnelle. En effet, c'est un terme commun à plusieurs disciplines. C'est en philosophie, dans le cadre des théories morales que l'on trouve l'occurrence la plus ancienne. L'argument conséquentialiste y est utilisé pour qualifier une action de bonne ou de mauvaise au regard des conséquences engendrées par celles-ci. Dès lors, Anscombe utilise le terme « conséquentialisme » pour désigner l'ensemble des théories morales qui évaluent les actes humains à travers leurs conséquences².

Il faut ainsi distinguer l'argument conséquentialiste du conséquentialisme. Ces deux termes ne se recourent pas totalement³. Le conséquentialisme désigne l'ensemble des théories et des pratiques visant à prendre en compte les conséquences dans un processus décisionnel. Il est alors possible de distinguer le conséquentialisme de l'acte et le conséquentialisme de la règle. Dans la première forme de conséquentialisme, « le caractère juste et obligatoire d'un acte dépend de la question de savoir si ses conséquences sont au moins aussi bonnes que celles de tout autre acte possible »⁴. Ce type de conséquentialisme est fortement lié à l'utilitarisme en ce que ce sont les conséquences de l'acte qui vont permettre de qualifier ou non un acte d'utile⁵. Quant au conséquentialisme de la règle, il se détache de l'utilitarisme pour se rapprocher des théories déontologistes⁶. En effet, la moralité d'une action sera validée en ce qu'elle est conforme à la règle ; règle étant déterminée en fonction de ses conséquences.

Quant à l'argument conséquentialiste ou *argumentum ad consequentiam*, il peut être défini comme l'argument permettant d'accepter ou de rejeter une proposition en relevant les conséquences de cette dernière⁷. La paternité de cet argument est attribuée à Aristote⁸. Il souligne que *l'argumentum ad consequentiam* est à la fois utilisé dans le cadre de la délibération

² G.E.M ANSCOMBE, *Modern Moral Philosophy*, in *The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, 124/1958, 1 ss.

³ F. CARBONNEL BELLOLIO, *La argumentacion consecuencialista en el tribunal constitucional español*, [en ligne], 5 s.

⁴ F. CARBONNEL BELLOLIO, *La argumentacion consecuencialista en el tribunal constitucional español*, cit., 7 s. : « la rectitud u obligatoriedad de un acto depende de si sus consecuencias son a lo menos tan buenas como aquallas de cualquier otro acto posible ».

⁵ Il existe un lien fort entre le conséquentialisme de l'action et l'utilitarisme. En effet, l'utilitarisme « est l'une des principales théories en éthique normative. La théorie utilitariste considère « qu'une action est bonne si, et seulement si, ses conséquences sont au moins aussi bonnes que celle des actions alternatives ». En ce sens, la théorie utilitariste se rapproche nettement du test conséquentialiste de l'acte. Voir : F. JACQUET, *Utilitarisme*, in M. KRISTANEK, *l'Encyclopédie philosophique* [en ligne].

⁶ Le conséquentialisme de la règle se rapproche des théories déontologistes en ce que la validité d'une décision, d'une action est évaluée au regard de la moralité et du respect de règle de conduite morale établie. Néanmoins, les limites ne sont pas les mêmes. Dans les théories déontologistes, les règles morales doivent être respectées quel que soit les conséquences de celles-ci. Or, dans le conséquentialisme de la règle, bien que l'action soit validée par le respect d'une règle morale, les conséquences vont venir conditionner l'édiction de cette règle morale. En effet, les règles morales de conduites sont choisies au regard des conséquences qu'elles engendrent.

⁷ D. WALTON, *Historical Origins of Argumentum ad Consequentiam*, in *Argumentation*, 13/1999, 252 s.

⁸ Aristote parle de l'argument conséquentialiste dans deux œuvres : les *Topiques* et la *Rhétorique*.

comme « une forme particulière d'inférence dans le cadre d'un raisonnement »⁹ et dans le cadre de la persuasion comme un argument rhétorique. Ce lien avec la persuasion et la rhétorique a conduit certains auteurs, comme Rescher¹⁰, à inclure l'argument conséquentialiste comme une sous-catégorie du sophisme.

Dans la littérature juridique, il est mis en évidence les liens entretenus entre l'argument conséquentialiste et l'argument téléologique. En effet, certains théoriciens du conséquentialisme, comme Alexy¹¹, Mac Cormick et Bankowsky¹², Bengoexea¹³ situent l'argument conséquentialiste parmi les arguments téléologiques. Néanmoins, l'ensemble de la doctrine ne partage pas cette classification. Feteris considère de manière autonome l'argument conséquentialiste, mais précise qu'il est inextricablement lié à l'argument téléologique¹⁴. En effet, pour cet auteur, l'argument conséquentialiste est celui-ci qui justifie une décision en recourant à des conséquences conformes à une fin souhaitée/souhaitable ou permettant d'atteindre cette fin. Cette autonomisation de l'argument conséquentialiste permet une étude plus spécifique de l'utilisation faite de ce dernier sans nier l'existence d'imbrication avec d'autres types d'arguments¹⁵.

En droit, il est ainsi possible d'étudier le conséquentialisme d'un point de vue théorique, en partant par exemple de la théorie de la législation et plus largement des différentes théories de l'argumentation juridique. Néanmoins, le choix est ici fait de partir de l'analyse de la pratique juridictionnelle. En effet, les juges « ont incorporé [l'argument conséquentialiste] dans le raisonnement qu'ils mènent pour justifier leurs décisions dans un certain sens, et pour écarter les décisions qui produisent des conséquences défavorables, nuisibles ou inacceptables pour le système juridique ou pour la société en général »¹⁶.

Pour les juges, le raisonnement conséquentialiste consiste à « tester les alternatives possibles d'une décision de justice par l'évaluation de ses effets juridiques, mais aussi sociaux, économiques, voire même politiques »¹⁷. Le juge intègre donc dans son processus de décision et dans le raisonnement justificatif, l'analyse des conséquences des différentes décisions envisageables.

⁹ F. CARBONNEL BELLOLIO, *La argumentacion consecuencialista en el tribunal constitucional español*, [en ligne], 5 s. : « una forma particular de inferencia dentro del razonamiento ».

¹⁰ N. RESCHER, *Introduction to Logic*, New York, 1964, 78 ss.

¹¹ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, 1989, 226 ss.

¹² Z. BANKOWSKI, N. MAC CORMICK, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, in N. MAC CORMICK, *Interpreting Statutes. Comparative Study*, Dartmouth, 1991, 364 ss.

¹³ J. BENGOTXEA, *Una defensa del consecuencialismo en el Derecho*, in *Telos*, 2/1993, 34 s.

¹⁴ E. Feteris (1999), *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, New York, 1999.

¹⁵ À l'instar de F. CARBONNEL BELLOLIO qui a analysé la pratique faite par le Tribunal constitutionnel espagnol de l'argument conséquentialiste tout en présentant les liens avec les autres types d'arguments.

¹⁶ F. CARBONNEL BELLOLIO, *La argumentacion consecuencialista en el tribunal constitucional español*, [en ligne], 3 s. : « han ido incorporando este tipo de argumento dentro del razonamiento que llevan a cabo para justificar sus decisiones en un determinado sentido, y descartar decisiones contrarias que producen consecuencias desfavorables, perjudiciales o inacceptables para el sistema jurídico o para la sociedad en general ».

¹⁷ F. HOURQUEBIE, *L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2/2012, 199 s.

L'incorporation de l'argument conséquentialiste dans la pratique juridictionnelle fait l'objet de nombreuses controverses. La vivacité de ces dernières dépend notamment du type de conséquences considérées par le juge au cours de son processus décisionnel. Le juge peut prendre en compte uniquement les conséquences juridiques. Cela le conduit à la fois à analyser les effets des éventuelles décisions sur le système juridique et les conséquences de ces dernières sur la situation juridique des requérants. Cette démarche conséquentialiste vise à assurer la cohérence du système juridique. Cette pratique fait l'objet de moins de critiques en ce sens que le raisonnement du juge reste dans le champ juridique. Néanmoins, les juridictions peuvent également prendre en compte les conséquences extrajuridiques : au niveau micro, c'est-à-dire pour les parties affectées par le jugement, et au niveau macro, pour l'ensemble de la société. Cette seconde forme de conséquentialisme fait l'objet de nombreuses controverses. Elle conduit le juge à intégrer dans son processus de décision des éléments ne relevant pas de la sphère strictement juridique. Or, toutes les traditions juridiques, notamment la tradition civiliste, ne sont pas favorables à une telle insertion. *In fine*, les débats se cristallisent autour d'une question sous-jacente qui correspond aux liens que doivent ou pas entretenir les sphères juridiques et politiques. En tout état de cause, la prise en compte des conséquences, notamment extrajuridiques, colore politiquement le raisonnement juridictionnel et juridique.

Or, l'office des juridictions constitutionnelles, marqué par le contrôle de constitutionnalité est un exemple de porosité entre le juridique et le politique. Théoriquement, la matière constitutionnelle apparaît donc être un terrain propice au développement de l'analyse conséquentialiste.

La réflexion proposée souhaite donc partir de l'analyse de la pratique des juridictions constitutionnelles quant à l'utilisation de l'argument conséquentialiste. Cette dernière a pour ambition d'apporter des éléments de réponse aux questions suivantes : les traditions juridiques sont-elles favorables à l'insertion de l'argument conséquentialiste dans le raisonnement juridictionnel ? Existe-t-il une pratique uniforme ? L'utilisation de l'argument conséquentialiste par les juridictions constitutionnelles est-elle explicite, implicite, aboutie ? Quelles sont les conséquences d'une telle utilisation pour les constructions doctrinales telles que les modèles de justice constitutionnelle ou encore les traditions juridiques ? Quelles sont les conséquences du conséquentialisme pour les juridictions constitutionnelles elles-mêmes : gain ou perte de légitimité ?

2. L'utilisation de l'argument conséquentialiste par les juridictions constitutionnelles

Pour analyser l'utilisation de l'argument conséquentialiste par les juridictions constitutionnelles, le choix a été fait de faire une étude de cas de deux États : la France et les États-Unis. Cet échantillon, bien qu'insuffisant, permet de mettre en lumière la pratique faite par deux juridictions constitutionnelles relevant de deux modèles différents de justice constitutionnelle.

L'étude de cas de la pratique de la Cour suprême des États-Unis et du Conseil constitutionnel montre l'existence d'une insertion de l'argument conséquentialiste dans le

processus de décision. Néanmoins, cette pratique n'est point uniformisée ; cela se confirmant par la mobilisation d'autres exemples étrangers.

2.1. Étude de cas : les États-Unis et la France

2.1.1. La Cour suprême des États-Unis

Pendant longtemps, l'insertion d'arguments conséquentialistes dans le raisonnement de la Cour suprême était proscrite en raison de la doctrine Scalia : « je ne pense pas que le fait d'éviter des conséquences malheureuses constitue une base adéquate pour interpréter un texte »¹⁸. Cette dernière n'a jamais été démentie si bien que les neuf juges continuent d'affirmer que « les conséquences ne peuvent changer [leur] compréhension du droit »¹⁹ et qu'il ne revient pas à la Cour « d'évaluer les conséquences de chaque [lecture possible de la loi] et d'adopter celle qui produit le moins d'effets pervers »²⁰.

Or, comme le démontre Aaron Tang, la Cour suprême utilisait les arguments conséquentialistes, mais de manière implicite. De plus, il identifie un « tournant conséquentialiste » depuis 2020. En effet, après une étude exhaustive des décisions de la Cour suprême, notamment dans la matière constitutionnelle, il affirme que la juridiction « identifie expressément les conséquences négatives potentielles de sa décision, prédit la réaction des groupes perdants et statue de manière à garantir que ces [derniers] disposeront d'options significatives pour éviter ces conséquences après la défaite »²¹.

Prenons un exemple de décision dans le champ du droit constitutionnel²² : l'affaire *Trump v. Vance*²³. Cette décision est remarquable en ce sens qu'elle illustre parfaitement les étapes du « test conséquentialiste » développé récemment par la Cour suprême. Dans ce litige, la Cour suprême rejette la requête du président Trump visant à empêcher l'exécution d'une assignation à comparaître pour obtenir les dossiers fiscaux et financiers du Président dans le cadre d'une enquête en cours sur le scandale Stormy Daniels.

La Cour ne s'est pas appuyée uniquement sur les modes de raisonnement habituels (texte, approche historique et doctrinale). Elle a également fait des prédictions explicites sur les conséquences de sa décision. Elle a ainsi reconnu que si l'assignation était exécutée, le président Trump pourrait subir « des détournements, des stigmates et du harcèlement »²⁴. Au contraire, si

¹⁸ *Nixon v. Mo. Mun. League*, 541 U.S. 125, 141 (2004).

¹⁹ *United States v. Davis*, 139 S. Ct. 2335, 2355 (2019) (Kavanaugh, J., dissenting).

²⁰ *Lewis v. Chicago*, 560 U.S. 217 (2010).

²¹ A. TANG, *Consequences and the Supreme Court*, in *Northwestern University Law Review*, 971/ 2023.

²² A. TANG relève qu'en deux ans, la Cour suprême a rendu au moins cinq décisions en matière constitutionnelle dans lesquelles apparaissent explicitement l'évaluation des options de la partie perdante pour éviter les préjudices liés à la perte du procès : A. TANG, *Consequences and the Supreme Court*, in *Northwestern University Law Review*, 971/ 2023.

²³ *Trump v. Vance*, 591 U.S. (2020).

²⁴ *Trump v. Vance*, 591 U.S. 2425-29 (2020).

l'assignation était bloquée, l'État de New York pourrait être « privé de pistes d'enquête »²⁵. Enfin, la Cour suprême a évalué laquelle des deux parties serait là plus à même d'éviter les conséquences « malheureuses ». Alors que le Président pourrait toujours éviter la stigmatisation et le harcèlement, débouter l'État de New York limiterait sa capacité à poursuivre l'enquête²⁶. La Cour a donc tranché en faveur de l'État de New York précisément parce que cela produirait les conséquences les moins dommageables.

Ainsi, dans les cinq décisions en matière constitutionnelle²⁷, la Cour semble élaborer un « test conséquentialiste ». La première étape du test consiste à identifier les conséquences néfastes pour les parties perdantes des différentes décisions envisageables. Ensuite, la Cour ne compare pas les conséquences entre elles dans le but de « maximiser le bien-être » général. Elle préfère prédire la manière dont les parties vont réagir aux décisions défavorables. Enfin, la Cour statue de manière conforme aux prédictions faites et en faveur de la partie qui dispose de moins d'options significatives pour faire face à une décision défavorable et aux préjudices engendrés. En ce sens, même si la doctrine Scalia n'est pas officiellement remise en cause, il apparaît que la minimisation des conséquences malheureuses pour les parties au procès est un élément important dans le processus décisionnel de la Cour.

Le fait de prédire uniquement la manière dont les parties au procès peuvent réagir face à des décisions défavorables minimise les critiques pouvant être faites de cette pratique de l'argument conséquentialiste. En effet, en restant dans la sphère des parties au procès, la Cour suprême n'entre pas directement dans la sphère politique²⁸, bien que la portée des décisions de la Cour aille bien au-delà du cas d'espèce.

La présence explicite d'un test conséquentialiste dans la jurisprudence récente de la Cour suprême américaine n'est point observable dans la pratique des juridictions constitutionnelles européennes notamment celle du Conseil constitutionnel. L'usage des arguments conséquentialistes est dans la majeure partie des cas implicite et incomplet.

2.1.2. *Le Conseil constitutionnel*

La lecture des décisions du Conseil constitutionnel ne permet pas de déceler de manière évidente l'utilisation d'arguments conséquentialistes²⁹. Cela ne signifie pas pour autant que les Sages n'intègrent pas dans leur processus de décision des motifs conséquentialistes, simplement ils n'ont pas été mentionnés de manière explicite dans le raisonnement syllogistique présenté

²⁵ *Trump v. Vance*, 591 U.S. 2430 (2020).

²⁶ *Trump v. Vance*, 591 U.S. 2430 (2020).

²⁷ *Ford Motor Company v. Montana Eighth Judicial District* ; *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo* ; *Jones v. Mississippi* ; *Trump v. Vance* ; *June Medical Services v. Russo*.

²⁸ A. TANG, *Consequences and the Supreme Court*, in *Northwestern University Law Review*, 971/ 2023

²⁹ Cependant, ce recours à l'analyse conséquentialiste est implicite et ne transparait pas dans la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles. C'est le cas notamment du Conseil constitutionnel. La motivation de ses décisions est guidée par l'exigence de l'*imperatoria brevitatis* rendant difficile la détection de l'utilisation d'arguments conséquentialiste : P. MIMIN, *Le style des jugements*, Paris, 1970.

dans la décision. Ainsi, « le Conseil constitutionnel utilise l'argument conséquentialiste sans toutefois l'admettre véritablement »³⁰. Pour réussir à établir un faisceau d'indices permettant de démontrer l'existence d'une forme de démarche conséquentialiste par le Conseil constitutionnel³¹, il faut analyser un ensemble d'éléments juridiques et parajuridiques³².

Au moment de la préparation des décisions, un dossier documentaire est établi par les services du Conseil constitutionnel et mis à la disposition des juges constitutionnels. Il est à noter que ce dernier contient des éléments « reflétant l'état du débat public à travers la presse »³³, laissant penser que l'opinion publique et la réalité sociale sont des éléments pris en compte dans le processus décisionnel entendu dans un sens large. Cette considération est une des prémisses nécessaires à une certaine forme de démarche conséquentialiste³⁴ et s'inscrit dans une volonté du Conseil constitutionnel d'inspirer « une confiance légitime [...] tant aux citoyens qu'aux pouvoirs publics ».³⁵

Cette démarche se confirme par l'analyse des délibérations³⁶ possible depuis 2009. Leur lecture « a permis d'établir plusieurs certitudes : 1) l'évaluation des conséquences est menée pour chaque affaire depuis les débuts du contrôle ; 2) l'argument conséquentialiste s'avère déterminant dans certains cas ; [...] 4) les conseillers évoquent différentes catégories de conséquences »³⁷. L'analyse des délibérations montre que le Conseil constitutionnel prend en compte les conséquences économiques de ses décisions ainsi que les conséquences juridictionnelles, notamment la possible augmentation des recours³⁸.

³⁰ F. HOURQUEBIE, *L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2/2012, 199 s.

³¹ Pour une étude exhaustive voir : S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, 2016.

³² Voir en ce sens les travaux de Michael Koskas qui propose une théorie des sources des décisions du Conseil constitutionnel : M. KOSKAS, *Le Conseil constitutionnel par lui-même, Contribution à une analyse de la production du droit*, [en ligne] 2022.

³³ O. DUTHELLET de LAMOTHE, *Les modes de décision du juge constitutionnel, texte prononcé lors du Séminaire international de justice constitutionnelle organisé par le Centre d'études constitutionnelles et administratives de l'Université catholique de Louvain* [en ligne], Bruxelles, 6-7 décembre 2001 ; F. HOURQUEBIE, *L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2/2012, 208 s.

³⁴ Il est à noter que la prise en compte de la réalité sociale et de l'opinion publique est une prémisses nécessaires à la prise en compte des conséquences extrajuridiques. Le Conseil ne se limiterait donc pas aux conséquences juridiques, ni uniquement aux conséquences extrajuridiques pour les parties au procès. L'idée serait de prendre en compte les conséquences juridiques et extrajuridiques des éventuelles décisions pour la société en général.

³⁵ O. DUTHELLET de LAMOTHE, *Les modes de décision du juge constitutionnel, texte prononcé lors du Séminaire international de justice constitutionnelle organisé par le Centre d'études constitutionnelles et administratives de l'Université catholique de Louvain* [en ligne], Bruxelles, 6-7 décembre 2001.

³⁶ Pour un travail d'analyse des délibérations du Conseil constitutionnel voir : B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, 2^e éd., Paris, 2009.

³⁷ S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 53/2016.

³⁸ En droit anglo-américain, c'est l'argument du *floodgates*. Voir : A. WIJFFELS, *Policy considerations, en amont de l'argument conséquentialiste* [en ligne], in *Miroir et mémoire de l'Europe : à la recherche d'une culture juridique partagée, du Moyen Âge à l'Époque contemporaine - Cour du Collège de France*.

C'est réellement la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui a levé le voile sur l'utilisation d'une analyse conséquentialiste par le Conseil constitutionnel. Dès les premiers moments de vie de la QPC, le juge constitutionnel se livre à un exercice de motivation proche de l'argumentation en *common law*³⁹, révélant à la fois le souci de prendre en compte les réalités de terrain, les contraintes juridiques et les conséquences des potentielles décisions envisageables. Ce sont l'ensemble de ces éléments, qui ne sont pas tous strictement juridiques, qui vont conduire à orienter le processus décisionnel.

Prenons pour exemple la décision de 2010 sur la garde à vue⁴⁰. Le Conseil constitutionnel commence par présenter le contexte dans lequel s'inscrit ce contentieux en mobilisant des éléments factuels, statistiques, sociaux et politiques. Il relève que « les nouvelles modalités de mise en œuvre de l'action publique [ont conduit à ce qu'] une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, [...] que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause »⁴¹. Il est aussi noté qu'il existe une augmentation importante du nombre d'officiers de police judiciaire. En quinze ans, leur nombre est passé de 25 000 à 53 000⁴². Le Conseil constitutionnel considère que l'ensemble de ces évolutions « ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue [...], qu'elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière »⁴³. Le juge finit son raisonnement en notant que l'année 2009 est marquée par un nombre très important de gardes à vue : 790 000⁴⁴. Le Conseil constitutionnel s'appuie donc sur des circonstances de fait et sur les droits et libertés pour déclarer inconstitutionnelle la disposition du Code de procédure pénale au regard « du détournement de la procédure de garde à vue »⁴⁵. Cependant, il refuse de procéder à une censure immédiate des dispositions en ce qu'elle entraînerait « des conséquences manifestement excessives »⁴⁶. L'abrogation immédiate conduirait à ce que les gardes à vue ne disposent plus de cadres juridiques le temps que le Gouvernement et le Parlement procèdent au vote d'une nouvelle loi, ce qui « méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives »⁴⁷. Le choix de l'utilisation de l'article 62 alinéa 2⁴⁸ se justifie donc par la volonté de minimiser les conséquences défavorables de la décision d'inconstitutionnalité pour les pouvoirs publics. Il est ainsi possible de voir dans la décision de moduler les effets dans le

³⁹ F. HOURQUEBIE, *L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2/2012, 215 s.

⁴⁰ CC, Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

⁴¹ CC, Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, §16.

⁴² CC, Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, §17.

⁴³ CC, Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, §18.

⁴⁴ CC, Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, §18.

⁴⁵ F. HOURQUEBIE, *L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2/2012, 214 s.

⁴⁶ CC, Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, §30.

⁴⁷ CC, Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, §30.

⁴⁸ L'article 62 alinéa 2 de la Constitution permet au Conseil constitutionnel de moduler les effets dans le temps d'une décision d'inconstitutionnalité : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

temps d'une décision d'inconstitutionnalité une forme minimale de démarche conséquentialiste : assurer la cohérence du système juridique en évitant la remise en cause trop brutale de situations juridiques d'ores et déjà constituées. À l'instar de l'article 62 alinéa 2, il est à noter que l'utilisation de certaines techniques de contrôle comme le contrôle de proportionnalité ou encore les réserves d'interprétation conduit à instaurer « une présomption de conséquentialisme »⁴⁹.

Il existe donc une forme de démarche conséquentialiste dans le raisonnement du Conseil constitutionnel. Cette pratique diffère de celle de la Cour suprême des États-Unis conduisant au constat d'absence d'utilisation uniforme de l'argument conséquentialiste par les juridictions constitutionnelles.

2.2 *L'absence d'utilisation uniforme de l'argument conséquentialiste*

Les études de cas réalisés ci-dessus amènent à un double constat. Tout d'abord, les juridictions constitutionnelles inscrivent parfois leurs décisions dans un raisonnement qui peut être conséquentialiste. Néanmoins, l'insertion des arguments conséquentialistes dans le processus décisionnel n'est pas uniforme.

En effet, l'utilisation de l'argument conséquentialiste par le Conseil constitutionnel n'est qu'implicite et se découvre par le biais d'un faisceau d'indices. *A contrario*, la Cour suprême des États-Unis assume et incorpore de manière explicite la démarche conséquentialiste dans ses décisions. En effet, depuis 2020 et grâce à l'étude d'Aaron Tang⁵⁰, il est possible d'avancer l'idée que la Cour suprême est en train de développer un véritable test conséquentialiste formalisé par différentes étapes de raisonnement décrites plus haut.

Il faut tout de même noter que la forme implicite que prend le conséquentialisme du Conseil constitutionnel semble plus ambitieuse en ce sens qu'il existe une prise en compte des conséquences juridiques et extrajuridiques pour l'ensemble de la société et non seulement pour les seules parties perdantes du « procès constitutionnel » à l'instar de la pratique de la Cour suprême des États-Unis.

En tout état de cause, il n'existe pas de pratiques uniformes de l'argument conséquentialiste par les juridictions constitutionnelles. Ce constat se confirme en élargissant l'analyse à d'autres exemples étrangers.

La perspective italienne est éclairante sur ce point. La Cour constitutionnelle italienne reste dans une démarche très formaliste et semble assez réticente à entrer dans une démarche conséquentialiste. Cependant, au regard des effets *erga omnes* des décisions d'annulation, la Cour est sensible aux conséquences sur le système juridique afin de maintenir la cohérence de celui-ci. Par exemple, pour ne pas compromettre la continuité réglementaire et la délivrance de

⁴⁹ S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 53/2016.

⁵⁰ A. TANG, *Consequences and the Supreme Court*, in *Northwestern University Law Review*, 971/ 2023.

prestation sociale, les juges constitutionnels italiens n'ont pas annulé la législation de l'État central, même si cette dernière était invasive pour l'autonomie des régions⁵¹. La Cour constitutionnelle italienne adopte donc bien une forme timide, moins controversée de conséquentialisme.

Quant au Tribunal constitutionnel espagnol, il est plus audacieux dans sa pratique. En effet, il utilise explicitement l'argument conséquentialiste et prend en compte à la fois les conséquences juridiques (sécurité juridique, éviter les vides juridiques, etc.) et les conséquences extrajuridiques (économiques, politiques, sociales) et cela transparaît dans la motivation des décisions. Cependant, l'argument conséquentialiste est utilisé de manière incomplète, sans justification suffisante, ou sans le mettre correctement en relation avec les autres éléments du raisonnement syllogistique. Souvent, il affirme que telle conséquence serait dommageable sans faire apparaître tout le raisonnement et la justification y menant⁵².

Ainsi, les juridictions constitutionnelles européennes n'ont pas une utilisation uniforme de l'argument conséquentialiste. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme encourage les États à prendre en compte les conséquences, à minima juridiques de leurs décisions. En atteste l'arrêt du 9 juin 2022 dans lequel la Cour demande à la haute juridiction française de mesurer les conséquences de sa décision et d'écarter la loi si elle entraîne des conséquences manifestement disproportionnées et excessives⁵³.

Malgré une utilisation non uniforme, la pratique d'une démarche conséquentialiste par des juridictions constitutionnelles comporte des conséquences sur le plan doctrinal et pour les juridictions constitutionnelles elles-mêmes.

3. Les conséquences de l'utilisation d'arguments conséquentialistes par les juridictions constitutionnelles

L'utilisation de l'argument conséquentialiste dans le processus décisionnel des juridictions constitutionnelles n'est pas sans conséquences. En effet, cela participe d'une remise en cause de certaines typologies doctrinales à savoir les deux grands modèles de justice constitutionnelle et la distinction entre la tradition continentale et la tradition de *common law*. Également, la prise en compte des conséquences par les juridictions constitutionnelles a une influence, positive ou négative, sur la légitimité des juridictions.

3.1. La participation à la remise en cause de typologies doctrinales

3.1.1. Les modèles de justice constitutionnelle

⁵¹ Sent. 13/2004.

⁵² Pour une analyse détaillée de la pratique du conséquentialisme par le Tribunal constitutionnel espagnol voir : F. CARBONNEL BELLOLIO, *La argumentacion consecencialista en el tribunal constitucional español*, [en ligne].

⁵³ CEDH, n°15567/20 du 9 juin 2022, *Xavier Lucas c. France*, not. §57.

La présence implicite ou explicite d'une analyse conséquentialiste dans le processus de décisions des juridictions constitutionnelles est un élément supplémentaire⁵⁴ de remise en cause de la distinction traditionnelle entre les deux modèles de justice constitutionnelle.

Un des critères distinctifs des modèles européen et américain de justice constitutionnelle est la nature du contrôle, à savoir concret ou abstrait. En effet, dans le modèle européen de justice constitutionnelle, le contrôle est réputé être abstrait. La juridiction constitutionnelle n'est point censée s'intéresser aux faits. Dans une logique positiviste et théorique, ils confrontent ainsi la norme inférieure, la loi, à la norme supérieure, la Constitution. Ce syllogisme conduit le juge à ne s'attacher qu'aux fondements et au droit applicable et non aux effets de sa décision. Cependant, les juridictions constitutionnelles européennes, notamment le Conseil constitutionnel et le Tribunal constitutionnel espagnol, prennent en compte des éléments extrajuridiques (factuels, sociologiques, statistiques) pour apprécier les potentielles conséquences des décisions. Le recours à l'argument conséquentialiste conduit donc à rendre le contrôle de constitutionnalité concret, comme en atteste la décision *Garde à vue* du Conseil constitutionnel⁵⁵.

Le recours à l'argument conséquentialiste participe donc à une forme de convergence des contrôles de constitutionnalité exercés en Europe et aux États-Unis. Déjà mise à mal par l'introduction des contrôles *a posteriori*⁵⁶, la distinction traditionnelle entre le modèle européen et le modèle américain de justice constitutionnelle se trouve encore affaiblie face au constat du recours à l'argument conséquentialiste par les juridictions constitutionnelles européennes et américaine.

3.1.2. Les traditions juridiques

Plus largement, le recours à l'argument conséquentialiste par les juges (qu'ils soient constitutionnels ou non⁵⁷) participe à un mouvement de convergence des deux grandes traditions juridiques à savoir la tradition de *common law* et la tradition civiliste.

Dans la tradition de *common law*, il existe « un dialogue très libre entre juges et avocats. [...] Il porte à la fois sur les faits, sur les moyens, sur les arguments, sur les conséquences des diverses solutions possibles – conséquences pour les parties en cause et conséquences sociales »⁵⁸. En cela, les juges de *common law* usent des « *policy considerations* » ou « *policy arguments* ». Ils apprécient, dans leur décision, comment l'ordre social, l'ordre politique,

⁵⁴ De nombreux écrits ont mis en évidence la non-pertinence de cette dichotomie classique entre modèle européen et américain de justice constitutionnelle. Voir notamment : G. TUSSEAU, *Les causes d'un choix de modèle de contrôle de constitutionnalité. Observation critiques sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel*, in *Jus Politicum*, 13/ 2014.

⁵⁵ CC, Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

⁵⁶ O. JOUANJAN, *Modèle et représentation de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique*, in *Jus Politicum*, 2/2009.

⁵⁷ Voir en ce sens : F. HOURQUEBIE, *L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2/2012, 199 ss.

⁵⁸ A. TOUFFAIT, A. TUNC, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation*, in *Revue trimestrielle de droit civil.*, 3/1974, 489 ss.

l'ordre économique, la vie publique, peut être affectés par le principe établi par leur décision⁵⁹. Il en ressort que les juges de *common law* considèrent des éléments pratiques, pragmatiques permettant d'évaluer les conséquences de leurs décisions. Cet exercice conduit à l'insertion d'éléments parajuridiques, voire extrajuridiques dans le processus de décision. Ainsi, la tradition de *common law* semble théoriquement plus encline à permettre au juge de prendre en compte des éléments extrajuridiques dans son processus de décision. Il n'existe de ce point de vue aucun obstacle théorique à insérer dans le raisonnement judiciaire les conséquences des potentielles décisions.

Au contraire, la tradition civiliste, marquée par une démarche formaliste et un raisonnement hypothético-déductif⁶⁰, est particulièrement hostile à l'analyse conséquentialiste. En effet, le conséquentialisme conduit à un renversement de la logique syllogistique : la prise en compte des conséquences rétroagit sur les choix envisageables et donc *in fine* sur la décision. Le caractère hypothético-déductif du syllogisme est ainsi malmené. Néanmoins, malgré les obstacles théoriques, le recours à l'analyse conséquentialiste s'est développé dans les juridictions de tradition civiliste. La matière constitutionnelle peut apparaître plus encline à ce développement puisqu'il existe une exigence d'adéquation de la norme constitutionnelle à la réalité sociale⁶¹.

Il existe donc « une certaine convergence entre [les] deux modèles [les deux grandes familles de droit] et donc, des modèles d'interprétation ». Le juge de tradition continentale n'est plus uniquement dans une démarche formaliste et positiviste. Avec l'analyse conséquentialiste, il se rapproche de la tradition de *common law* en réalisant « sans l'assumer pleinement, une synthèse entre l'équité et la loi »⁶².

Au-delà des conséquences doctrinales, l'utilisation de l'argument conséquentialiste entraîne des conséquences paradoxales pour les juridictions constitutionnelles en termes de légitimité.

3.2. Des conséquences paradoxales en termes de légitimité

L'utilisation de l'argument conséquentialiste peut avoir des effets et des conséquences paradoxales en termes de légitimité pour les cours constitutionnelles.

⁵⁹ : A. WIJFFELS, *Policy considerations, en amont de l'argument conséquentialiste* [en ligne], in *Miroir et mémoire de l'Europe : à la recherche d'une culture juridique partagée, du Moyen Âge à l'Époque contemporaine - Cour du Collège de France*.

⁶⁰ F. HOURQUEBIE, *L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2/2012, 199 ss.

⁶¹ Cette exigence d'adéquation a pu se matérialiser par la doctrine du droit vivant (C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris, 2003) ou en encore par la doctrine du *living constitutionalism* aux États-Unis (B. ACKERMAN, *The living constitution*, in E. SMITH, *Constitutional justice under old constitutions*, The Hague, 1995, 315 s.).

⁶² F. HOURQUEBIE, *L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2/2012, 199 ss.

La pratique d'une démarche conséquentialiste par les juridictions constitutionnelles peut participer d'une « stratégie de légitimation sociale »⁶³. En effet, l'insertion de l'argument conséquentialiste dans le processus décisionnel conduit les juges constitutionnels à mesurer les conséquences juridiques, politiques, économiques et sociales des différentes décisions envisageables. En ce sens, le test conséquentialiste conduit à mesurer et à prendre en compte l'opinion publique sur les différentes thématiques qui sont portées à la connaissance des juges constitutionnels. Cette attention à l'opinion publique a pour dessein de trouver une décision « la plus équitable et acceptable par la majorité des citoyens »⁶⁴. Cela rétroagit sur la légitimité même de la cour constitutionnelle. En effet, le test conséquentialiste vise à rendre plus acceptables les décisions prises. Cela permet donc d'accroître le *public support* c'est-à-dire la confiance octroyée à la Cour par l'opinion publique.

Néanmoins, la stratégie de légitimation doit également se décliner et se retranscrire d'un point juridique⁶⁵. La doctrine anglo-saxonne parle ici de *legal legitimacy*. Ainsi, pour que la démarche conséquentialiste produise des effets notables sur la légitimité des cours constitutionnelles, sa retranscription dans la motivation de la décision semble nécessaire. Or, en Europe notamment, la tradition civiliste est marquée par *l'imperatoria brevitatis*⁶⁶, conduisant à fortement limiter la motivation des décisions. En ce sens, l'argument conséquentialiste apparaît peu voire pas, laissant planer des incertitudes sur les réels motifs de la décision. Dans ce contexte, la stratégie de légitimation justifiée par le besoin de pallier le déficit démocratique des juridictions constitutionnelles ne fonctionne point, d'autant plus dans un contexte où tout rôle politique des juges constitutionnels est réfuté. Ainsi, pour accroître la légitimité des cours constitutionnelles, les arguments conséquentialistes doivent apparaître explicitement dans la motivation des décisions⁶⁷.

La démarche conséquentialiste des juridictions constitutionnelles conduit donc à questionner le rôle des juges constitutionnels tenaillés entre les exigences de l'État de droit et de la démocratie. Quel rôle pour les juges constitutionnels ? Doivent-ils seulement faire respecter l'État de droit et rester dans un rôle uniquement juridique ? Au contraire, peuvent-ils entrer sur la scène politique en prenant en compte les conséquences de leurs décisions pour la société et pour les systèmes juridique et démocratique ? De manière générale, le rôle politique des juridictions constitutionnelles est réfuté en ce qu'elles présentent un déficit de légitimité démocratique. Or, un compromis peut être trouvé avec la démarche conséquentialiste : le juge constitutionnel pourrait jouer un rôle politique en prenant en compte les conséquences

⁶³ V. G. SCOFFONI, *La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2/1999, 269 s. ; F. HOURQUEBIE, *L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2/2012, 206 s.

⁶⁴ F. HOURQUEBIE, *L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice*, cit., 199 ss.

⁶⁵ Il est à noter que la légitimité des cours constitutionnelles est aussi mesurée à l'aune de *l'institutional security* c'est-à-dire la capacité des cours constitutionnelles à résister aux différentes pressions en raison de leur indépendance : T. ROUX, *Principle and pragmatism on the constitutional court of South Africa*, in *I-CON*, 1/2009, 108 s.

⁶⁶ P. MIMIN, *Le style des jugements*, Paris, 1970.

⁶⁷ Pour une analyse du lien entre légitimité des juges et motivation des décisions : F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Ve République*, Bruxelles, 2004, 485 ss.

juridiques et extrajuridiques de ses décisions tout en limitant la finalité de cette démarche à la réalisation de l'œuvre démocratique.

Une démarche conséquentialiste explicite participe donc à la légitimation des cours constitutionnelles et à la quête d'un point d'équilibre et de convergence entre les exigences de l'État de droit et de la démocratie.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

IL CONTROLLO SULL'ESERCIZIO DEL POTERE PUBBLICO FRA GIUSTIZIA
COSTITUZIONALE E GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA. FENOMENI DI
CIRCOLAZIONE DELLE TECNICHE DI GIUDIZIO IN PROSPETTIVA
COMPARATA

FRANCESCO EMANUELE GRISOSTOLO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Relativizzazione della distinzione fra “giustizia costituzionale” e “giustizia amministrativa” tramite l’analisi comparativa. – 3. Il problema della discrezionalità: qual è il confine? – 3.1. L’eccesso di potere per sviamento e il sindacato “sul fine”. – 3.2. La tendenza all’oggettivizzazione del controllo sulla discrezionalità e il sindacato “per principi”. – 4. Linee di sintesi.

1. Introduzione

Nella nostra prassi scientifica e didattica, i temi del controllo giurisdizionale sugli atti legislativi e sugli atti amministrativi – provvedimenti amministrativi, ma anche atti normativi, quali i regolamenti – sono affrontati per lo più in maniera separata, anche in considerazione della indubbia differenza intercorrente, sul piano costituzionale, fra funzione legislativa e funzione amministrativa, la prima affidata in misura preminente all’organo rappresentativo e fondata, quindi, sul meccanismo della rappresentanza politica, la seconda legittimata dalla (e vincolata al rispetto formale e sostanziale della) attribuzione legislativa¹.

¹ Le ragioni di una distinta trattazione non sono, tuttavia, solo di ordine sistematico, ma anche storico (differente genesi della giustizia costituzionale e di quella amministrativa nel nostro ordinamento) e scientifico-disciplinare: in particolare, sul “discorso interrotto” fra diritto costituzionale e diritto

Non sono, tuttavia, mancate attente voci dottrinali che hanno posto l’accento sui tratti di comunanza fra le due forme di controllo che, nell’esperienza concreta, hanno sollevato problemi analoghi a cui i rispettivi organi giurisdizionali hanno dato, spesso, soluzioni simili, realizzando una notevole convergenza. La principale analogia strutturale, che incide sulla logica del giudizio, è quella per cui «in entrambi i casi, l’intervento giurisdizionale non è semplicemente diretto a dirimere una lite, ma è principalmente orientato a controllare una manifestazione di volontà che si esprime in termini di potere»². Potere, dunque, che l’ordinamento attribuisce a un organo diverso da quello giurisdizionale, che è chiamato *non* a sostituire l’organo legislativo o amministrativo, bensì a operare un controllo esterno sulla conformità dell’atto-oggetto a un determinato parametro³.

Anche sul piano della cd. Costituzione dei poteri, il controllo sugli atti legislativi e quello sugli atti amministrativi si trovano di fronte a una problematica comune: la determinazione dell’ampiezza del controllo – la “profondità” del sindacato – ha rilevanti riflessi in termini di separazione dei poteri, in quanto definisce la sfera decisionale riservata a ciascuno di essi⁴. Un rapporto fra poteri che, come vedremo, più che di separazione è di equilibrio, alla luce dei principi fondamentali che connotano l’ordinamento⁵.

Alla luce di queste premesse, il presente contributo mira ad evidenziare, prima di tutto, come l’analisi comparatistica porti a relativizzare la distinzione fra “giustizia costituzionale” e “giustizia amministrativa” e costituisca un significativo argomento a favore di un’analisi trasversale dei due fenomeni. A seguire, si proporranno alcune riflessioni sulle problematiche comuni affrontate dal controllo sull’atto legislativo e sull’atto amministrativo e sui fenomeni di “circolazione” degli schemi utilizzati dai giudici per darvi soluzione.

amministrativo, v. C. PINELLI, “Diritto pubblico”: costituzionalisti e amministrativisti a confronto, in *Rivista AIC*, 2/2013.

² D. DE PRETIS, *Il diritto amministrativo alla Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2-3, 2022, 230-231. Una posizione simile trova autorevole espressione anche nella dottrina francese: «le Conseil constitutionnel se trouve conduit à des opérations logiques qui sont celles-là même que le juge de l’excès de pouvoir administratif a rencontrées»: G. VEDEL, *Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II)*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2, 1997, § 21.

³ La ricostruzione in chiave soggettiva del processo amministrativo (“giudizio sul rapporto”) non sembra contraddire questa conclusione, in quanto il potere riconosciuto all’amministrazione deve essere esercitato in conformità a limiti e finalità posti dal Legislatore, che diventano dunque il criterio di valutazione della decisione assunta dall’amministrazione. Non si indaga qui la ulteriore possibilità di estendere questo schema di analisi anche ad alcuni rapporti privatistici, dove pure si è sostenuta la configurabilità di una posizione di interesse legittimo (notoriamente, L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967) e la possibilità di sindacare l’eccesso di potere (da ultimo, Cass. civ., sez. VI, sent. 22 aprile 2022, n. 12932).

⁴ Il tema verrà approfondito *infra*, par. 3, a cui si rinvia per i riferimenti bibliografici.

⁵ La variabilità del punto di equilibrio fra i poteri alla luce «del quadro (del “dato”) fondamentale (ordinamentale) nel quale si iscrive e dei principi di tutela sostanziale e organizzativi che lo reggono» è argomentata ad esempio da F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 99 ss.

2. *Relativizzazione della distinzione fra “giustizia costituzionale” e “giustizia amministrativa” tramite l’analisi comparativa*

Come anticipato, agli occhi del comparatista la distinzione fra “giustizia costituzionale” e “giustizia amministrativa” appare decisamente fluida. Sul punto, l’analisi può essere articolata in tre passaggi, evidenziando i punti di contatto con riferimento, rispettivamente, a organo, oggetto e parametro.

Quanto all’organo, è noto come l’individuazione di un giudice speciale dell’amministrazione (*rectius, nell’amministrazione*), costituisca un tratto caratteristico del modello francese di giustizia amministrativa, sicuramente prestigioso e diffuso, ma non esclusivo nel panorama comparato⁶. In molti ordinamenti, il Giudiziario si presenta come un ordine unitario, seppure possano esservi articolazioni specializzate nelle controversie che coinvolgono l’amministrazione. Se a questo si accompagna un controllo di costituzionalità diffuso – sul paradigma degli Stati Uniti⁷ – allora sarà il medesimo giudice a effettuare il controllo di legittimità sia sugli atti legislativi che su quelli amministrativi.

Quanto all’oggetto, venendo ai sistemi accentrati di costituzionalità, ben può darsi che l’atto amministrativo sia vagliato dal giudice costituzionale e che, viceversa, la legittimità dell’atto legislativo sia posta in questione di fronte al giudice comune, e in particolare al giudice amministrativo.

Da un lato, il giudice costituzionale è anche giudice dell’esercizio del potere amministrativo: partendo dal caso italiano, ciò avviene senz’altro in sede di conflitto di attribuzioni, dove si registra una “coesistenza” (ma non una sovrapposizione, stante il differente parametro di giudizio) fra il rimedio del ricorso innanzi al Giudice amministrativo e quello innanzi alla Corte costituzionale⁸. Ma, aprendo lo sguardo alla comparazione, troviamo Corti costituzionali munite di competenze anche in relazione ad atti normativi di secondo grado, come avveniva già nel “prototipo” kelseniano della Costituzione austriaca del 1920⁹ e viene ora riproposto da varie costituzioni dell’America latina, dell’area balcanica e dell’Europa centro-orientale¹⁰. Nell’ambito, poi, degli

⁶ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, 2006, 111 ss.

⁷ È ormai un dato acquisito a livello dottrinale che i modelli originari “accentrato” e “diffuso” di giustizia costituzionale sono ormai di gran lunga insufficienti per classificare le casistiche concrete che si presentano sul piano comparato. Da un lato, nel caso statunitense, ritenuto il paradigma del modello diffuso, il controllo di costituzionalità è stato progressivamente accentrato nella Corte Suprema mediante un accorto utilizzo del suo potere di selezionare i casi da decidere (*writ of certiorari*), dall’altro, il controllo diffuso è ormai ammesso in varie costituzioni che prevedono anche un controllo accentrato: L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 80 ss. e 146 ss.

⁸ V. sul punto, di recente, P. CERBO, *Il conflitto intersoggettivo di attribuzione tra giudizio costituzionale e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2023, 62 ss.

⁹ E. D’ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 99 ss. (e part. 121), la quale evidenzia come il controllo sulla legittimità dei regolamenti fosse presente sin dalla versione originaria della Costituzione del 1920, sia nella forma in via incidentale che in via principale, sia in concreto che in astratto, e questo *nonostante* Kelsen lo collocasse concettualmente all’interno della giurisdizione amministrativa, scelta giustificata «alla luce dell’interesse dell’unità e della certezza sostanziali del diritto e dell’importanza e delle dimensioni assunte dall’attività regolamentare nell’ambito del sistema delle fonti normative».

¹⁰ In generale, sull’oggetto del giudizio di costituzionalità nel modello definito “nomocratico”, v. S. BAGNI, M. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, 224 ss.; sulla giustizia

ordinamenti che ammettono il ricorso diretto individuale di costituzionalità, il privato potrà normalmente contestare anche il provvedimento amministrativo individuale davanti al giudice costituzionale, previo esaurimento dei ricorsi giurisdizionali “ordinari”¹¹.

Dall’altro lato, in quegli ordinamenti dove il diritto internazionale (o sovranazionale) ha rango super-primario, il giudice amministrativo – al pari degli altri giudici comuni – potrà valutare la conformità a un parametro sovraordinato anche dell’atto legislativo ed eventualmente stabilirne la non applicazione. Relativamente al diritto internazionale, ciò avviene ad esempio in Francia, in Svizzera e nei Paesi Bassi: si tratta in tutti e tre i casi di ordinamenti che non conoscevano in origine un controllo successivo di costituzionalità, cosicché la tutela dei diritti nei confronti dell’atto legislativo si è affermata proprio ad opera del giudice comune attraverso le Carte internazionali in materia di diritti¹². A maggior ragione, un’analoga trasformazione si è verificata nell’ambito euro-unitario, in seguito all’affermazione dei principi del primato e dell’effetto diretto del diritto sovranazionale: si tratta di argomenti noti, su cui sia consentito di non soffermarsi ulteriormente.

Venendo, infine, al parametro, il giudice amministrativo fa ampia applicazione delle disposizioni costituzionali (anche quelle di principio o “aperte”, negli ordinamenti in cui gli si riconosce valore precettivo), le quali costituiscono una parte preminente del cd. “statuto normativo” del potere amministrativo¹³. Di più, negli ordinamenti in cui gli atti amministrativi non rientrano (se non in rari casi) nell’oggetto del giudizio costituzionale, il compito di assicurare l’effettiva precettività dei diritti fondamentali e

costituzionale in area balcanica e nell’Europa centro-orientale, v. C. PISTAN, *Giustizia costituzionale e transizioni di regime: l’esperienza dei Balcani occidentali*, in L. MONTANARI (a cura di), *L’allargamento dell’Unione europea e le transizioni costituzionali nei Balcani occidentali. Una raccolta di lezioni*, Napoli, 2022, 279 ss., nonché C. PISTAN, *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell’Europa centro-orientale e nell’area post-sovietica*, Bologna, 2015, 281 ss. e S. BENVENUTI, *I modelli di Corte suprema nei paesi della ex-Iugoslavia. I casi della Slovenia, della Serbia, della Croazia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2012, 273 ss. Per una descrizione aggiornata di molti sistemi di giustizia costituzionale dell’America latina, v. L. MEZZETTI, E.A. VELANDIA CANOSA (a cura di), *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, Bogotá, 2017.

¹¹ L’ammissione del ricorso costituzionale diretto avverso provvedimenti amministrativi è ormai comune a numerosi ordinamenti, sia di area tedesca (*Verfassungsbeschwerde*), sia spagnola e dell’America latina (*amparo*), sia dell’Europa centro-orientale: v. G. GENTILI, *Una prospettiva comparata sui sistemi europei di ricorso diretto al giudice costituzionale: suggestioni e spunti per la Corte costituzionale italiana*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 11/2011. Nel caso spagnolo, sulle peculiarità del processo amministrativo preliminare al *recurso de amparo*, sia consentito di rinviare a F.E. GRISOSTOLO, *Il procedimento speciale per la protezione dei diritti fondamentali nel diritto processuale amministrativo spagnolo*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2019, 115 ss.

¹² G. MARTINICO, *Studio sulle forme alternative di judicial review: il caso dei Paesi Bassi e della Svizzera*, in *federalismi.it*, 12/2017, il quale giunge alla conclusione che, nelle due esperienze nazionali analizzate, «diverse limitazioni al meccanismo del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi ... sono state in parte superate grazie all’apertura costituzionale degli ordinamenti».

¹³ Per un approccio comparatistico, v. R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, Torino, Giappichelli, 2021, il quale analizza tutti gli ordinamenti considerati presentando il relativo diritto amministrativo “nel contesto costituzionale”, assumendo come punto di vista «la stretta dipendenza della forma di amministrazione da quella di governo – se non addirittura dalla forma di Stato» e ritenendo il diritto amministrativo «una cartina di tornasole per verificare ... la complessiva tenuta dei valori democratici di uno Stato» (XXVII-XXVIII). V. inoltre E. D’ORLANDO, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione. Contributo allo studio dei fenomeni di convergenza tra ordinamenti nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2013.

dei principi costituzionali che connotano la forma di Stato è affidato in misura significativa al giudice amministrativo, il quale controlla le numerose scelte di rilievo costituzionale compiute tramite tali atti: si pensi agli atti generali e alle norme di rango secondario che incidono sui diritti di prestazione¹⁴ o sulla libertà religiosa¹⁵ oppure alla delicatissima problematica del potere d’ordinanza, le cui potenzialità di incidenza sulle libertà fondamentali si sono nuovamente palesate durante la recente emergenza sanitaria¹⁶.

In questo contesto, può essere interessante condurre una ricerca sulle tecniche di controllo del potere in maniera trasversale fra diritto costituzionale e diritto amministrativo negli ordinamenti in cui il relativo sindacato sia affidato a differenti plessi giurisdizionali, al fine di verificare se vi sia una circolazione di modelli in chiave sia “interna” (fra giudice costituzionale ed amministrativo del medesimo Paese) che “esterna” (a partire da un ordinamento verso altri ordinamenti).

3. *Il problema della discrezionalità: qual è il confine?*

Il controllo sull’esercizio della discrezionalità (amministrativa o legislativa) è il momento in cui si pone in maggiore tensione l’equilibrio fra organi decisionali e organi di controllo giurisdizionale, fra circuito della rappresentanza politica e circuito delle garanzie, con il rischio di vere e proprie alterazioni dell’ordine dei poteri¹⁷. La celebre massima attribuita a Henrion de Pansey «*juger l’administration c’est encore administrer*»¹⁸ e la definizione kelseniana della giurisdizione costituzionale come

¹⁴ C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, N. GRASSO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Atti del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Lecce il 19-20 giugno 2009, Torino, 2010, 57 ss.

¹⁵ E.V. ZONCA, *Islamic Symbols in Italian Courts: a New Field for Comparative Administrative Law?*, in R. SCARCIGLIA, W. MENSKI (edited by), *Islamic Symbols in the European Courts*, Padova, 2014, 221 ss., osserva che, su tale complessa tematica, la giurisprudenza amministrativa si può rivelare anche più centrale di quella costituzionale.

¹⁶ All’interno di una bibliografia ampissima, ci si limita a richiamare i contributi raccolti negli atti del precedente Seminario di diritto comparato dell’Associazione Gruppo di Pisa (D. CASANOVA, A. DE NICOLA, M.C. GIRARDI, P. VILLASCHI (a cura di), *Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato*, in questa Rivista) e del Convegno del 2020 dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AA.VV., *Annuario AIC 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Atti del XXXV Convegno annuale (4 dicembre 2020), Napoli, 2021, specialmente 143 ss.). Paiono in consonanza con la prospettiva qui adottata anche le considerazioni del Presidente del Consiglio di Stato sul ruolo del Giudice amministrativo nella fase pandemica: «Se va in crisi il paradigma legale, se la legge non compone il conflitto ... succede che l’amministrazione è chiamata a definire l’interesse pubblico in concreto nel farsi dell’azione amministrativa e il giudice, nel verificare la correttezza del potere, è chiamato a sua volta a una tecnica di sindacato che va oltre il giudizio sulla ragionevolezza e la proporzionalità» (F. PATRONI GRIFFI, *Il giudice amministrativo come giudice dell’emergenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 12 aprile 2021).

¹⁷ Traggo l’espressione da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l’ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 182, che peraltro esclude che, nel rapporto fra Legislatore e Corte costituzionale, tale alterazione vi sia stata, pur evidenziando il rischio di «indebiti svolgimenti di alcuni recenti indirizzi giurisprudenziali».

¹⁸ L’espressione va contestualizzata in una fase principale del controllo di legittimità svolto dal *Conseil d’État* e va letta alla luce della posizione dell’Autore, favorevole alla collocazione dello stesso all’interno

“legislatore negativo”¹⁹ attestano la risalente consapevolezza della labilità di questo confine: la giurisprudenza amministrativa ribadisce tuttora che il controllo giurisdizionale si deve arrestare di fronte alla discrezionalità riconosciuta dalla norma di legge se non siano violati i principi generali «al fine di assicurare il rispetto del principio costituzionale di separazione dei poteri»²⁰.

Sia giudice costituzionale sia giudice amministrativo si sono trovati di fronte alla tensione fra principio di effettività della tutela, da un lato, e di separazione dei poteri, dall’altro, nella consapevolezza che si tratta di «due principi non sempre tra loro perfettamente conciliabili»²¹: il problema delle tecniche di sindacato, lungi da essere un problema puramente processuale, investe sia il tema della separazione dei poteri sia quello della tutela dei diritti, e cioè, in via immediata, del diritto di agire in giudizio (art. 24 Cost.) e, in via mediata, dei singoli diritti protetti dalla Costituzione.

Ricercando le forme di *circolazione* e di *ibridazione* fra tecniche decisionali dei giudici costituzionali e amministrativi, nei paragrafi che seguono si proporrà, da un lato, un’analisi della vicenda dello sviamento di potere, che appare come una “mancata circolazione” dal giudizio amministrativo a quello costituzionale, dall’altro, una sintetica descrizione di quella che si può ritenere ormai una *koiné* tanto del linguaggio costituzionalistico che di quello amministrativo, e cioè il sindacato “per principi”.

3.1. L’eccesso di potere per sviamento e il sindacato “sul fine”

Nel diritto amministrativo italiano, il controllo sulla discrezionalità è inscindibilmente legato al vizio dell’eccesso di potere, che consente di sindacare la «scorrettezza in termini di legittimità delle valutazioni discrezionali»²².

Com’è noto, l’espressione “eccesso di potere” è una traduzione letterale del francese *excès de pouvoir*, utilizzata dal Legislatore italiano del 1889 con riferimento alle attribuzioni della neo-istituita sezione Quarta del Consiglio di Stato²³. Si tratta di una terminologia da impiegare, però, con cautela in ambito comparatistico, perché i due termini indicano in Francia e in Italia concetti diversi. Oltralpe, il ricorso *pour excès de pouvoir* identifica la principale tipologia del *contentieux d’annulation* ed è il ricorso di diritto comune esperibile contro qualunque decisione amministrativa unilaterale sulla

dell’amministrazione. Si riporta il passaggio per intero: «*statuer, par des décisions, sur les réclamations auxquelles ces ordonnances peuvent donner lieu, et sur les oppositions que des particuliers se croiroient en droit de former à leur exécution, c’est encore administrer. On administre donc de deux manières: par des ordonnances en forme de lois, et par des décisions en forme de jugements*» (P.P.N. HENRION DE PANSEY, *De l’autorité judiciaire en France*, Paris, 1818, 458).

¹⁹ H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung*, trad. it. di Carmelo Geraci, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 256.

²⁰ V., ad esempio, Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 30 maggio 2022, n. 4355; sez. IV, sent. 27 giugno 2023, n. 6280. In dottrina, v., da ultimo, A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, 393 ss. e i numerosi contributi raccolti nella *Sezione monografica della rivista P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, a cura di B. Giliberti, dedicata al tema della *full jurisdiction*.

²¹ In questi termini, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 giugno 2023, n. 6107.

²² In questo senso, P. GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 128.

²³ Art. 3, Legge 31 marzo 1889, n. 5992.

base del principio di legalità²⁴. In Italia, l'eccesso di potere è – assieme a incompetenza e violazione di legge – uno dei tre vizi che determinano l'annullabilità del provvedimento²⁵, vizi che nella terminologia francese vengono indicati piuttosto con la terminologia «*cas d'annulation*» o «*cas d'ouverture*»²⁶.

Al netto di queste differenze terminologiche, nell'ambito della giustizia amministrativa in Italia e in Francia, l'indagine sul “fine” perseguito dal titolare del potere costituisce la prima forma di penetrazione del controllo giurisdizionale all'interno del perimetro della discrezionalità amministrativa tracciata dalle norme di legge. Il *détournement de pouvoir* in Francia, l'eccesso di potere *per sviamento* in Italia, costituiscono il grimaldello – creato in via giurisprudenziale – per annullare provvedimenti che, pur formalmente rispettosi del dato normativo, perseguivano in realtà un fine diverso da quello per cui il potere era stato attribuito²⁷: si tratta di un primo passo nella direzione della creazione di strumenti sempre più esigenti e raffinati per controllare l'esercizio della discrezionalità che caratterizzerà, dalla fine dell'Ottocento, l'opera di entrambi i supremi organi di giustizia amministrativa²⁸. A partire dall'esperienza francese, questa impostazione originariamente “teleologica” del controllo – basata sul confronto fra finalità per cui il potere è attribuito e obiettivi in concreto perseguiti dall'autorità amministrativa – circolerà in altri Paesi, ad esempio – oltre all'Italia, di cui si è detto – in Spagna e nei Paesi Bassi²⁹, ma non può dirsi un percorso obbligato per l'affermazione del controllo sulla discrezionalità, che ad esempio in Germania o nel Regno Unito seguirà itinerari diversi³⁰.

Ma la domanda da affrontare, in base alla *research question* di questo contributo, è piuttosto la seguente: la figura dello sviamento di potere in quanto tale ha avuto una

²⁴ In questi termini, J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, 2018, 716.

²⁵ Art. 21-octies, Legge 7 agosto 1990, n. 241.

²⁶ J. WALINE, *Droit administratif*, cit., 730 ss.

²⁷ F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 296, definiscono lo sviamento di potere come «difformità tra lo scopo legale e lo scopo legale del provvedimento».

²⁸ Si v., da ultimo, l'ampia analisi condotta da F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *Nuove autonomie*, 3/2021, 583 ss., nonché le interessanti considerazioni di F.G. SCOCA, *Qual è il problema dell'eccesso di potere?*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, 239 ss.

²⁹ In Spagna, la *desviación de poder* determina l'annullabilità del provvedimento (art. 48, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). In questo caso, già la legge sulla giurisdizione amministrativa del 1956 si era allontanata dallo schema francese dei *cas d'ouverture* tipizzati, a favore di una clausola generale che giustificava l'annullamento dell'atto a fronte di «cualquier forma de infracción del Ordenamiento Jurídico, incluso la desviación de poder», quest'ultima definita come «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico» (art. 83, Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa; v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, 1, Cizur Menor, 2022, 694-695). Anche nei Paesi Bassi, la normativa procedurale stabilisce espressamente che l'organo amministrativo deve usare il potere per finalità non differenti da quelle per cui esso è stato attribuito (art. 3:3, Algemene wet bestuursrecht – Awb): R. SEERDEN, D. WENDERS, *Administrative Law in the Netherlands*, in R. SEERDEN (Edited by), *Comparative Administrative Law. Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States*, Cambridge – Antwerp – Portland 2018, 137.

³⁰ Per un'approfondita ricostruzione su tutte le esperienze citate in testo, v. S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2019.

“circolazione interna” nei Paesi in cui è stata elaborata dai giudici amministrativi? Si deve verificare se essa venga utilizzata anche nel contesto del controllo sugli atti legislativi.

Il dibattito dottrinale sull'eccesso di potere legislativo in Italia è stato di grandissimo peso, sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo³¹, ma l'utilizzo della nozione da parte della giurisprudenza – dapprima escluso³² – appare limitato a un numero ridottissimo di pronunce che, a seconda dei casi, parlano di «sviamento strumentale della funzione legislativa»³³ o di «eccesso di potere legislativo»³⁴. Anche in Francia, la manualistica sul *contentieux constitutionnel* riprende spesso i *cas d'ouverture* della giustizia amministrativa, compreso lo sviamento di potere³⁵, e quest'ultimo è stato invocato fin dagli anni Ottanta in sede di *saisine* della minoranza parlamentare, ma il *Conseil constitutionnel* non l'ha mai accolto³⁶ e, da ultimo, nel Commentario autorizzato di una decisione ne è stata esclusa del tutto l'applicabilità all'atto legislativo³⁷. Nemmeno in Spagna e nei paesi di lingua spagnola sembra riscontrarsi la dichiarazione di illegittimità di atti legislativi per *desviación de poder*, con l'eccezione della giurisprudenza costituzionale colombiana, che ha ammesso la possibilità di contestarla alle leggi provvedimento (*ley-medida*), rispetto alle quali si pretende che perseguano un fine pubblico plausibile³⁸ e si ammette la parte lesa a dimostrare che la finalità perseguita dal legislatore sarebbe contraria a valori, principi, diritti, doveri e fini costituzionali³⁹.

³¹ Non foss'altro per il carattere sistematico della questione e per il livello degli Autori coinvolti, basti citare, con diverse posizioni: C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1/1949, I, 457 ss.; L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 993 e ss.; più di recente, A. CELOTTO, *Corte costituzionale ed «eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. cost.*, 5/1995, 3724 ss. e G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, cit., anche per la ricostruzione del precedente dibattito dottrinale. Nella manualistica, il «cd. vizio di eccesso di potere legislativo» è presentato da A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022, 143 ss., che lo connettono però ai principi di uguaglianza e ragionevolezza (su cui v. il par. successivo).

³² Corte cost., sent. 21 marzo 1969, n. 37.

³³ Ad esempio, sent. 10 dicembre 1981, n. 187; sent. 12 luglio 1995, n. 313; sent. 12 dicembre 2012, n. 279.

³⁴ Ad esempio, sent. 19 novembre 1982, n. 195; sent. 3 marzo 1994, n. 70. Secondo la giurisprudenza costituzionale, nemmeno il “caso estremo” delle leggi-provvedimento consente di invocare integralmente l'insieme dei principi che presiedono all'attività amministrativa, «conducendo ad un sindacato equipollente, nei criteri e nei modi, a quello al quale è soggetto l'esercizio della discrezionalità amministrativa» (sent. 27 luglio 2020, n. 168).

³⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, 2016, 406 ss.; V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2016, 168 ss.; D. ROUSSEAU, P.Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 2016, 285 ss.

³⁶ M. CHARITE, *Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif: Etude comparée de l'office des juges constitutionnel et administratif français*, Thèse doctoral, Droit. Université d'Orléans, 2019, disponibile online, § 335 ss., il quale pure evidenzia che il *Conseil constitutionnel* avrebbe individuato nel principio di *sincérité budgétaire* uno strumento per sindacare l'intenzione del legislatore (e quindi il fine concreto del suo agire) nell'ambito della legge di bilancio: tale principio imporrebbe di verificare se vi sia «l'intention du législateur de fausser les grandes lignes de l'équilibre [financier]» (*Conseil constitutionnel*, Décision n° 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*).

³⁷ *Conseil constitutionnel*, Décision n° 2014-5 LP, 27 février 2015, *Loi du pays portant création de centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces*. *Commentaire*, disponibile online.

³⁸ Corte constitucional, sentencia C-364/93.

³⁹ Corte constitucional, sentencia C-456/98, la quale esemplifica i seguenti casi di sviamento di potere: «I) cuando la ley tiene una finalidad discriminatoria, es decir, no realiza el principio de igualdad; II) cuando se desvía la voluntad legislativa del norte que le impone la Constitución de asegurar el respeto a la dignidad

A fronte di questa tendenza negativa, sorge spontanea un'ulteriore domanda sulle ragioni di quella che appare una mancata circolazione. Il tema è assai complesso e non si presta ad essere esaurito in poche righe. Ciò nonostante, la spiegazione più convincente sembra quella di una certa "ritrosia terminologica" nell'utilizzo della nozione da parte dei giudici costituzionali⁴⁰, sia per il suo evocare l'audace opera di ampliamento dei propri spazi di sindacato sull'esercizio della discrezionalità effettuata dai giudici amministrativi⁴¹, sia per il suo essere riferita a finalità storico-politiche concrete e quindi «plus ou moins mêlé de subjectivité», con il rischio di contrapporsi esplicitamente agli obiettivi perseguiti da un organo legislativo pur sempre «détenteur d'une légitimité politique et juridique de premier plan»⁴². Di qui, la tendenza a configurare i vizi di legittimità in termini *oggettivi*, che – come vedremo nel prossimo paragrafo – finirà per generare una convergenza fra giudici a cui è affidato il controllo sul potere politico⁴³.

3.2. La tendenza all'oggettivizzazione del controllo sulla discrezionalità e il sindacato "per principi"

Preso atto che la tecnica di giudizio "teleologica", basata sullo sviamento di potere, sembra aver avuto un impatto complessivamente limitato nella giurisprudenza costituzionale, si può invece ravvisare una significativa convergenza fra giudici amministrativi e giudici costituzionali nell'elaborazione di principi comuni attraverso i quali condurre il controllo sull'esercizio del potere discrezionale (legislativo o amministrativo), con rilevanti forme di circolazione anche a livello transnazionale.

Nel caso francese, la circolazione "interna" della tecnica di giudizio basata sui principi è avvenuta in maniera palese. È dalla metà del Novecento che il *Conseil d'État* ha iniziato a parlare di «*principes généraux du droit applicables même en l'absence de textes*»⁴⁴, sebbene la sussistenza di principi generali del diritto fosse implicitamente alla base anche della giurisprudenza precedente. La dottrina riconosce a questi principi di creazione pretoria, idonei a vincolare non soltanto i provvedimenti amministrativi ma anche le fonti di rango secondario, un valore analogo a quello della legge⁴⁵.

humana, y de realizar los fines esenciales del Estado (arts. 1 y 2 C.P.); III) cuando el órgano legislativo se aparta del fin de consultar la justicia, el interés general y el bien común, y decreta "actos de proscripción o persecución contra personas naturales o jurídicas».

⁴⁰ L'espressione è tratta da A. CELOTTO, *Corte costituzionale ed «eccesso di potere legislativo»*, cit., 3734.

⁴¹ In questo senso interpreto il seguente, provocatorio passaggio di Mortati sulla (auto)preclusione della Corte costituzionale all'utilizzo dell'eccesso di potere: «Ciò fa ricordare quanto avviene nella "buona società", in cui è indice di cattiva educazione e quindi da evitare l'impiego delle parole più proprie a designare certe realtà ed è prescritto l'uso di perifrasi. Analogamente, apparendo il termine "eccesso di potere" *choquant*, si ricorre a quello di "ragionevolezza" e così l'etichetta è salva» (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1969, 1282, n. 4).

⁴² G. VEDEL, *Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II)*, cit., § 40.

⁴³ Questa è, fra l'altro, la conclusione a cui giungono entrambi gli Autori citati alle note precedenti.

⁴⁴ Conseil d'État, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*.

⁴⁵ V. ad esempio B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954; F. MODERNE, *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, in *Revue Française*

Negli anni Settanta, l'organo di giustizia costituzionale non fa che mutuare la tecnica già messa a punto dal giudice amministrativo, affermando la sussistenza di principi generali “à valeur constitutionnel” in grado di vincolare il legislatore⁴⁶. Quest'ultimo non soggiace a tutti i principi generali, ma soltanto a quelli di cui il *Conseil constitutionnel* riconosce il valore costituzionale; d'altro canto, fra questi principi e la legge si ripropone esattamente lo stesso rapporto che intercorre fra i principi generali creati dalla giustizia amministrativa e gli atti amministrativi.

Per quanto riguarda l'Italia, l'analisi deve prendere le mosse dall'evoluzione del vizio di eccesso di potere nella giurisprudenza amministrativa, che – ad avviso di autorevole dottrina – «da vizio ad accertamento sintomatico, si è andato trasformando [...] in violazione di principi generali, norme a largo spettro di origine giurisprudenziale»⁴⁷. Com'è avvenuta questa trasformazione? Il passaggio fondamentale è costituito dalla “oggettivizzazione” delle cd. figure sintomatiche di eccesso di potere: da elementi indicativi di uno sviamento del potere dalla causa tipica⁴⁸, esse divengono – nella fondamentale teorizzazione di Feliciano Benvenuti – «vizi della funzione», riconducibili ai principi della giustizia sostanziale, della ragionevolezza e dell'organizzazione amministrativa, da considerarsi quali «vere e proprie norme giuridiche»⁴⁹. Di qui, l'allargamento dell'ambito applicativo del vizio di violazione di legge – *sub specie* di violazione delle disposizioni di principio – a danno dell'eccesso di potere⁵⁰ e l'acquisizione in pianta stabile nel parametro di giudizio sui provvedimenti

de Droit Administratif, 1999, 722 ss.; J.M. MAILLOT, *La théorie des principes généraux du droit, continuité et modernité*, Paris, 2003.

⁴⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, ma senza utilizzare espressamente la locuzione “di valore costituzionale”, per la quale v. invece: Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*; Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*.

⁴⁷ F.G. COCCA, M. D'ORSOGNA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, cit., 297.

⁴⁸ Per il rilievo dato alla causa, v. già F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 1332 ss. e, successivamente, almeno P. BODDA, *La nozione di «causa giuridica» della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, Istituto Giuridico della R. Università, 1933; U. FORTI, *I «motivi» e la «causa» negli atti amministrativi*, nota a Cons. Stato, sez. IV, sent. 30 luglio 1931, in *Foro it.*, III, 289 ss.

⁴⁹ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1/1950, 1 ss.

⁵⁰ F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, cit., 600 ss., parla di «redistribuzione topografica» delle figure di eccesso di potere in vizi di violazione di legge. In giurisprudenza, è di prammatica il riferimento alla pronuncia: Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 14 agosto 2013, n. 4174 (richiamata, *ex multis*, da A. PAJNO, *Ciò che resta dell'eccesso di potere*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, cit., 237), secondo la quale le cd. figure sintomatiche «hanno acquisito, nella prassi giudiziaria, una loro autonomia essendo state ricondotte ai principi generali dell'azione amministrativa e, in particolare, al principio di ragionevolezza ... è sufficiente, in presenza di una specifica domanda, che ricorra una di esse affinché si possa annullare un provvedimento amministrativo senza che sia necessario effettuare un confronto tra l'interesse pubblico tipico e l'interesse concreto perseguito dall'amministrazione per dimostrare lo sviamento di potere ... In definitiva, le figure in esame sono divenute regole di condotta tipizzate a livello giurisprudenziale, secondo uno schema aperto che consente il continuo adattamento alle esigenze di tutela, la cui violazione determina l'illegittimità degli atti impugnati». Ma v. più di recente anche Cass. civ., SS.UU., sent. 1° febbraio 2023, n. 3077, sul controllo svolto dal Tribunale Superiore dell'Acque Pubbliche, secondo cui il controllo sull'eccesso di potere «attiene quindi alla ragionevolezza e proporzionalità della scelta rispetto al fine».

amministrativi di principi condivisi con giurisprudenza costituzionale, quale quello di *ragionevolezza* (circolazione interna), o tratti dalla giurisprudenza sovranazionale, quale quello di *proporzionalità* (circolazione esterna).

Iniziando dalla ragionevolezza, non si può non rilevare come la giurisprudenza amministrativa italiana abbia ragionato – in negativo – di “irragionevolezza” quale figura sintomatica sin da quando l’eccesso di potere si è affrancato dall’originario controllo sullo straripamento per includere le ipotesi di sviamento, di cui si è ampiamente detto, mentre l’elaborazione in positivo del “principio di ragionevolezza” quale criterio di giudizio – dedotto direttamente dall’art. 3 Cost.⁵¹ – è dovuto piuttosto alla giurisprudenza costituzionale, sia per il suo ancoraggio ai principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, sia per il grado di raffinatezza della relativa ricostruzione⁵².

È dibattuto il grado di prossimità fra i controlli sulla discrezionalità svolti rispettivamente dal giudice amministrativo mediante l’eccesso di potere (*rectius*, mediante le figure sintomatiche tipizzate in via giurisprudenziale) e dal giudice costituzionale mediante il principio di ragionevolezza. Alle tesi che ne sottolineano la prossimità – ritenendo che il sindacato sui vizi logici intrinseci ed estrinseci della legge sia «molto prossimo a quello che effettua il giudice amministrativo in sede di accertamento dell’eccesso di potere amministrativo»⁵³ – si contrappongono quelle che pongono piuttosto l’accento sulle «significative divergenze» fra i due controlli, valorizzando soprattutto la libertà nei fini di cui godrebbe il legislatore⁵⁴.

Senonché, in una prospettiva comparatistica, attenta soprattutto al manifestarsi storico-empirico del formante giurisprudenziale⁵⁵, pare potersi ravvisare una sostanziale convergenza. Molte figure sintomatiche di eccesso di potere – spesso indistintamente

⁵¹ D. DE PRETIS, *Il diritto amministrativo alla Corte costituzionale*, cit., 239, ma è soprattutto doveroso il richiamo a L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 899 ss.

⁵² Per un’ampia, anche se ormai non recente, raccolta della giurisprudenza costituzionale in materia, v. *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee. Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese. Giurisprudenza costituzionale 1993-2013*, luglio 2013, disponibile sul sito della Corte costituzionale. La dottrina costituzionalistica sul punto è vastissima: v. almeno L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; AA.VV., *Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*. Atti del Seminario (Roma, 13-14 ottobre 1992), Milano, 1994. Al contrario, con riferimento alla giurisprudenza amministrativa, F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 17/2018, 4, lamenta che i giudici amministrativi avrebbero «quasi sempre tralasciato di procedere ad una sua puntuale ricostruzione», mentre D.U. GALETTA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2020, 113, rileva che «il principio di ragionevolezza... si caratterizza per l’assoluta indeterminatezza dei suoi contenuti», la quale «è, a sua volta, fonte più di problemi che non di soluzioni».

⁵³ In questi termini, A. CELOTTO, *Corte costituzionale ed «eccesso di potere legislativo»*, cit., 3732.

⁵⁴ Ad esempio, F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, cit., 9.

⁵⁵ Secondo l’insegnamento metodologico di G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino, 1994, ma v. più recente anche R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2021, 61 ss.

applicate dal giudice amministrativo evocando la “ragionevolezza”⁵⁶ – sono operativamente indistinguibili dai paralleli criteri di giudizio utilizzati dal giudice costituzionale: si pensi alla disparità di trattamento, all’incoerenza fra obiettivi dichiarati o perseguiti e assetto degli interessi prodotto dall’atto⁵⁷, all’insufficiente acquisizione, in sede di istruttoria, di dati oggettivi sulla realtà che si pretende di regolare⁵⁸. Anche la difficoltà più radicale, quella relativa all’assenza di un “fine” del potere legislativo – in contrapposizione a quello che deve essere almeno implicitamente ravvisato nella norma attributiva della potestà amministrativa – pare possa essere ridimensionata senza aderire necessariamente all’impegnativa prospettiva di «una “metafisica costituzionale”, solidale con una gerarchia assiologica predata»⁵⁹: da un lato, infatti, talmente numerosi sono i principi, i diritti e gli obiettivi che trovano un riconoscimento in Costituzione che non sembrano significativi (se non sono proprio inesistenti) gli spazi in cui il potere legislativo si può muovere senza dover tener conto almeno di alcuni di essi⁶⁰; dall’altro, non si possono trascurare i non pochi casi in cui il potere amministrativo è attribuito in vista della cura di plurimi interessi o di un interesse ampio e genericamente individuato, che spetta all’amministrazione specificare e concretizzare⁶¹.

⁵⁶ F. MERUSI, *L’eccesso di potere è morto? E se è morto, chi l’ha ucciso?*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, cit., 252, condivide la “sensazione” di «frequenti discrasie fra sentenze e ricorsi», nella misura in cui i ricorrenti (in verità, i loro difensori) contesterebbero il vizio di eccesso di potere facendo riferimento alle tradizionali figure sintomatiche, mentre i giudici vaglierebbero le questioni ragionando piuttosto in termini di principi o regole generali del diritto.

⁵⁷ Si esprime in questo senso anche la citata sent. n. 279/2012: «Il vizio suddetto [eccesso di potere legislativo], anche se consistente nello sviamento dell’attività legislativa, ovvero nella intrinseca contraddittorietà tra la *ratio* della disposizione e il suo contenuto normativo, si estrinseca nella violazione del canone della ragionevolezza».

⁵⁸ Nella giurisprudenza costituzionale, tale orientamento si è affermato con riferimento alle questioni tecnico-scientifiche, che possono essere trattate secondo quello che viene definito un «approccio procedurale», ovvero verificando se il decisore politico ha acquisito e tenuto debitamente conto del parere degli esperti: G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 288.

⁵⁹ Così, criticamente, G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, cit., 408, il quale ritiene che, viceversa, l’adesione a una lettura «metafisicamente scettica» della Costituzione, coerente con le esigenze del pluralismo, precluda l’individuazione di quel «coerente finalismo» che costituirebbe una pre-condizione del vizio di eccesso di potere.

⁶⁰ Ad esempio, A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30.11.2006, ritiene che la questione possa essere risolta in prospettiva sistematica, con la conseguenza che: «pur laddove si riconosca l’esistenza di spazi vuoti di regole costituzionali, sopra di essi ad ogni buon conto si proietta e distende la luce onnipervasiva dei principi-valori fondamentali, che non lasciano dunque scoperto alcun angolo, sia pure il più remoto, dell’ordinamento». Più di recente, v. anche ID., *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2016. Particolarmente convincente è la ricostruzione secondo cui, nell’ordinamento costituzionale, l’atto legislativo non sarebbe più espressione di volontà (pura), bensì di discrezionalità, in quanto connotato da «polivalenza causale», nel senso che esso può essere utilizzato «per curare più interessi costituzionali» e «si rivolge, di regola, ad una pluralità di interessi costituzionalmente protetti, che rientrano tutti nell’elemento causale dell’atto stesso»: R. MANFRELLOTTI, *La causa degli atti di diritto pubblico*, in *Rivista AIC*, 4/2021, part. 168 ss. Al proposito, v. anche L.R. PERFETTI, *L’ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2017, 30.

⁶¹ Gli esempi potrebbero essere numerosi. Si pensi al potere di regolazione economica delle Autorità amministrative indipendenti, rispetto al quale «il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in

Il principio “transnazionale” per eccellenza è però quello di proporzionalità, sovente portato ad esempio della circolazione dei principi nel contesto dell’integrazione europea⁶² e a livello globale⁶³. Concentrandosi sull’area europea, l’elaborazione del principio in esame è a sua volta frutto di una circolazione “interna” fra giudice amministrativo e giudice costituzionale tedesco: il criterio della proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) matura nel contesto del diritto di polizia, caratterizzato dalla limitazione della libertà dei cittadini, e riceve già all’inizio del Novecento i primi riconoscimenti nella giurisprudenza amministrativa⁶⁴. È però il *Bundesverfassungsgericht* a sistematizzarlo nella classica struttura triadica – talora definita proporzionalità “alla tedesca”⁶⁵ – che implica un vaglio sulla legittimità della misura limitativa di un diritto articolato progressivamente in tre verifiche: idoneità (*Geeignetheit*), necessità (*Erforderlichkeit*) e adeguatezza o proporzionalità in senso stretto (*Angemessenheit*)⁶⁶.

È stata la ricezione del principio da parte della Corte di giustizia europea a essere determinante per propiziare – e, in una certa misura, imporre – la sua circolazione negli altri ordinamenti europei, fra i quali quello italiano⁶⁷. Nel nostro ordinamento, la proporzionalità ha preso piede dapprima nella giurisprudenza amministrativa e poi in quella costituzionale⁶⁸, anche se la dottrina mette in luce come essa venga utilizzata spesso in maniera generica, senza seguire rigorosamente la scansione trifasica sopra

confitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico» e quindi «viene rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l’interesse pubblico concreto che l’atto mira a soddisfare» (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. II, 23 gennaio 2023, n. 736, ma è massima tralatizia). Molti esempi sono forniti, poi, da una materia quale il governo del territorio, che si pone al crocevia di molti interessi confliggenti, materia in cui l’amministrazione, esercitando una discrezionalità assai ampia, pondera tutte le complesse esigenze della comunità (ambiente, paesaggio, salute, modello di sviluppo economico-sociale), nell’adozione tanto di atti generali (quali quelli di pianificazione: Consiglio di Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710), quanto di provvedimenti individuali (come la v.i.a., definita da parte della giurisprudenza addirittura come atto di indirizzo politico-amministrativo: Consiglio di Stato, sez. II, sent. 6 aprile 2020, n. 2248).

⁶² E D’ORLANDO, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione*, cit., 266 ss.

⁶³ In prospettiva comparatistica, v. almeno A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, 72 ss., e A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012.

⁶⁴ Da ultimo, v. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell’Unione Europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2019, 903 ss.; A. JACQUEMENT-GAUCHÉ, *Droit administratif allemand*, Paris, 2022, 407 ss.

⁶⁵ Ad esempio, E. BUOSO, *Il dialogo tra Corti in Europa e l’emersione della proporzionalità amministrativa*, in M. BIANCHINI, G. GIOIA (a cura di), *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità. Atti del I Convegno dei Colloquia dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell’Università di Padova (Padova, Sala dell’Archivio Antico dell’Ateneo, 13 e 14 gennaio 2013)*, Padova, 2013, 406.

⁶⁶ All’interno di un’ampissima bibliografia, v. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁶⁷ Sulla giurisprudenza sovranazionale, v. da ultimo S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Torino, 2023, 57 ss.

⁶⁸ F. FALORNI, *Verso una compiuta elaborazione del “test di proporzionalità”? La Corte Costituzionale italiana al passo con le altre esperienze di giustizia costituzionale*, in *DPCE Online*, 4/2020, 5307 ss.

enunciata, spesso formando un’“endiadi” con il già richiamato principio di ragionevolezza⁶⁹.

Ad ogni modo, la ricezione del principio di proporzionalità costituisce un ulteriore fattore di convergenza fra tecniche decisorie del giudice amministrativo e del giudice costituzionale⁷⁰ e, con riferimento al primo, di “oggettivizzazione” del vizio di eccesso di potere, tanto che – con suggestiva espressione – si è rilevato che «alla fine tutti hanno parlato tedesco usando in via normativa o giudiziale lo strumentario dell’abuso di discrezionalità, dell’*Ermessenmissbrauch*, anziché, almeno in Italia, quello dell’eccesso di potere, magari senza saperlo»⁷¹.

Rispetto al principio di ragionevolezza, il principio di proporzionalità – nella sua accezione più rigorosa – ha la duplice caratteristica di scandire secondo passaggi codificati il controllo sulla discrezionalità e di comprimere in maniera più significativa lo spazio di discrezionalità del decisore politico (merito amministrativo o legislativo)⁷². Nondimeno, esso si è inserito armonicamente in un sistema che conosceva da tempo un incisivo controllo sul potere discrezionale e in cui era già stata “metabolizzata” in dottrina la prerogativa del giudice (amministrativo e costituzionale) di affinare nel tempo le proprie tecniche di giudizio.

La ricezione del principio non è stata altrettanto lineare in tutti i Paesi europei. Paradigmatico è il caso del Regno Unito, in cui, anche prima della Brexit, non è mai stato unanimemente accettato né in dottrina né in giurisprudenza che uno scrutinio di proporzionalità fosse ammissibile al di fuori del perimetro del diritto dell’Unione europea e dello *Human Rights Act 1998*⁷³. Infatti, la giurisprudenza – che in un primo momento sembrava pronta a includere il nuovo controllo di proporzionalità nel tradizionale *ground of review* della irrazionalità, basato sulla *common law* – ha poi operato una “biforcazione” fra i due *test*, decidendo quale applicare a seconda dei motivi di ricorso sollevati, ovvero in base al loro ancoraggio nel diritto europeo o nel solo diritto interno⁷⁴. Non si può trascurare che, in quel contesto, l’introduzione in via giurisprudenziale di un nuovo *ground of review* pone delicate questioni in termini di separazione dei poteri, poiché il

⁶⁹ Lo rileva, ad esempio, A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità fra amministrazione e amministrati*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2016, part. 703 ss.

⁷⁰ Sugli intrecci fra sviamento di potere e proporzionalità, si v. anche l’intervento del Pres. Giorgio Lattanzi sul tema “Dallo sviamento di potere al sindacato sulla proporzionalità dell’azione amministrativa” all’interno del Convegno “Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall’istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato” (Roma, 20 novembre 2019), disponibile sul sito della Corte costituzionale.

⁷¹ F. MERUSI, *L’eccesso di potere è morto? E se è morto, chi l’ha ucciso?*, cit., 250.

⁷² S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, cit., 155 ss., anche con riferimento alle applicazioni concrete nella casistica giurisprudenziale.

⁷³ L’art. 6 dello HRA prevede che l’incompatibilità con i diritti convenzionali costituisca un motivo di illegittimità dell’atto amministrativo e comporta che i giudici effettuino uno scrutinio di proporzionalità sulla eventuale compressione di un diritto da parte dell’autorità pubblica, conformemente alla giurisprudenza della Corte EDU (P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom. A Contextual Analysis*, Oxford and Portland, 2012, 228 ss.).

⁷⁴ In questi termini, S. BOYRON, Y. MARIQUE, *Proportionality in English Administrative Law. Resistance and Strategy in Relational Dynamics*, in *Review of European Administrative Law*, 1/2021, 80 ss., all’interno di un interessante *Special issue*, a cura di Yseult Marique, sul tema *Resistance to Transplants in the European Administrative Space*; nonché S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, cit., 102 ss.

controllo di proporzionalità è percepito da molti come assai più rigido della (piuttosto deferente) *irrationality* di elaborazione interna⁷⁵.

4. *Linee di sintesi*

Nella sua prospettiva generale, questo breve contributo muove dalla convinzione che l’analisi trasversale e comparativa delle tecniche di sindacato proprie del giudizio costituzionale e del giudizio amministrativo sia praticabile sul piano scientifico e costituisca una prospettiva di ricerca interessante e fruttuosa.

In questo senso, la comparazione costituisce uno stimolo per esercizi di superamento delle prospettive di analisi più consolidate, in quanto ne appalesa la natura “relativa” allo specifico ordinamento in cui lo studioso si è formato e fa emergere paradigmi differenti⁷⁶. Nel nostro caso, l’analisi comparativa sincronica mostra la fluidità di nozioni quali “giustizia costituzionale” e “giustizia amministrativa”, gli intrecci e le parziali sovrapposizioni che si possono verificare fra controllo sugli atti del potere legislativo e del potere esecutivo, la ricorsività degli “schemi” utilizzati dai giudici per controllare la manifestazione del potere pubblico, *rectius* del potere politico, in quanto potere legislativo e potere esecutivo sono entrambi espressione del circuito della rappresentanza e, in ultimo, del principio maggioritario.

Non si vuole qui sostenere che si tratti di una sovrapposizione totale o negare che fra potere legislativo e potere esecutivo intercorrano differenze di carattere strutturale, precipitando in una indistinzione che non appare ben fondata né sul piano teorico, né su quello del diritto positivo. Piuttosto, si vuole sottolineare che entrambi vanno assoggettati a una comune *pretesa di ragionevolezza*, espressa dalle tecniche di giudizio a cui sono sottoposti e che impone di tenere conto di tutti gli interessi che ricevono protezione da parte dell’ordinamento, di non sacrificarne ingiustificatamente alcuno e di agire in modo coerente e adeguato alle finalità perseguite.

Il grado di incisività del giudizio che ne consegue non è omogeneo, non si modula rigidamente a seconda del giudice (costituzionale o amministrativo) o del tipo di atto e nemmeno si presta a essere rigidamente incasellato nelle categorie di scrutinio stretto o deferente ma, al contrario, varia in maniera significativa a seconda della specificità della regolazione dell’ambito interessato dall’esercizio del potere a livello costituzionale (e, per l’atto amministrativo, anche legislativo) e del “peso” relativo degli interessi in gioco.

Infine, la convergenza delle tecniche di giudizio – con la *pretesa di ragionevolezza* che, come detto, esse concretizzano – deve essere letta anche nella prospettiva dell’integrazione europea. A fronte delle marcate differenziazioni che corrono fra Stati

⁷⁵ I. LOVELAND, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights. A Critical Introduction*, Oxford, 2012, 470 ss.; S. BOYRON, Y. MARIQUE, *Proportionality in English Administrative Law*, cit., 84 ss.

⁷⁶ L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introduzione metodologica*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, 5 ss.

membri sul piano delle istituzioni, dei poteri e dei procedimenti⁷⁷, l'elaborazione di strumenti comuni per recuperare un livello uniforme di protezione dei diritti nel momento del giudizio costituisce un tassello fondamentale nel percorso di creazione di uno "spazio giuridico (e costituzionale) europeo".

⁷⁷ La Corte di giustizia continua a ribadire, in mancanza di una disciplina sovranazionale specifica, la sussistenza di un'autonomia procedurale e processuale degli Stati membri, nei limiti dei principi di equivalenza e di effettività (sent. 1° agosto 2022, TL, causa C-242/22 PPU; sent. 10 giugno 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19-C-782/19).



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

L'EVOLUZIONE DEL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ: DA UN
CONTROLLO ESCLUSIVAMENTE PREVENTIVO AD UN CONTROLLO
DIFFUSO.
IL CASO FINLANDESE E LA RECENTE PROPOSTA DI RIFORMA NEI PAESI
BASSI

FERDINANDO LA PLACA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli sviluppi del controllo di costituzionalità in Finlandia e la perdurante centralità della Commissione Parlamentare. – 3. Il divieto costituzionale di controllo diffuso delle leggi nei Paesi Bassi e le nuove prospettive di riforma. – 4. Brevi riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Il costituzionalismo contemporaneo ha visto un'indubbia affermazione dei modelli di sindacato di legittimità costituzionale fondato su un controllo di carattere prevalentemente giurisdizionale¹. Ispirandosi in varia misura al modello americano, al modello austriaco e alle loro ibridazioni², la maggior parte degli Stati del mondo si è infatti dotata di un sistema di tutela dell'impianto costituzionale e dei diritti fondamentali in cui è ai giudici, costituzionali o ordinari, che spetta il compito, in maniera

¹ A. VEDASCHI, *La giustizia costituzionale*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto Costituzionale Comparato*, Roma-Bari, 2009, 982 ss.

² M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1979, 49 ss.; A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/1982, 522 ss.; L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali*, Torino, 2020, 397 ss.

concretamente differente a seconda dello stato di riferimento, di valutare la conformità di una legge al dettato costituzionale, attribuendo loro il potere di annullare o disapplicare gli atti legislativi a questo contrari³. La circolazione e la fortuna dei modelli di stampo giurisdizionale non esaurisce comunque il panorama delle forme di sindacato costituzionale attualmente presenti. Sebbene in misura oramai recessiva, sussistono ancora degli ordinamenti caratterizzati per un controllo di costituzionalità che rimane tutt'oggi appannaggio quasi esclusivo del solo organo legislativo o a cui solo recentemente sono state affiancate o si propone di affiancare forme limitatamente incisive di controllo da parte del giudiziario⁴. In tali sistemi, il controllo è normalmente attribuito ad organi di natura prettamente politica o ad organi a carattere consultivo non giurisdizionale, e si sviluppa solitamente in una fase interna al procedimento legislativo, prima dell'entrata in vigore della norma⁵. A tal riguardo, all'interno dell'Unione Europea, si può fare riferimento a due paesi, Finlandia e Paesi Bassi, che, benché diversi per tradizioni giuridiche, sono accomunati da un preponderante ruolo del Parlamento in tema di sindacato di legittimità costituzionale, determinato, in un caso, dalla centralità della Commissione Parlamentare per gli affari costituzionali finlandese, e, nell'altro, da un divieto nella Costituzione olandese di *judicial review* sugli atti del Parlamento. L'attestarsi di sistemi a controllo politico non ha però impedito lo sviluppo di forme alternative di controllo che, anche in questi residui fortini di supremazia del Parlamento, sembrerebbero spingersi verso caute aperture a un sindacato di tipo diffuso.

Il contributo cercherà di delineare i caratteri propri dell'ordinamento finlandese e di quello olandese in tema di controllo di costituzionalità e di ripercorrerne l'evoluzione alla luce della riforma costituzionale finlandese del 1999 e della recente proposta di riforma avanzata nei Paesi Bassi a seguito del c.d. "scandalo dei sussidi per l'infanzia". Esso tenterà di porre in evidenza come in entrambi i paesi, tradizionalmente legati ad una concezione di supremazia del legislativo e contrari ad un controllo di costituzionalità da parte delle corti, si siano sviluppate e si stiano sviluppando delle, seppur prudenti, comuni tendenze verso il riconoscimento di istanze di sindacato di costituzionalità giurisdizionale, che sembrerebbe collocarsi, senza sostituirsi al controllo preventivo, a completamento degli strumenti di tutela previsti dai due ordinamenti.

2. Gli sviluppi del controllo di costituzionalità in Finlandia e la perdurante centralità della Commissione Parlamentare

Nonostante tutti i Paesi dell'area scandinava condividano ormai un sistema di controllo diffuso e una rispettosa deferenza da parte dei giudici nei confronti del

³ T. GINSBURG, *The Global Spread of Constitutional Review*, in G.A. CALDEIRA, R.D. KELEMEN, K.E. WHITTINGTON (eds), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, 2008, 87; OECD, *Constitutions in OECD Countries: A Comparative Study: Background Report in the Context of Chile's Constitutional Process*, Paris, 2022, 123.

⁴ E. PALICI DI SUNI, *Diritto Costituzionale dei Paesi dell'Unione Europea*, Milano, 2020, 206 ss.

⁵ M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità*, cit., 4 ss.; G. CERRINA FERONI, *La giustizia costituzionale*, in G. MORBIDELLI, M. VOLPI, G. CERRINA FERONI, *Diritto Costituzionale Comparato*, Torino, 2020, 437.

legislativo sia nell’interpretazione delle leggi⁶ che nel grado di *self-restraint* esercitato nel controllo di costituzionalità delle leggi⁷, l’ordinamento finlandese si è da sempre caratterizzato per un peculiare grado di originalità in quanto a sistema di sindacato di costituzionalità⁸. Diversamente dai suoi vicini nordici, il controllo di costituzionalità delle leggi in Finlandia si è costantemente distinto per essere un controllo di tipo prevalentemente astratto e preventivo, affidato ad un organo politico interno al Parlamento (*Eduskunta*), ossia la Commissione Parlamentare per gli affari costituzionali (*Perustuslakivaliokunta*)⁹. La Commissione, le cui origini storiche possono essere fatte risalire alla fine dell’Ottocento¹⁰, è una commissione parlamentare che, sebbene tradizionalmente presente all’interno dell’organo legislativo finlandese, trovò la sua piena consacrazione solo con la revisione costituzionale del 1999¹¹. La Commissione è formata da almeno 17 membri¹² e ha il compito di «esprimere pareri sulla costituzionalità delle proposte di legge e sulle altre questioni sottoposte al suo esame, così come sui loro rapporti con i trattati internazionali inerenti i diritti umani»¹³. La Commissione non si pronuncia su tutti i disegni di legge ma solo su quelli sui quali sorgano dei dubbi di costituzionalità durante l’iter legislativo¹⁴. Tale organo, data la natura del compito, si avvale, per convenzione, di esperti costituzionalisti¹⁵, le cui opinioni in merito, soprattutto se unanimi, sono normalmente accolte e seguite¹⁶. I pareri della Commissione sono ritenuti vincolanti per il Parlamento che solitamente si conforma ad essi¹⁷. Qualora, però,

⁶ Si pensi alla rilevanza che in questi paesi assumono sia il criterio dell’interpretazione conforme che i lavori preparatori. Si veda, J. HUSA, *Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 48, 3/2000, 375-376-380.

⁷ S. BAGNI, N. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, 151.

⁸ Per approfondimenti sui sistemi di giustizia costituzionale nei Paesi Nordici si veda *ex multis*: F. DURANTI, *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Torino, 2009; E. SMITH, *Judicial review of Legislation*, in H. KRUNKE, B. THORARENSEN, *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*, Oxford, 2018, 107 ss.

⁹ J. HUSA, *The Constitution of Finland. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland, 2011, 78. La formazione politica e la rilevanza che ha assunto nel tempo distinguono la Commissione Parlamentare per gli affari costituzionali dal Consiglio sulla Legislazione svedese (*Lagrådet*). Il *Lagrådet* è infatti un organo composto da magistrati in servizio o in pensione della Corte Suprema (*Högstadsdomstolen*) o della Suprema Corte Amministrativa (*Högstaförvaltningsdomstolen*), che svolge un ruolo consultivo per il governo, che ne deve ottenere il parere non vincolante qualora intenda presentare disegni di legge su determinate materie. Per approfondimenti, si veda, J. HUSA, *Guarding the Constitutionality*, cit., 376, e S. YOLCU, *East Nordic Model of Pre-Enactment Constitutional Review: Comparative Evidence from Finland and Sweden*, in *European Public Law*, vol. 26, 2/2020, 529 ss.

¹⁰ Per approfondimenti storici si veda, K. TUORI, *Constitutional Review in Finland*, in A. VON BOGDANDY, P.M. HUBER, C. GRABENWARTER (eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Oxford, 2020, vol. 3, 183 ss.

¹¹ S. YOLCU, *East Nordic Model*, cit., 527.

¹² Art 35 della Costituzione Finlandese.

¹³ Art 74 della Costituzione Finlandese.

¹⁴ J. LAVAPURO, *Constitutional Review in Finland*, in K. NUOTIO, S. MELANDER, M. HUOMO-KETTUNEN (eds.), *Introduction to Finnish Law and Legal Culture*, Helsinki, 2012, 132.

¹⁵ Il ruolo degli esperti è oggi riconosciuto dall’articolo 37 delle Regole sulle procedure del Parlamento (*Eduskunnantyyjärjestyks*), atto 17.12.1999/40 del 2000, che prevede al comma primo la possibilità per le commissioni di sentire il parere degli esperti.

¹⁶ J. HUSA, *Guarding the Constitutionality*, cit., 366.

¹⁷ K. TUORI, *Combining abstract ex ante and concrete ex post review: the Finnish model*, in VENICE COMMISSION, *Definition and development of human rights and popular sovereignty in Europe*, Strasburg, 2011, 213.

il testo, secondo la Commissione, risulti incostituzionale e il Parlamento non intenda modificarlo, la proposta di legge può essere approvata, ma solo come *legge di eccezione* (*poikkeuslaki*), e seguendo la procedura prevista per la revisione costituzionale¹⁸; tale legge di eccezione, non altera il testo costituzionale né ottiene lo status di legge costituzionale, potendo così essere abrogata anche da una successiva legge ordinaria¹⁹.

Fino alla revisione costituzionale del 1999, che ha portato alla sostituzione dei precedenti testi costituzionali con un'unica nuova costituzione (*Suomen perustuslaki*)²⁰, tale Commissione rimaneva il principale attore nel controllo di legittimità²¹. Sebbene mancasse un espresso divieto nell'Atto sulla Forma di Governo del 1919, la dottrina tradizionale finlandese proibiva qualsiasi forma di *judicial review* sugli atti del Parlamento. L'assenza di un'esplicita previsione, presente invece per il controllo di conformità dei decreti al testo costituzionale e alla legge²², portò infatti la dottrina a

¹⁸ Si ricorda che la procedura di revisione costituzionale, dettata dall'art. 73 della Costituzione Finlandese, prevede un procedimento che coinvolge ordinariamente due legislature. La proposta di legge riguardante l'adozione, la modificazione o l'abrogazione della Costituzione o l'adozione di una limitata deroga alla Costituzione, dopo essere stata approvata in due letture da parte del Parlamento a maggioranza semplice, viene sottoposta ad un periodo di decantazione fino alle successive elezioni. L'approvazione finale del testo spetta infatti al successivo legislatore, il quale, per farlo entrare in vigore, dovrà adottarlo a maggioranza dei 2/3. Qualora però la proposta venga dichiarata urgente dai 5/6 del Parlamento sarà possibile adottarla senza aspettare le successive elezioni. Anche in tale circostanza, la proposta deve comunque essere approvata dal Parlamento a maggioranza dei 2/3. Per approfondimenti si veda, T. OJANEN, *Constitutional amendment in Finland*, in X. CONTIADES (eds), *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, London–New York, 2013, 93 ss.

¹⁹ Le leggi di eccezione sono una peculiarità del sistema finlandese che si è storicamente affermata durante la dominazione russa dell'Ottocento, al fine sia di garantire una flessibilità al sistema costituzionale, seguendo la medesima procedura di revisione costituzionale allora prevista, sia di mantenere al contempo simbolicamente intatto il testo costituzionale ereditato dagli svedesi, l'Atto sulla Forma di Governo del 1772. Affermatesi nella prassi, l'istituto delle leggi di eccezione, venne recepito nel vecchio articolo 95 dell'Atto sulla Forma di Governo (*Suomenhallitusmuoto*) del 1919, uno dei testi componente la precedente Costituzione finlandese, che prevedeva, da un lato, la irrevocabilità della Costituzione, e dall'altro, riconosceva la possibilità di introdurre deroghe, tramite le leggi di eccezione, seguendo la procedura di revisione costituzionale. La nuova costituzione del 1999 mantiene l'istituto delle leggi di eccezione, ma tenta di restringerne l'ambito di applicazione, prescrivendo all'articolo 73 che le deroghe alla Costituzione debbano essere *limitate*. Inoltre, a seguito delle riforme del 1995 e del 1999, si cominciò a sviluppare una dottrina, la *poikkeuslakien välttämisen periaate* (letteralmente, “il principio di evitare leggi eccezionali”), che affermava che il ricorso alle leggi di eccezione dovesse, per l'appunto, essere evitata, limitandone principalmente l'uso a quando necessario per conformare il sistema costituzionale al diritto europeo o internazionale. Per approfondimenti si veda, D. ANCKAR, *Evading Constitutional Inertia: Exception Laws in Finland*, in *Scandinavian Political Studies*, vol. 11, 3/1988, 195 ss.; Report della Commissione Parlamentare per gli affari costituzionali n. 10/1998, 22-23; V.-P. VILJANEN, *Poikkeuslakien välttämisen periaate*, in *Lakimies*, 6-7/1999, 961 ss.; A. JYRÄNKI, *Finlandia*, in E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASSELLA, M. COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Milano, 2001, 244 ss.; J. HUSA, *The Constitution of Finland*, cit., 227 ss.

²⁰ Fino all'entrata della nuova costituzione nel 2000, la Costituzione finlandese aveva carattere pluritestuale ed era basata su quattro testi, negli anni emendati, di rilevanza costituzionale: l'Atto sulla Forma di Governo (*Suomenhallitusmuoto*) del 1919, l'Atto sul Parlamento (*Valtiopäiväjärjestys*) del 1928, l'Atto sull'Alta Corte di Impeachment (*LakiValtakunnanoikeudesta*) del 1922 e l'Atto sulla responsabilità ministeriale (*Ministerivastuulaki*) del 1922.

²¹ Accanto alla Commissione, anche il Ministro della Giustizia, il Presidente della Repubblica, il Presidente del Parlamento, nonché oggi anche dell'Ombudsman parlamentare, erano e sono attribuite talune secondarie competenze in tema di controllo di costituzionalità e di vigilanza sul rispetto dei diritti fondamentali.

²² Art 92, comma 2 dell'Atto sulla Forma di Governo del 1919.

ritenere che tale silenzio testuale dovesse essere inteso come divieto²³. Inoltre, tale lettura determinò nei giudici fino alla fine degli anni '80, una tendenza a non invocare nelle loro sentenze, se non in rari e sporadici casi, non solo le norme costituzionali, ma altresì, le disposizioni relative alla tutela dei diritti fondamentali sia che essi fossero contenuti nel testo costituzionale che in trattati internazionali, quandanche incorporati nell'ordinamento finlandese²⁴. Questa situazione cominciò a modificarsi con l'adesione al Consiglio d'Europa nel 1989 e con l'ingresso nell'Unione Europea nel 1995²⁵. Sebbene fossero già presenti dei propositi di riforma costituzionale e di apertura ad una maggiore tutela dei diritti, il processo di integrazione europea e l'adesione alla CEDU, ne incrementarono la spinta, portando all'accettazione e all'affermazione di nuovi principi all'interno dell'ordinamento nazionale e al riconoscimento del ruolo dei giudici nell'attuarli²⁶. Nel 1990, il parere n. 2/1990 della Commissione Parlamentare per gli affari costituzionali affermò la prevalenza della CEDU in caso di contrasto con la preesistente normativa interna²⁷ e il principio di interpretazione orientata alla tutela dei diritti umani²⁸. Lo stesso parere riconobbe, altresì, l'applicazione diretta da parte delle corti e delle autorità pubbliche dei trattati internazionali, secondo un approccio dualistico al diritto internazionale, incorporati all'interno dell'ordinamento tramite legge o decreto²⁹. Tra il 1993 e il 1994 si sancì il principio di interpretazione conforme a Costituzione³⁰ e nel 1995, prendendo ispirazione in primo luogo dalla CEDU, un emendamento costituzionale³¹ riscrisse interamente la sezione dell'Atto sulla Forma di Governo relativa ai diritti fondamentali, ampliandone il catalogo³² e stabilendone l'osservanza in capo alle autorità pubbliche³³. È stato però solo con la revisione totale della costituzione del 1999, che il divieto di *judicial review* ad opera delle corti venne formalmente abolito. Il nuovo articolo 106 della Costituzione, intitolato "Supremazia della Costituzione" stabilisce infatti che: «Ogni tribunale è tenuto a riconoscere la supremazia della Costituzione, nei casi in cui l'applicazione di una disposizione di legge si trovi in evidente contrasto con la Costituzione». Tale disposizione, che prende a modello il sistema di controllo svedese³⁴

²³ J. HUSA, *Locking in Constitutionality Control in Finland*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 16, 2/2020, 271, nota 109.

²⁴ J. LAVAPURO, *Constitutional Review in Finland*, cit., 129 ss.

²⁵ Per approfondimenti si veda, T. OJANEN, J. SALMINEN, *Finland: European Integration and International Human Rights Treaties as Sources of Domestic Constitutional Change and Dynamism*, in A. ALBI, S. BARDUTZKY (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, The Hague, 2019, 359 ss.

²⁶ J. LAVAPURO, T. OJANEN, M. SCHEININ, *Rights-based constitutionalism in Finland and the development of pluralist constitutional review*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, 2/2011, 519.

²⁷ J. HUSA, *The Constitution of Finland.*, cit., 171.

²⁸ J. VILJANEN, *The European Convention on Human Rights and the Transformation of the Finnish Fundamental Rights System: The Model of Interpretative Harmonisation and Interaction*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 52, 2007, 305 ss.

²⁹ T. OJANEN, J. SALMINEN, *Finland: European Integration*, cit., 400.

³⁰ Principio che trova fondamento nell'atto del governo n. 309/1993, 31 e nel Report della Commissione Parlamentare per gli affari costituzionali n. 25/1994, 4.

³¹ Atto n. 969 del 17 luglio 1995.

³² J. LAVAPURO, T. OJANEN, M. SCHEININ, *Rights-based constitutionalism in Finland.*, cit., 516.

³³ Art 16a dell'Atto sulla Forma di Governo, ora contenuto nell'art. 22 della Costituzione del 1999.

³⁴ J. HUSA, *Guarding the Constitutionality*, cit., 365.

vigente in quegli anni³⁵, introducendo un sindacato ex-post esercitabile dalle corti, rappresenta certamente un elemento di novità all'interno del sistema finlandese. Purtuttavia, ciò non deve far credere che si sia, in tal modo, registrato un netto abbandono del modello precedente. In particolare, la decisione di inserire il requisito dell'*evidente contrasto* della legge con il testo costituzionale pone dei vincoli stringenti all'attività del giudice, il cui effettivo sindacato sulle leggi viene a profilarsi come *last resort*³⁶. In primo luogo, infatti, la disposizione costituzionale troverebbe applicazione solo ove il giudice non riuscisse attraverso i criteri interpretativi, e in particolare quello dell'interpretazione conforme, a superare il contrasto tra il testo di legge e la Costituzione³⁷. In secondo luogo, il giudice dovrà esimersi, tranne in casi eccezionali³⁸, dal dichiarare una legge in palese conflitto con la Costituzione, qualora la Commissione Parlamentare l'abbia considerata costituzionale³⁹. In tal modo si è assistito, dunque, ad una continua deferenza nei confronti dell'organo legislativo, della cui opinione i giudici devono così tener conto. Sul piano pratico, si è registrato un conseguente *self-restraint* da parte delle corti, che ha portato all'applicazione dell'articolo 106 solo in rarissime occasioni⁴⁰.

Così strutturato, il sistema finlandese continua, dunque, a basarsi in modo preponderante sull'attività della Commissione, relegando i giudici ad un ruolo circoscritto e complementare in materia di controllo di costituzionalità. Tuttavia, malgrado la sua limitata applicazione in concreto, la possibilità di prevedere un controllo da parte delle corti non è un elemento da trascurare. Esso, infatti, segna un momento di svolta, anche se per ora quasi unicamente formale, all'interno del paese nordico. La presenza dell'art. 106 rappresenta, comunque, un primo, cauto, passo di un paese tradizionalmente legato al principio di sovranità del Parlamento, come unico organo democraticamente legittimato

³⁵ L'articolo 14 del Capitolo 11 della Legge sulla Forma di Governo svedese prevedeva, a seguito della riforma costituzionale del 1979 che lo introdusse, un sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi, anche in quel caso limitato alle circostanze di contrasto manifesto con la legge fondamentale. Oggi, a seguito della riforma costituzionale del 2010, la nuova formulazione dell'articolo in parola elimina il requisito dell'evidenza del contrasto, riconoscendo così un sindacato pieno alle corti, pur non mancando di ricordare nel comma secondo che nel controllo di costituzionalità delle leggi deve essere tenuto conto che il Parlamento è il supremo rappresentante del popolo. Si veda, J. NERGELIUS, *The Constitution of Sweden and European Influences: The Changing Balance Between Democratic and Judicial Power*, in A. ALBI, S. BARDUTZKY (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, The Hague, 2019, 331 ss. e F. DURANTI, *La Costituzione della Svezia (1974)*, in R. ORRÙ, G. PARODI, *Codice delle Costituzioni*, vol II, Milanofiori Assago, 2016, 561 ss.

³⁶ K. TUORI, *Judicial Constitutional Review as a Last Resort*, in T. CAMPBELL, K.D. EWING, A. TOMKINS (eds.), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford, 2011, 391

³⁷ J. LAVAPURO, T. OJANEN, M. SCHEININ, *Rights-based constitutionalism in Finland.*, cit., 518.

³⁸ Secondo i lavori preparatori dell'articolo 106, le circostanze in cui il giudice può distaccarsi dal parere del Comitato sono essenzialmente due: la prima si realizzerebbe allorché il Comitato non si sia specificatamente soffermato sulla questione costituzionale che emerga nel caso concreto; la seconda, invece, si avrebbe qualora si registrasse un mutamento della dottrina costituzionale rispetto all'opinione data dal Comitato, specie se risalente nel tempo. Si veda, K. TUORI, *Constitutional Review in Finland*, cit., 203 ss.

³⁹ A. JYRÄNKI, *Finlandia*, in cit., 245.

⁴⁰ J. HUSA, *Locking in Constitutionality Control*, cit., 253. Analizzando i dati del sito *finlex.fi*, che raccoglie la giurisprudenza delle corti del Paese, si rileva come dall'introduzione dell'articolo nel 1999, la Corte Suprema abbia dato applicazione all'articolo 106 della Costituzione finlandese solo in sette occasioni: KKO:2004:26, KKO:2012:11, KKO:2014:13, KKO:2015:14, KKO:2021:42, KKO:2021:88, KKO:2022:26.

ad una tutela costituzionale, verso aperture a sperimentazioni di sindacato diffuso⁴¹, che potrebbero in futuro svilupparsi ulteriormente⁴².

3. Il divieto costituzionale di controllo diffuso delle leggi nei Paesi Bassi e le nuove prospettive di riforma

Insieme alla Finlandia fino alla riforma del 1999, i Paesi Bassi sono l'unico stato dell'Unione Europea che rimane fermo nell'attribuire un ruolo esclusivo al Parlamento nella determinazione della costituzionalità delle leggi⁴³. Fin dal 1848, infatti, l'ordinamento olandese proibisce qualsiasi sindacato giurisdizionale di costituzionalità sulle leggi e i trattati⁴⁴. L'articolo 120 della Legge Fondamentale (*Grondwet*) stabilisce infatti che: «*il giudice non entra nel giudizio sulla conformità alla legge fondamentale di leggi e trattati*». L'affermazione di tale divieto, giustificato dal tradizionale principio di separazione dei poteri⁴⁵ e da una conseguente diffidenza nei confronti dei giudici nel delimitare la volontà del Parlamento sovrano, col paventato effetto di pregiudicare quell'equilibrio che, in una società storicamente frammentata, viene a fatica raggiunto dalle varie anime lì presenti⁴⁶, porta dunque il sistema olandese a riporre interamente la fiducia in un controllo *ex-ante*, affidato a due organi, il Consiglio di Stato (*Raad van State*) e, secondariamente, il Senato (*Eerste Kamer*)⁴⁷⁴⁸. Il Consiglio di Stato, nella sua divisione consultiva non giurisdizionale, è tenuto a fornire pareri su tutte le proposte di legge, sui disegni di norme generali dell'amministrazione e sulle proposte di approvazione dei trattati internazionali⁴⁹. Nel valutare tali atti, il Consiglio non solo ne esamina la costituzionalità e la rispondenza alle norme sovranazionali e ai principi generali dell'ordinamento⁵⁰, ma ne stima anche la fattibilità e l'effettiva opportunità.

⁴¹ F. DURANTI, *Nuovi modelli di giustizia costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I/2014, 553.

⁴² J. HUSA, *Locking in Constitutionality Control*, cit., 273.

⁴³ E. PALICI DI SUNI, *I sistemi attuali di giustizia costituzionale tra Parlamento e giudici*, in M. CAIELLI, E. PALICI DI SUNI, *La giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee*, Milanofiori Assago, 2017, 25.

⁴⁴ J. LUTHER (a cura di), *La Costituzione dei Paesi Bassi (1815/2008)*, in R. ORRÙ, G. PARODI, *Codice delle Costituzioni*, vol. II, Milanofiori Assago, 2016.

⁴⁵ J. UZMAN, *Changing Tides: The Rise (and Fall?) of Judicial Constitutional Review in The Netherlands*, in G.F. FERRARI, R. PASSCHIER, W.J.M VOERMANS, *The Dutch Constitution beyond 200 Years: Tradition and Innovation in a Multilevel Legal Order*, Den Haag, 2018, 261.

⁴⁶ W. VOERMANS, *A Bird's Eye View of Dutch Constitutional Law*, 11.05.2016, 6, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2778622>.

⁴⁷ Letteralmente, la Prima Camera.

⁴⁸ W. VOERMANS, *Conspicuous Absentees in the Dutch Legal Order: Constitutional Review & A Constitutional Court*, in G.F. FERRARI (eds.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden-Boston, 2020, 339 ss.

⁴⁹ Art. 73 della Legge Fondamentale olandese.

⁵⁰ Si fa presente come dal 2009, all'interno del Consiglio di Stato si sia costituito un Consiglio Costituzionale (*Constitutioneel beraad*), formato da membri provenienti da entrambe le sue divisioni, giurisdizionale e consultiva, con il compito di discutere le questioni costituzionali e fornire pareri ad entrambe le divisioni circa l'applicazione e l'interpretazione della Costituzione, dei principi costituzionali, della Carta del Regno dei Paesi Bassi (*Statuutvoorhet Koninkrijk der Nederlanden*), del diritto dell'Unione Europea, della CEDU e dei trattati internazionali concernenti i diritti fondamentali. Si veda, L. BESSELINK,

Sebbene i pareri non siano vincolanti, questi possiedono comunque una loro autorevolezza e difficilmente vengono ignorati. I pareri vengono sempre allegati al progetto di legge, rappresentando una fase obbligata del procedimento legislativo. Peraltro, il Governo è sempre tenuto a rispondere alle osservazioni del Consiglio, e qualora l'organo consultivo sollevi delle obiezioni significative al testo, il Governo è obbligato a ridiscuterlo in Consiglio dei Ministri prima di poterne continuare l'iter⁵¹. Accanto al Consiglio, anche se in misura minore, anche il Senato viene considerato come un guardiano della Costituzione⁵². Le valutazioni del Senato, ritenuto quale camera di riflessione, hanno solitamente un carattere più tecnico rispetto a quelle della Seconda Camera (*Tweede Kamer*), e nelle sue considerazioni si mostra solitamente attento anche ai profili di carattere costituzionale. Benché sia per natura restio a bloccare le proposte di legge approvate dall'altra Camera, forse ritenendo di avere una minore legittimazione democratica⁵³, le rare volte in cui le rigetta, ne rileva delle questioni di carattere costituzionale⁵⁴.

Stante il divieto dell'art. 120 della Legge Fondamentale, l'attività di sindacato delle corti si arresta davanti ad un controllo sulla costituzionalità della legge. Tale attività è peraltro ulteriormente limitata da un'interpretazione estensiva data dalla Corte Suprema (*Hoge Raad*) alla disposizione costituzionale. Questa ritiene infatti che i giudici non possano valutare neanche la conformità della legge né alla Carta del Regno dei Paesi Bassi (*Statuutvoorhet Koninkrijk der Nederlanden*)⁵⁵ né ai principi generali non scritti dell'ordinamento⁵⁶. Invero, per superare tali limitazioni, è stato comunque ammesso, già a partire da metà dell'Ottocento⁵⁷, il ricorso al canone dell'interpretazione conforme⁵⁸. Ciò detto, sarebbe tuttavia un errore ritenere che le corti non esercitino alcun tipo di sindacato. Così come in Finlandia, anche nei Paesi Bassi le corti possono valutare la costituzionalità degli atti di rango secondario, e possono altresì controllare la conformità della legge alle disposizioni europee ed internazionali⁵⁹. Quest'ultimo potere venne

Constitutional Adjudication in the Netherlands, in A. VON BOGDANDY, P. HUBER, C. GRABENWARTER (eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume III: Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford, 2020, 608, e il sito web del Consiglio di Stato, <https://www.raadvanstate.nl/jaarverslag2022/instituut/constitutioneel-recht/>.

⁵¹ Articolo 4, comma 2 del Regolamento interno del Consiglio dei Ministri (*Reglement van orde voor de ministerraad*). Sul ruolo del Consiglio di Stato nel procedimento legislativo, si veda, M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Oxford, 2014, 14; M. NAP, *Advisory Opinions of the Dutch Council of State as Contributions to a Constitutional Dialogue*, in J. DE POORTER, G. VAN DER SCHYFF, M. STREMLER, M. DE VISSER (eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2021 Constitutional Advice*, vol. 3, The Hague, 2022, 227 ss.

⁵² G. VAN DER SCHYFF, *The Prohibition on Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands in Critical Perspective: The Case and Roadmap for Reform*, in *German Law Journal*, vol. 21, 5/2020, 897.

⁵³ Si ricorda che i membri del Senato sono eletti dai Consigli Provinciali.

⁵⁴ W. VOERMANS, *Conspicuous Absentees*, cit., 340 ss.

⁵⁵ Tale atto regola le relazioni istituzionali tra i quattro stati componenti il Regno: i Paesi Bassi, Aruba, Curaçao e Sint Maarten.

⁵⁶ Nel caso *Harmonisatiewet*, HR, 14.04.1989 NJ 469. Si veda, F. ROSA, *I Paesi senza controllo di costituzionalità delle leggi*, in M. OLIVETTI, T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, 417 ss.

⁵⁷ HR, 19.02.1858, *Weekblad van het recht*, n. 1936.

⁵⁸ L. BESSELINK, *Constitutional Adjudication in the Netherlands*, cit., 590 ss.

⁵⁹ J.C.A. DE POORTER, *Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility*, in *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2/2013, 93.

introdotto con le riforme costituzionali degli anni Cinquanta del secolo scorso⁶⁰, adottate per garantire l’apertura del sistema olandese all’ordinamento internazionale e all’imminente processo di integrazione europea⁶¹. In particolare, sposando una concezione monista del diritto internazionale, l’articolo 93 riconosce, oggi, la forza vincolante, dopo la loro pubblicazione, delle disposizioni dei trattati e delle decisioni delle organizzazioni di diritto internazionale, che, per il loro contenuto, *possono vincolare ogni persona*, e, l’articolo 94, che più ci riguarda, dispone la non applicabilità delle prescrizioni legislative del Regno se incompatibili con le citate disposizioni e/o decisioni⁶². In tal modo si è andato ad attribuire ai giudici un potere nuovo: il potere di disapplicare la normativa interna, anche costituzionale, quando essa fosse in contrasto con norme internazionali a carattere *self-executing*⁶³. L’affermazione di un tale sistema, in cui si innesta, grazie all’ingresso nell’Unione Europea, il principio di primazia del diritto europeo, ha posto in crisi, almeno per quanto concerne la conformità al diritto sovranazionale, il dogma dell’insindacabilità degli atti del Parlamento ad opera del giudiziario⁶⁴, consentendo al contempo lo sviluppo di una tutela costituzionale dei diritti fondamentali mediante il ricorso non tanto alla Costituzione quanto al diritto sovranazionale⁶⁵.

A seguito del recente “scandalo dei sussidi per l’infanzia” (*Toeslagenaffaire*), il sistema così delineato ha tuttavia mostrato i suoi limiti. La rigidissima legislazione in materia di sussidi per l’infanzia, al fine di contrastare le frodi a danno dello Stato, prevedeva, in caso di irregolarità accertate in sede di controlli, la restituzione allo Stato stesso dell’intero delle somme fino a quel momento ricevute. L’applicazione di tale normativa in maniera inflessibile da parte delle amministrazioni tributarie, dei giudici e dello stesso Consiglio di Stato⁶⁶, ha portato dal 2013 all’indebitamento di migliaia di famiglie, che, ingiustamente accusate di aver frodato il fisco a causa di errori spesso minimi o inconsapevoli nella compilazione delle richieste, sono state costrette a restituire tutte le somme ricevute a titolo di sussidio nel corso degli anni (alcune volte più di 100.000 euro⁶⁷), e, in alcuni casi, a perdere anche l’affidamento dei propri figli. Ciò che rileva sotto il profilo giuridico in tale circostanza è stata l’impossibilità, per espressa previsione del Consiglio di Stato, di far ricorso in materia di sussidi alle disposizioni della CEDU, in tal modo privando le persone coinvolte del mezzo di tutela dei diritti sopra

⁶⁰ La riforma costituzionale del 1953 e la riforma costituzionale del 1956.

⁶¹ M. DE VISSER, *Nonjudicial Constitutional Interpretation: The Netherlands*, in D.S. LAW (eds), *Constitutionalism in Context*, Cambridge, 2022, 225 ss.

⁶² G. MARTINICO, *Studio sulle forme alternative di judicial review: il caso dei Paesi Bassi e della Svizzera*, in *Federalismi.it*, 12/2017, 13 ss.

⁶³ L.F.M. BESSELINK, *The Evolution and Gestalt of the Dutch Constitution*, in A. VON BOGDANDY, P.M. HUBER, S. RAGONE (eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law: Volume II: Constitutional Foundations*, Oxford, 2023, 411 ss.

⁶⁴ J. UZMAN, *Changing Tides: The Rise (and Fall?)*, cit., 267.

⁶⁵ W. VOERMANS, *A Bird's Eye View*, cit., 10.

⁶⁶ B. VAN KLINK, T. ARNOLDUSSEN, *Dutch Legal Culture: Limits to the Soft Approach*, in L. VAN DEN HERIK, E. HONDIUS, W. VOERMANS (eds.), *Introduction to Dutch Law*, Alphen aan den Rijn, 2022, 26.

⁶⁷ Si consideri che una famiglia poteva ottenere anche 30.000 euro l’anno di sussidi e che le richieste di rimborso potevano riguardare le ultime cinque annualità.

delineato e normalmente invocabile in caso di lesione degli stessi⁶⁸. La vicenda, che ha particolarmente scosso l’opinione pubblica e causato, tra le altre cose⁶⁹, le dimissioni del primo ministro e la promessa di rimborsi per le famiglie⁷⁰, ha altresì portato i Paesi Bassi a chiedere per la prima volta nella storia un parere alla Commissione di Venezia⁷¹. Quest’ultima, chiamata a valutare le cause e le possibili soluzioni per evitare il ripetersi di situazioni simili, ha indicato, tra i vari suggerimenti, stante l’impossibilità in alcuni ambiti di far ricorso al diritto sovranazionale, una riforma dell’articolo 120 o l’introduzione di meccanismi di controllo di legittimità costituzionale⁷². Anche alla luce di ciò, nel luglio scorso, il governo olandese, ha manifestato attraverso una lettera inviata al Parlamento, la volontà di inserire un controllo giurisdizionale di costituzionalità all’interno del sistema⁷³. La proposta del governo, che manterrebbe l’attuale controllo *ex ante*, non vedrebbe l’istituzione di una Corte Costituzionale⁷⁴, ma sembrerebbe muoversi verso l’attribuzione ai giudici di un sindacato diffuso, limitato però a valutare la conformità della legge solo a quelle disposizioni costituzionali che ineriscono le libertà e i diritti civili e politici⁷⁵. Una riforma del genere, che dovrebbe essere adottata seguendo la lunga procedura di revisione costituzionale dall’ordinamento olandese⁷⁶, superando

⁶⁸ I. LEIJTEN, *Constitutional Review in Sight?: The Venice Commission on the Dutch Childcare Allowance Scandal*, in *Verfassungsblog*, 25/10/2021, in <https://verfassungsblog.de/constitutional-review-in-sight/>.

⁶⁹ Si vedano, EUROPEAN COMMISSION, *2022 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in the Netherlands*, 2022, 16 ss., in https://commission.europa.eu/system/files/2022-07/44_1_193999_coun_chap_netherlands_en.pdf; e EUROPEAN COMMISSION, *2023 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in the Netherlands*, 2023, 20 ss., in https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/44_1_52625_coun_chap_netherlands_en.pdf.

⁷⁰ J. HENLEY, *Dutch government resigns over child benefits scandal*, 15.01.2021, in <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/15/dutch-government-resigns-over-child-benefits-scandal>.

⁷¹ M. DE VISSER, *The Venice Commission and Transnational Constitutional Advice: Relevance for Mature Democracies*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, Feb. 2, 2022, in <http://www.iconnectblog.com/2022/02/the-venice-commission-and-transnational-constitutional-advice-relevance-for-mature-democracies>.

⁷² COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *The Netherlands Opinion on the Legal Protection of Citizens. Adopted by the Venice Commission at its 128th Plenary Session (Venice and online, 15-16 October 2021)*, 2021, CDL-AD(2021)031, par. 129, online [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2021\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2021)031-e).

⁷³ Si pone in luce come il dibattito su un possibile superamento o attenuazione del divieto posto dall’art. 120 della Legge Fondamentale olandese risalga già agli anni ’60 del secolo scorso e che nonostante le varie proposte di riforma, nessuna di esse sia mai stata adottata. Per approfondimenti sulle maggiori proposte di riforma, si veda, G. VAN DER SCHYFF, *The Prohibition on Constitutional Review*, cit., 888 ss.

⁷⁴ N. GRAAF, *An Introduction to Dutch Legal Culture*, in S. KOCH, M.M. KJØLSTAD (eds.), *Handbook on Legal Cultures*, Cham, 2023, 299.

⁷⁵ M. DE VISSER, *Will the Netherlands Finally Embrace Constitutional Adjudication?*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, Sept. 28, 2022, in <http://www.iconnectblog.com/2022/09/will-the-netherlands-finally-embrace-constitutional-adjudication>

⁷⁶ Così come in Finlandia, anche nei Paesi Bassi si richiede l’approvazione del testo da parte di due distinte legislature. Secondo l’art 137 della *Grondwet*, una volta che entrambe le Camere hanno adottato un progetto di riforma costituzionale, la Seconda Camera deve essere sciolta, e, dopo la costituzione della nuova Seconda Camera, il testo deve essere approvato in seconda lettura da entrambi i rami del Parlamento a maggioranza dei 2/3. Per approfondimenti si veda, W.J.M. VOERMANS, *The constitutional revision process in the Netherlands: Sensible security valve or cause of constitutional paralysis?*, in X. CONTIADES (eds), *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, London–New York, 2013, 257 ss.

l'atavico divieto e aprendo a un controllo delle corti, potrebbe inserire i Paesi Bassi nello stesso solco evolutivo già tracciato dalla Finlandia.

4. Brevi riflessioni conclusive

L'evoluzione dei due sistemi analizzati mostra una tiepida apertura verso l'accettazione di modelli a sindacato diffuso da parte di paesi per secoli restii ad affidare ad istituzioni al di fuori del Parlamento il controllo delle leggi. Per entrambi gli ordinamenti, infatti, il Parlamento, quale organo legittimato dal popolo tramite le elezioni, rimaneva e rimane ancora guardiano e massimo interprete della Costituzione. Ciononostante, la spinta data dal diritto sovranazionale e dall'esperienza concreta ha determinato la volontà di avviare una riforma del sistema, in cui sia l'organo rappresentativo che il giudiziario partecipino alla determinazione e al controllo della costituzionalità delle leggi, e dunque a una più ampio e, in tal modo, composito impianto di protezione dei diritti fondamentali. Non mettendo in dubbio il controllo preventivo, si è avvertita, infatti, la necessità di garantire un ulteriore strumento di tutela dei diritti dei consociati, prevedendo, per ora in Finlandia e, forse, in futuro, nei Paesi Bassi, un ruolo anche dei giudici, sebbene ancillare, nel valutare la costituzionalità delle leggi. Un ruolo sì limitato, ma pur sempre un ruolo, prima inesistente, che sia in grado di rappresentare, quando tutti gli altri strumenti (interpretazione conforme, diritto europeo, diritto internazionale, etc.) vengano meno, una valvola di sicurezza posta a completamento del sistema. Un controllo che si profila cauto, e, in Finlandia cautamente esercitato, inteso come estremo rimedio, che sopperisca nell'applicazione concreta delle norme ad eventuali carenze o inattenzioni del legislatore, che potrebbero, altrimenti, come si è visto, condurre a storture impreviste, tali da compromettere irrimediabilmente e irragionevolmente i diritti degli individui.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

IL CASO DELLA RIFORMA GIUDIZIARIA ISRAELIANA: SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ E POTERE POLITICO, TRA DIALOGO E CONFLITTO

FRANCESCO SEVERA

SOMMARIO: 1. Perché non scrivere la costituzione. – 2. Perché non scrivere la costituzione in Israele: elementi di storia costituzionale. – 3. Perché non scrivere la costituzione in Israele: elementi politico-giuridici. – 4. Ben Gurion vs Barak: la riforma giudiziaria e il “processo costituzionale aperto” israeliano. – 5. Conclusioni di contesto: il ruolo dei giudici costituzionali oggi.

1. Perché non scrivere la costituzione

Veziò Crisafulli a ragione usava distinguere tra costituzione in senso storico-politico e costituzione come documento. La prima necessaria per l'esistenza di ogni ordinamento, la seconda che presuppone la presenza dell'altra, pur se con la pretesa di orientarne senso e significati. Crisafulli agganciava la distinzione alla tradizione costituzionale liberal-democratica dell'età moderna, che si muoveva sull'orizzonte di due esigenze concorrenti: da una parte, la necessità di «dare allo Stato una certa costituzione, ossia un particolare tipo di ordinamento, diverso da quello assolutistico e feudale, e che anzitutto garantisse una serie di libertà individuali, ritenute patrimonio essenziale della persona umana, circoscrivendo e limitando in conseguenza l'azione dell'autorità»¹; dall'altra, la necessità di farlo in forma scritta, a maggior garanzia dei soggetti titolari di quelle nuove libertà. In buona sostanza, il documento (dunque le disposizioni che esso

¹ Così in V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1970, 87.

contiene) finisce per incarnare una scelta politica di fondo, che rimane idealmente presupposta non solo al testo, ma anche agli sviluppi ermeneutici che da quel testo deriveranno. Nel dare un formato positivo alla legge fondamentale, si vuole in definitiva sancire l'affermazione politica su quale sistema sociale, su quale forma di Stato e (di conseguenza) su quale forma di governo si intende "costituire" per quella data comunità. E allora viene da pensare che la necessità di fissare in lettere la legge fondamentale sia direttamente legata all'idea di uno Stato come progettualità politica. E ciò non è rinvenibile solo nelle costituzioni giacobine degli ultimi anni del secolo diciottesimo, ma anche nelle carte ottriate del diciannovesimo e perché non anche nelle costituzioni sociali dell'Europa del primo e secondo dopoguerra. Sta di fatto che il "momento costituzionale", in questi casi, è sì fondativo di una rinnovata progettualità sociale, ma non originario, nel senso che non è elemento costitutivo di una nuova sovranità. Guardiamo alle citate costituzioni giacobine, che introducono nell'ordinamento francese il concetto secondo cui la sovranità appartiene al popolo: cambia l'imputazione del potere sovrano dello Stato francese, ma non l'originaria unità comunitaria, in questo caso nazionale. Lo stesso in Italia, quando il nuovo ordine costituzionale introdotto dal nuovo soggetto di imputazione del potere sovrano, l'Assemblea costituente, si affiancò all'ordine legale precedente (su questo chiarissima la ricostruzione di Mezzanotte²), modificandolo e orientandolo, in prospettiva risucchiandolo interamente, ma senza sostituire l'originaria comunità di destino italiana.

Ci sono però dei casi in cui, al contrario, l'introduzione di una costituzione documento rappresenta la sanzione di una novella sovranità. Per capire il meccanismo un esempio utile possono essere gli Stati Uniti d'America. L'atto fondante il momento costituente americano non è propriamente la Costituzione del 1789, ma la precedente dichiarazione di indipendenza scritta da Thomas Jefferson nel 1776. La sovranità imperiale britannica viene soppiantata da una rinnovata sovranità, autonoma e indipendente. Il problema fu, infatti, la caratterizzazione di questa nuova sovranità, che non solo non poteva essere nazionale, ma che era frammentata in tante istanze coloniali (13 all'inizio), che andavano certo riportate all'unità. Scrive efficacemente Daniel J. Elazar che «il significato profondo della soluzione americana fu quello di escogitare un modo di eludere il problema della sovranità esclusiva degli stati; in altre parole, di fornire un'alternativa moderna per l'organizzazione della comunità politica su una base più democratica di quella dello stato giacobino. Invece di accettare le concezioni europee del XVI secolo dello Stato sovrano, gli americani considerarono che la sovranità appartenesse al popolo. Le varie unità di governo - federali, statali o locali - potevano esercitare solo poteri delegati»³. Non solo, dunque, un nuovo potere sovrano, totalmente indipendente rispetto a quello inglese, ma, al contempo, un nuovo soggetto sovrano, «*we, the people of United States of America*»⁴.

² La distinzione tra ordine costituzionale e ordine legale si ritrova in C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I Le ideologie del costituente*, Milano, 1979.

³ Così D. J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Milano, 1998, 35. Il testo originale di ELAZAR, *Exploring federalism*, è del 1987.

⁴ Così le prime parole del preambolo della Costituzione degli Stati Uniti d'America, in vigore dal marzo 1789.

Anche in questa ipotesi, però, l'azione fondativa della nuova sovranità finisce comunque per essere un atto politico, una decisione che origina nuove regole e, di conseguenza, un ordinamento nuovo. Con Schmitt potremmo dire che è l'istanza politica a prevalere, a segnare l'elemento di novità che origina legalità nuove o sovranità nuove: il politico come elemento di assimilazione strutturale, che "divora" ogni altra sovrastruttura, perfino quella giuridica⁵. Verrebbe da dire, allora, che scrivere una costituzione null'altro significa se non sanzionare ufficialmente una decisione politica di fondo, sia in funzione limitativa (elemento più pronunciato nelle costituzioni di matrice liberale) sia in funzione promissiva (elemento più pronunciato in Weimar e nelle costituzioni del secondo dopoguerra europeo)⁶. In buona sostanza, la costituzione scritta sancisce un momento di rottura con il passato, un mutamento di regime politico, il quale intende assoggettare una passata sovranità ovvero fondarne una nuova.

Se questo è vero, dovremmo arrivare a sostenere che, in un ordinamento in cui la costituzione non ha assunto una forma scritta, in verità sia mancato tale momento di rottura, per ragioni magari storiche o sociali. Ancor di più potremmo dire che, nel detto caso, l'elemento politico non si sia posto in contraddizione rispetto al passato complesso ordinamentale e comunitario, ma in continuità, se non perfino in un atteggiamento di conservazione. È come se in queste esperienze - tra tutte quella inglese, ma anche, a suo modo, quella israeliana - mai si sia manifestato il primato della politica, e quindi dello Stato, sulla società⁷. Parlando soprattutto del caso britannico, le dinamiche e gli equilibri che la socialità ha nel tempo costruito (un lunghissimo tempo), cioè quel complesso rapporto di prerogative, diritti e doveri che convenzionalmente regola in quella specifica realtà la convivenza tra soggetti, come anche tra istituzioni, segna il discrimine tra libertà e suoi limiti, tra potere e suoi limiti. Il *Rule of law*, concetto che propriamente incarna questo ampio deposito, non semplicemente va tutelato, ma il suo preciso rispetto è anche fonte di legittimazione politica. L'etica costituzionale, in questi casi, non ha dunque un carattere promissorio, ma conservativo: la conservazione di un ordine (di un ordinamento)

⁵ Su questo si vedano le interessanti notazioni di A. VON BOGDANDY, *Il "pubblico" nel diritto internazionale alla luce del concetto di politico di Schmitt. Un contributo alla teoria generale del diritto pubblico*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2018.

⁶ Sul valore promissivo e viepiù progettuale dei principi costituzionali rimane insuperato lo studio del già citato V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, non poco influenzato dalla dottrina tedesca sul tema.

⁷ La distinzione appare chiarissima nel pensiero di PAOLO GROSSI. Ogni comunità possiede un complesso valoriale proprio: «lo strato dei valori storici è quello delle radici di una società, è il frutto di sedimentazioni lunghe, è l'acquisizione di certezze faticosamente conquistate e diventate, dopo secolari fatiche, patrimonio d'una comunità storica. È quell'*ethos* ampio e aperto che vuol chiamarsi costume e che riesce a caratterizzare un *ethnos*. Con due precisazioni basilari: vive nella storia e dalla storia trae la sua vitalità, non è mai scritto, né nella natura fisica né tanto meno in pretese cifre biologiche differenzianti (un esempio atroce: la razza); rappresenta un modello, altrimenti non sarebbe osservato, ma con una sua disponibilità ad arricchirsi delle maturità dei tempi, a lasciarsene segnare, sia pure nel lento incedere dei tempi lunghi che sono i soli a formare una coscienza collettiva. [...] Ciò vuol dire che il diritto è forse il modo più significativo che ha una comunità di vivere la sua storia» (così P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, 2003, 20 ss.). Ecco, la costituzione scritta è in definitiva un atto politico: la volontà di imporre una prevalenza dell'istanza politica su tutte le altre. L'interessata riformulazione del complesso di valori storici, che vengono deformati in funzione della costruzione statale. Nella tradizione anglosassone invece manca tale approccio, continuando a prevalere l'istanza valoriale originaria, vero formante di un diritto libero da ogni estranea distorsione politico-ideologica.

che è espressione del più genuino senso di giustizia della comunità. Questo impone anche una diversa qualificazione della sovranità popolare, che non è concepita, come nel modello rivoluzionario francese, quale creatrice (e dunque anche riformatrice potenziale) dell'ordinamento, ma come "sovranità della terra" (*law of the land*). Essa si esprime e compone in formule e rapporti istituzionali che rispecchiano un certo modello sociale, storicamente fondato, e il momento normativo è funzionale al rispetto di questi equilibri. Per dirla con Francesco Rimoli, quello inglese è in definitiva «un modello sostanzialmente irripetibile di integrazione tra dimensione storico-evolutiva e dimensione normativa del sistema sociale»⁸.

2. Perché non scrivere la costituzione in Israele: elementi di storia costituzionale

In un breve testo del 1993, pubblicato per il Jerusalem Center for Public Affairs (di cui è stato fondatore), Daniel J. Elazar tentò di classificare comparativamente il modello costituzionale israeliano, accostandolo in maniera esplicita a quello inglese⁹. In particolare, il politologo americano inserisce l'esperienza israeliana e quella britannica nell'orbita di quei modelli ordinamentali in cui la costituzione non è altro che l'adattamento moderno di una più antica tradizione costituzionale: «*polities utilizing this model have a deeply-rooted commitment to what can only be characterized as an ancient and continuing constitutional tradition, rooted in their history and culture or religion, or both. The commitment usually finds expression in what is conveniently referred to as an "unwritten constitution", which often encompasses a collection of documents of constitutional import, each of which marks (or purports to mark) an adaptation of the great tradition to changed circumstances*»¹⁰. La caratteristica di questi modelli è la frammentarietà dei documenti costituzionali; una serie più o meno eterogenea di atti scritti, finalizzati a dichiarare, chiarire o riadattare quelli che vengono considerati principi antichi di convivenza. In effetti, è proprio tale frammentarietà che caratterizza il tessuto costituzionale dell'ordinamento pubblico israeliano: «*the proposal for piecemeal writing of the constitution was accepted so every Knesset is also a constituent assembly that can enact Basic Laws, usually by a modest special majority of 61, namely, half plus one of its total membership*»¹¹.

In realtà, nella solenne dichiarazione di indipendenza del paese - siamo al 14 maggio 1948 - si era specificatamente dichiarato che si sarebbe dovuta eleggere nel

⁸ Così F. RIMOLI, *L'idea di costituzione*, Roma 2011, 122. Per un approfondimento sul modello costituzionale inglese e sulle questioni di politica costituzionale conseguenti all'uscita del Regno Unito dall'Unione europea si veda il recente volume C. MARTINELLI, *La Brexit e la Costituzione britannica. Ome e perché il Regno Unito è uscito dall'Unione europea*, Torino, 2023.

⁹ Il riferimento è a D. J. ELAZAR, *The Constitution of the State of Israel*, in Jerusalem Center for Public Affairs, 1993. Sul sito del centro si possono trovare tutti gli scritti dello studioso su costituzione, governo e politica israeliana, per un periodo di produzione che va dal 1986 al 2001. Sul tema si veda anche M. GOLDFEDER, *The State of Israel's Constitution. A comparison of civilized nations*, in Pace International Law Review, 2013.

¹⁰ D. J. ELAZAR, *ult. cit.*, 1993.

¹¹ D. J. ELAZAR, *ult. cit.*, 1993.

termine di pochi mesi un'Assemblea costituente che avrebbe dovuto adottare una costituzione organica. Essa fu in effetti eletta ed entrò in funzione nel gennaio del 1949, aprendo un serio dibattito sui profili che avrebbe dovuto assumere la futura carta fondamentale. Non se ne fece molto. Dopo mesi di discussione, caratterizzati dalla concreta difficoltà di mettere insieme i numeri per approvare un testo condiviso, si preferì optare per una soluzione di compromesso: fu il deputato Yizhar Harari a proporre una risoluzione che prevedeva l'approvazione della costituzione non in un testo organico, ma per differenti capitoli, tali da costituire ognuno una differente legge fondamentale¹². La risoluzione fu approvata dalla prima Knesset il 13 giugno 1950. Fino ai primi anni novanta dello scorso secolo, le leggi fondamentali approvate dalle singole legislature dell'assemblea monocamerale israeliana hanno riguardato la forma di governo dello Stato: la legge fondamentale sulla Knesset (1958), la legge fondamentale sui confini di Israele (1960), la legge fondamentale sul Presidente dello Stato (1964), la legge fondamentale sul Governo (1968, poi modificata nel 1992, 2001 e 2014), la legge fondamentale sull'economia dello Stato (1975), la legge fondamentale sull'esercito (1976), la legge fondamentale su Gerusalemme capitale di Israele (1980), la legge fondamentale sul potere giudiziario (1984), la legge fondamentale sullo *State Comptroller* (1988). La postura ordinamentale delle leggi fondamentali non è mai stata qualitativamente o gerarchicamente differente rispetto alle altre leggi emanate dal Parlamento israeliano. La stessa Corte suprema, in quei primi quarant'anni di vita del paese, aveva in più occasioni rifiutato di riconoscersi il potere di sindacare la costituzionalità delle altre leggi utilizzando le leggi fondamentali quali parametro - anche se in alcune occasioni essa aveva fissato alcune prime coordinate che le avrebbero permesso poi di esercitare una qualche forma di *judicial review of legislation*¹³. Tutto cambiò con l'approvazione della legge fondamentale sulla libertà e dignità umana e della legge fondamentale sul diritto all'occupazione, entrambe del 1992 (la seconda poi modificata nel 1994). L'introduzione di questo primo significativo nucleo di norme in tema di garanzia dei diritti fu salutata da molti qualificati osservatori come una vera e

¹² Qui il testo, tradotto in inglese, della risoluzione Harari: «*the First Knesset instructs the Constitution, Law and Justice Committee to prepare a draft State Constitution. The constitution will be built chapter by chapter, in such a way that each will constitute a separate Basic Law. The chapters shall be presented to the Knesset when the committee completes its work, and all the chapters together shall comprise the Constitution of the State*».

¹³ A segnare l'esplicito rifiuto del massimo organo di giustizia israeliano di procedere a una qualche forma di sindacato di costituzionalità delle leggi è il caso *Rogozinski*, del 1970. Più risalente e altrettanto importante il caso *Ziv* del 1948, in cui la Corte negò esplicitamente che si potesse riconoscere natura costituzionale alla Dichiarazione di indipendenza (siamo agli albori della storia costituzionale di Israele). In realtà, solo qualche mese prima della pronuncia *Rogozinski*, la Corte aveva invalidato una legge sul finanziamento pubblico ai partiti, nella parte in cui negava fondi pubblici alle formazioni che non avevano avuto seggi nella presidente legislatura parlamentare; il tutto per incompatibilità della stessa con la legge fondamentale sulla Knesset. Siamo nel 1969 e il caso porta il nome *Bergman*. Va chiarito che nella medesima decisione i giudici rifiutarono di esprimersi direttamente sullo statuto delle leggi fondamentali e sulla loro eventuale sovraordinazione rispetto alle leggi ordinarie. Infatti, il motivo dell'annullamento non riguarda di per sé la violazione del rapporto gerarchico tra fonti, ma la fonte scelta per approvare la legge sul finanziamento pubblico. Se le questioni legate alla rappresentanza politica sono regolate da una legge fondamentale, per introdurne di nuove bisogna utilizzare comunque questo tipo di fonte, la quale richiede che l'approvazione parlamentare passi almeno per la maggioranza dei membri, cioè 61 voti. Tale posizione della Corte venne rafforzata dalla successiva pronuncia sul caso *Negev* (1974).

propria “rivoluzione costituzionale”, perché nella sostanza tale nuova legislazione fondamentale in tema di dignità umana non imponeva obblighi solo per i cittadini ma per tutte le istituzioni e per gli organi governativi dello Stato, perfino per la stessa Knesset¹⁴. Ciò chiaramente poteva legittimare l'intervento ablativo della Corte suprema quando fosse rilevata una disarmonia tra la legge ordinaria (ma non solo) e le leggi fondamentali: quel potere di *judicial review* che la Corte definitivamente riconobbe a sé stessa con la sentenza *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village* del 1995¹⁵. Saranno altre tre le leggi fondamentali approvate sino ad oggi: la legge fondamentale sul referendum del 2014, la legge fondamentale su Israele quale Stato nazione del popolo ebraico del 2018 e la contestata legge di riforma della legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario del 2023 (oggetto dei prossimi paragrafi di questo scritto).

3. Perché non scrivere la costituzione in Israele: elementi politico-giuridici

Ora, la breve sintesi storica appena riportata fa emergere alcuni elementi critici nel parallelo di Elazar tra sistema costituzionale inglese e sistema costituzionale israeliano. Non è certo in dubbio il fatto che il processo costituzionale dello Stato di Israele si sia sviluppato in maniera frammentaria e in un lungo percorso di accrescimento che ha modellato un preciso complesso istituzionale e pian piano imposto, in maniera implicita e per via pretoria, le leggi fondamentali quali gerarchicamente sovraordinate rispetto alla legge ordinaria (con tutte le conseguenze del caso). Ma siamo sicuri che tutto questo sia avvenuto nel preciso tentativo di affermare e recuperare principi antichi di convivenza civile, un presupposto senso della giustizia, rapporti istituzionali legittimati da una specifica tradizione consuetudinaria? Ciò implicherebbe che lo sforzo costituzionale israeliano sia stato finalizzato al recupero e alla manifestazione di una precedente dimensione storico-culturale, utile a legittimare le nuove istituzioni e quindi il nuovo Stato. È da verificare se ci siano elementi che possano testimoniare questo secondo carattere che Elazar individua per contrassegnare le esperienze costituzionali simili a quella inglese.

Innanzitutto, potremmo chiederci se ci sia traccia di questo nella dichiarazione di indipendenza del 1948, che è il primo documento fondativo della nuova sovranità dello

¹⁴ L'espressione “rivoluzione costituzionale” si deve ad uno storico articolo del giudice Aharon Barak del 1992, tra i primi a teorizzare gli effetti non irrilevanti dell'approvazione delle nuove leggi fondamentali in tema di dignità umana e diritti sul complesso del sistema costituzionale israeliano. Si veda A. D. J. BARAK, *A constitutional revolution: Israel's basic laws*, in *Constitutional Forum*, 1992.

¹⁵ In qualità di Presidente della Corte suprema, il giudice BARAK, nella propria opinione sul caso, teorizzerà nella sostanza quanto già esplicitato nello scritto del 1992; in particolare, con riguardo alla natura sovraordinata delle leggi fondamentali rispetto alle altre leggi approvate ordinariamente dalla Knesset. Pur non essendoci vincoli di maggioranza, le leggi fondamentali sono espressione non del mero esercizio della funzione legislativa della Knesset, ma del potere costituente che il Parlamento monocamerale israeliano sempre detiene. Dunque, tale particolare *status* ha come diretta conseguenza che una legge fondamentale non possa essere annullata, abrogata o derogata da un ordinario atto legislativo, ma solo ed esclusivamente da un atto che, almeno nominalmente, si ponga allo stesso livello. Ulteriore conseguenza, il vincolo che esse pongono all'esercizio dell'ordinaria funzione legislativa: compito della Corte suprema sindacare il rispetto di tale vincolo.

Stato israeliano. In quel testo, affascinante e dal grande valore simbolico, fin dalle prime righe si collega l'identità spirituale, religiosa e politica del popolo ebraico, la quale «ha creato valori culturali di dimensione nazionale e universale e ha dato al mondo l'eterno Libro dei libri», alla sua specifica identità geografica: *Eretz-Israel*, la terra di Israele. Da ciò deriva il diritto naturale del popolo ebraico ad essere «padrone del proprio destino, come tutte le altre nazioni, nel proprio Stato sovrano». Sulla base, dunque, della Risoluzione delle Nazioni unite del 29 novembre 1947, i firmatari della dichiarazione si impegnarono a dar vita ad uno Stato «basato sulla libertà, la giustizia e la pace, come previsto dai Profeti di Israele; che assicuri completa eguaglianza di diritti sociali e politici a tutti i suoi abitanti, senza differenze di religione, razza o sesso; che garantisca libertà di religione, coscienza, lingua, educazione e cultura; che salvaguardi i Luoghi santi di tutte le religioni; che sia fedele ai principi della Carta della Nazioni unite»¹⁶.

In queste poche righe sembra condensata tutta la questione identitaria del nuovo Stato. Da una parte il richiamo alla tradizione biblica (profetica) e quindi ad uno spazio comunitario fondato sull'*halakhah*, la legge ebraica; dall'altro le formule proprie delle democrazie liberali e del sionismo universalista di Theodor Herzl, fondate su quel pluralismo sociale e religioso che viene presentato anche quale strumento di custodia e garanzia di accesso ai Luoghi santi delle tre religioni monoteiste. Laici e ortodossi, sionisti e non sionisti. Fin dalla sua fondazione, il nuovo ordinamento costituzionale israeliano è tutto proteso a cercare la formula ideale per tenere insieme questi due estremi e tutto quello che tra gli estremi si pone. Contarono le provenienze geografiche della nuova classe dirigente e dei nuovi cittadini: da una parte gli aschenaziti, gli ebrei cioè proveniente dall'Europa centrale e orientale, tra i quali prevaleva certo un approccio laico e una certa sensibilità all'opera di Herzl; dall'altra i sefarditi, i discendenti degli ebrei cacciati dalla Spagna nel 1492 e fuggiti lungo le rotte mediterranee verso Italia, Balcani e Impero ottomano, tra i quali prevaleva invece la componente religiosa e una certa difficoltà a condividere un approccio propriamente laico. Contarono le differenti tradizioni giuridiche a cui essi si richiamavano: la stesura delle prime bozze, mai approvate, di costituzione fu affidata a Leo Kohn, che era arrivato nel 1921 in Palestina partendo dalla nativa Germania. Egli curò ben tre differenti bozze tra il 1947 e il 1948, fortemente ispirate alla costituzione weimariana del 1919 oltreché a quella degli Stati Uniti, esenti da riferimenti religiosi; scritte in inglese e poi tradotte in ebraico, queste furono sottoposte all'accesa critica delle componenti più religiose, che volevano sancire esplicitamente nella carta fondamentale il primato della legge ebraica e dei suoi principi su quelli della costituzione, i quali avrebbero al contrario dovuto svolgere un mero ruolo suppletivo ad uso della Corti giudiziarie. Da considerare poi che, tra i giuristi della diaspora, oltre alla componente di scuola tedesca, ampia era quella educata in Inghilterra e Stati Uniti, quindi con una forte impronta di common law e poco incline ad avere un sistema giuridico irrigidito da una costituzione scritta. Non è irrilevante poi l'influenza dei modelli di organizzazione sociale propri della vecchia amministrazione ottomana, a

¹⁶ I passi qui riportati del testo della Dichiarazione di indipendenza dello Stato di Israele, proclamata il 14 maggio del 1948 da DAVID BEN GURION, sono stati tradotti in italiano direttamente dalla versione inglese.

cui l’*Yishuv* (la prima comunità ebraica stabilitasi in Palestina a fine Ottocento sotto il governo del Sultano) si era ispirato: in particolare il *millet*, cioè il complesso di istituti che regolava (assicurandone una certa autonomia) alcune comunità religiose non islamiche residenti però nel territorio soggetto alla Sublime porta; una possibile soluzione alle istanze autonome delle comunità più ortodosse¹⁷. Si potrebbe allora ingenuamente osservare che l’approdo alla soluzione Harari e dunque la mancanza di una costituzione organica in Israele sia, nella sostanza, una conseguenza di questo particolarismo davvero difficile da ricondurre ad unità su un testo fondativo e dunque vincolante per tutti. Nulla più che una scelta di necessità. In verità, a guardare meglio i fatti, in questa costruzione frammentata del testo costituzionale vi è una precisa volontà politica e forse perfino un modello costituzionale del tutto peculiare.

Per spiegare la cosa, dobbiamo fare appello ad uno dei protagonisti del processo politico di costruzione dello Stato di Israele, David Ben Gurion, vera e propria coscienza della questione identitaria del nuovo paese¹⁸. Egli è stato il primo firmatario della Dichiarazione di indipendenza, vero e proprio fondatore dello Stato israeliano, nato nel 1886 come David Grün in una città dell’attuale Polonia, allora parte dell’Impero russo. Aschenazita di cultura yiddish, aveva aderito al movimento sionista internazionale e si era trasferito giovanissimo nella Palestina ottomana per guidare la costruzione di una nuova e autonoma comunità ebraica. Egli era pienamente consapevole della difficoltà di mettere insieme le ampie sfumature che componevano la comunità ebraica dell’epoca, ma anche, allo stesso tempo, della necessità di tenere insieme queste differenti istanze, laiche o religiose che fossero. Bisognava innanzitutto far rientrare l’opposizione di principio che le componenti ebraiche più ortodosse (*haredi*) avevano nei confronti di uno Stato ebraico fondato su principi laici (e sorto prima della venuta del Messia!). Ben Gurion riuscì a negoziare un compromesso nel 1947 con il partito confessionale *Agudat Yisrael*, il quale si impegnava a non opporsi alla nascita del futuro Stato in cambio (1) dell’osservanza pubblica dello *Shabbat* quale giorno di riposo, (2) del riconoscimento della competenza esclusiva dei tribunali rabbinici con riguardo allo *status personae* degli ebrei osservanti, (3) dell’autonomia delle scuole religiose¹⁹. A questo primo tassello unitario, Ben Gurion ne aggiunse un altro nel 1949, nel pieno del dibattito costituente, schierandosi esplicitamente contro la scrittura di una costituzione. In uno dei suoi discorsi innanzi alla Commissione per la costituzione, la legge e la giustizia della prima Knesset, il 13 luglio 1949, Ben Gurion specificò i motivi per cui il futuro Stato di Israele non aveva bisogno di una costituzione scritta le cui norme avessero un valore diverso rispetto a

¹⁷ Una precisa e ricca ricostruzione di questo complesso di istanze religiose, sociali e giuridiche diverse e contrapposte si ritrova nelle pagine di L. CARACCILO, *La sindrome ottomana*, in *Limes*, n. 3/2023: l’editoriale di un intero numero della prima rivista italiana di geopolitica dedicato completamente alla questione israeliana. Molto evocativo il titolo del volume: “*Israele contro Israele*”.

¹⁸ Sul contributo di BEN GURION alla nascita dell’ordinamento costituzionale israeliano, va segnalato N. KEDAR, *David Ben-Gurion and the Foundation of Israeli Democracy*, USA, 2021. Dello stesso autore, già professore di storia del diritto alla Bar-Ilan University, si veda il precedente N. KEDAR, *Law and Identity in Israel. A Century of Debate*, UK 2019. Ancora da segnalare, N. ROGACHEVSKY, *Israel’s Declaration of Independence: The History and Political Theory of the Nation’s Founding Moment*, UK, 2023.

¹⁹ Per una lettura più estesa della questione dello status personae e della cittadinanza in Israele si veda E. CAMPPELLI, *Prove di convivenza. L’istituto della cittadinanza nell’ordinamento giuridico israeliano*, Firenze, 2022.

quello della legge. Seguendo le argomentazioni di Ben Gurion, le ragioni per cui alcune nazioni hanno assunto dei documenti costituzionali sono essenzialmente due: quando vi è un problema di differenziazione di poteri e competenze tra autorità centrale e autorità periferica (Stati Uniti) oppure quando la costituzione nasce come conseguenza di un cambio di regime, cioè quando un atto rivoluzionario depone un governo che non riconosce determinate libertà e dunque nella costituzione si chiarisce che quelle libertà non verranno più messe in discussione dal nuovo governo (Francia). Secondo Ben Gurion, nessuna di queste due circostanze si può riscontrare nel processo di costituzione dello Stato di Israele. Ancora, egli si sofferma sul diverso valore che le norme di natura costituzionale dovrebbero avere rispetto alla legge. Il fatto che la maggioranza semplice della Knesset non possa modificare una disposizione di natura costituzionale è per Ben Gurion un inutile irrigidimento del sistema e soprattutto una limitazione ingiustificata del potere politico. Cosa ancor più evidente quando si guarda alla conseguenza immediata di questo, cioè all'inevitabile controllo di costituzionalità sulle leggi da affidare alla Corte suprema. Dice il nostro, *«we chose a parliamentary form of government. The nation decides on the laws, and their representatives implement them. I don't think it's possible to delegate authority to the court to decide whether the laws are kosher or not kosher. [...] With the divisions that exist among us, with the hysteria, and with our need to educate ourselves in the rule of law, to educate ourselves in recognition of democratic practice in the nation, we must not allow a minority to prevent the passage of laws on the grounds that a supermajority is required for certain "special" laws. I think this would be dangerous here. Better that they pass a bad law than that a minority takes over. For the people will not accept this! Even the rule of the majority is not so quickly accepted among us. The rule of a minority? This won't be accepted. There also isn't any moral or logical justification for it»*. La preoccupazione di Ben Gurion è soprattutto quella di evitare, in un panorama di grandi divisioni interne, che possano giuridicamente assestarsi valori e principi di una parte in maniera irreversibile. Se esiste la necessità di bilanciare istanze differenti, questo bilanciamento non può essere fatto una volta per tutte con un documento costituzionale, ma va stabilito volta per volta in un lento processo di accrescimento che sia sempre reversibile o comunque modificabile. Ecco perché è la legge ordinaria, approvata a maggioranza semplice, lo strumento più utile a definire i contenuti costituzionali del sistema. Dice ancora Ben Gurion, *«I am in favor of laws in the Knesset: laws regarding elections, on the presidency, on the government. But let us not involve ourselves in declarations. We made a declaration once. That time it was just. And the Declaration has pedagogic value. In general, parliament involves itself in the making of laws for the needs of the time and the hour. Law is the fruit of its time; there is no eternity in law»*²⁰.

A prescindere dalla correttezza storico-giuridica delle argomentazioni di Ben Gurion sulle costituzioni scritte, è interessante rilevare come la scelta di non scrivere una carta fondamentale organica in Israele non sia semplicemente il frutto della constatazione delle differenze interne alla classe dirigente israeliana, ma una precisa scelta di natura

²⁰ Gli stralci qui riportati del discorso di BEN GURION sono ripresi dalla traduzione inglese di N. ROGACHEVSKY per la rivista israeliana *Mosaic*.

politica. È come se si decidesse di dare una natura permanente al processo costituzionale, da costruire attraverso una pluralità di decisioni politiche assunte con leggi approvate a maggioranza da un Parlamento, la Knesset, sempre eletto su base proporzionale. La formula unitaria israeliana si costruisce dunque nella concretezza delle decisioni politiche, con un percorso costituzionale aperto alle interazioni (parlamentari) tra istanze diverse e tradizioni culturali differenti. È paradossale rilevare come, nel caso israeliano, il primato della politica sulla società non si affermi quindi con la solenne sanzione di una costituzione scritta, ma sulla consapevole scelta di dover scongiurare tale circostanza, riservando ogni fiducia nella flessibilità della legge.

Sembra interessante interrogarsi sui frutti di questo specifico approccio. Sotto un profilo specificatamente sociologico, le linee fluide di questo modello non sembrano aver ricomposto le fratture originarie presenti nella popolazione del nuovo Stato. È del giugno 2015 il famoso discorso dell’allora Presidente israeliano Reuven Rivlin, il quale con un certo realismo politico fotografò una società israeliana divisa in quelle che egli stesso chiamò quattro differenti “tribù”: una sionista-laica, una sionista-religiosa, una ultraortodossa e una araba. Questi quattro frammenti vivono quasi in autonomia, ognuno con propri differenti ideali, propri valori, proprie scuole, ma con eguale diritto di cittadinanza²¹. Questa perpetuazione dello *status quo* originario sconta però una profonda disarmonia con l’evoluzione costituzionale che negli anni Novanta si è imposta nel paese. Come abbiamo accennato, la “rivoluzione” seguita all’approvazione delle leggi fondamentali sui diritti e la dignità umana ha in realtà cambiato alcuni caratteri del modello di Ben Gurion. Il nuovo *status* riconosciuto in via pretoria alle leggi fondamentali e il potere di *judicial review* acquisito dalla Corte suprema ha nella sostanza normalizzato e in un certo senso secolarizzato il modello ad accrescimento progressivo, superando i due elementi costitutivi che nel 1949 David Ben Gurion aveva individuato: niente costituzione scritta, niente sindacato di costituzionalità. È stata questa una violazione del patto fondativo? Qualcosa che alcune delle tribù hanno letto come fortemente lesivo delle loro prerogative autonome? Se questa fosse la chiave di lettura, ben si potrebbe spiegare il grande valore assunto nel dibattito pubblico israeliano dalla legge di riforma della legge fondamentale sulla funzione giurisdizionale (2023). Essa non è altro che il chiaro tentativo di limitare gli effetti della “rivoluzione costituzionale” degli anni Novanta, al fine di recuperare alcuni elementi del patto fondativo israeliano. Facile immaginare quanto questo possa toccare le corde profonde del paese, proprio perché incide sul modello di convivenza di una comunità che resta comunque profondamente divisa. Lo approfondiremo.

Al netto di ciò, possiamo a questo punto ben dire come sia difficile ogni forma di classificazione comparatistica di un modello come questo, che ben si distingue da quello inglese, al contrario di quanto affermato da Elazar, in quanto manca una specifica tradizione sociale di riferimento a cui agganciare la legittimazione delle istituzioni, ma che non sembra potersi avvicinare in realtà a nessun’altra esperienza. Le sue peculiarità sono la conseguenza di una storia costituzionale altrettanto singolare. Uno spazio pubblico il cui modello costituzionale rimane aperto e affidato ad un sempre reversibile

²¹ RIVLIN tenne il discorso il 7 giugno 2015, in occasione della quindicesima *Herzliya Conference*.

compromesso politico, a garanzia delle sue differenti componenti. Questa idea che debba essere la politica il punto di caduta del bilanciamento tra differenti istanze sociali ha cominciato a essere messo in ombra da un rinnovato attivismo della massima corte giudiziaria israeliana, che si è nel tempo ritagliata un potere di chiusura del sistema costituzionale, tale per cui, in realtà, quel modello costituzionale originario sembra cambiare alcuni suoi connotati.

4. Ben Gurion vs Barak: la riforma giudiziaria e il "processo costituzionale aperto" israeliano

Aharon Barak ha rappresentato la viva coscienza di quella che lui stesso definì la "rivoluzione costituzionale" israeliana. In un suo famoso articolo del 1992 fu egli a sottolineare come le nuove leggi fondamentali approvate quell'anno avessero introdotto un nucleo duro valoriale che impegnava le istituzioni (e quindi anche il Parlamento e il Governo) e il cui carattere sovraordinato permetteva al potere giudiziario di sindacare leggi e atti di governo che si ponessero in contrasto con essi. Fu lo stesso Barak, divenuto Presidente della Corte suprema, a firmare la citata sentenza *Bank Mizrahi* del 1995, con la quale venne introdotto per la prima volta nel sistema israeliano una forma di *judicial review*²². Facile immaginare come questo influì sul sistema costituzionale che abbiamo prima descritto, rafforzando il ruolo del massimo organo giudiziario e trasformandolo nel nuovo punto di caduta del bilanciamento tra istanze sociali di cui prima abbiamo parlato. Scrive Barak nel 2009, «io concepisco il mio ruolo di giudice della Suprema Corte di uno Stato democratico come protezione della costituzione e della democrazia. Non possiamo dare per scontata la perpetua esistenza della democrazia. Questo è certamente il caso delle nuove democrazie, ma ciò è anche vero per quelle vecchie e consolidate. L'atteggiamento del "a noi non può succedere" non può valere a lungo. Tutto può succedere. Se la democrazia fu travolta e distrutta nella Germania di Kant, Beethoven e Goethe, questo può accadere ovunque. Se noi non proteggiamo la democrazia, la democrazia non ci proteggerà. [...] so che una delle lezioni dell'Olocausto e della Seconda Guerra Mondiale è la necessità di avere costituzioni democratiche e di assicurare che esse siano rese effettive dai giudici della Corte Suprema, il cui compito principale è proteggere la democrazia»²³. Una lettura davvero incisiva dei poteri della Corte suprema, che in quegli anni trovò riscontro nelle molte pronunce in cui la Corte procedette all'annullamento di molteplici provvedimenti delle autorità pubbliche in tema di lotta al terrorismo che non sufficientemente tutelavano la dignità umana²⁴. Infatti, nel sistema israeliano non vi sono

²² Si rimanda qui alle note n. 13 e 14.

²³ Così A. BARAK, *I diritti umani in tempo di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in S. MOCCIA A cura di, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, 37.

²⁴ Recuperando gli stralci di alcune sentenze, si può ricostruire con chiarezza la posizione di BARAK in merito al ruolo forte affidato ai giudici nel vigilare sul bilanciamento tra diritti e necessità di sicurezza. Scrive il *justice* nel caso *Velner* (1994): «la lotta per la legge è incessante. V'è sempre necessità di vigilare sul rispetto della legge. Gli alberi che abbiamo coltivato per molti anni possono essere sradicati con un colpo di accetta. Non dobbiamo mai trascurare la tutela dello Stato di diritto. [...] Questo ruolo di protezione è affidato all'apparato giudiziario nel suo insieme, e alla Suprema Corte in particolare. Ancora una volta, i

limiti specifici di accesso alla corte, né con riguardo al soggetto appellante né con riguardo all’oggetto di cui si chiede l’annullamento (legge o provvedimento amministrativo che sia). In qualche modo, la Corte suprema israeliana condensa in sé quelli che sono i poteri e le prerogative che in Italia sono affidate a Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato. Questi due elementi di sistema, sommati alla teorica di Barak, hanno fatto della Corte l’organismo di chiusura dell’ordinamento costituzionale israeliano, non solo (efficacemente) a tutela dei diritti dei singoli, ma anche (con qualche problema di legittimazione) quale regolatore delle vicende istituzionali.

La lunga crisi politica che ha colpito Gerusalemme a partire dal 2019, con l’oggettiva difficoltà di comporre una maggioranza in seno alla Knesset e il corrispondente succedersi di ben cinque consultazioni elettorali in poco più di tre anni, ha visto accrescere il ruolo della Corte suprema israeliana, il cui apporto, in più occasioni, è risultato centrale per dirimere questioni di natura propriamente politica. In virtù di questo generale potere di controllo sulla legalità delle decisioni dell’autorità statale, la corte si è trovata spesso a dirimere questioni che interferivano direttamente sui rapporti di forza tra partiti e sulle dinamiche legate alla difficoltosa costruzione delle maggioranze parlamentari. Rientrano in questa tendenza la pronuncia sul caso Edelstein (25 marzo 2020), con cui la Corte ha imposto allo Speaker pro-tempore del parlamento israeliano (tale Yuli Edelstein) di indire le consultazioni per l’elezione del nuovo Speaker, nonostante la prassi costituzionale preveda che esse si possano svolgere solo in concomitanza con il voto di fiducia al nuovo governo. Una decisione che aprì una vera e propria crisi costituzionale, terminata solo con le dimissioni dello stesso Edelstein e l’elezione di Benny Gantz alla guida della Knesset²⁵. Ancora, l’annullamento della nomina a ministro (doppia nomina, visto che rivestiva il ruolo di ministro della salute e degli interni) di Aryeh Deri, capo del partito Shas, in ragione delle sue condanne penali (19 gennaio 2023). Una scelta che ha messo a dura prova la tenuta della maggioranza del governo Netanyahu. È in questo contesto che si inserisce la legge fondamentale di riforma del sistema giudiziario.

Nel gennaio 2023, il nuovo ministro della giustizia del governo di Benjamin Netanyahu, Yariv Levin, depositò alla Knesset una proposta di modifica della legge fondamentale in tema di funzione giurisdizionale (1984), proprio con l’intento di

giudici di questa nazione hanno l’incarico di vigilare sul rispetto dei nostri valori fondamentali e di proteggerli contro chi vorrebbe metterli in discussione». Ciò non toglie la necessità di un bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e la tutela dei diritti. Scrive sempre BARAK nella decisione sul caso *Neiman* (1984): «la costituzione non è una prescrizione per il suicidio ed i diritti umani non sono un altare per la distruzione nazionale. Le leggi di un popolo devono essere interpretate partendo dall’assunto che esso voglia continuare ad esistere. I diritti civili dipendono dall’esistenza dello Stato ed essi non possono essere trasformati in una vanga per seppellirlo». Ciò non toglie però che «esiste una barriera di valori che la democrazia non può oltrepassare, anche se il fine che si intende realizzare è meritevole di considerazione» (caso *Adalah*, 2005). L’idea di fondo è che il bilanciamento politico, che è al fondo del patto costituzionale israeliano, non è sufficiente alla tutela dei diritti quando ci si trova in una situazione di emergenza e vi è la necessità di non permettere che il diritto alla sicurezza finisca per prevalere sul rispetto della dignità umana. È questo che rende tale una democrazia!

²⁵ Per una completa ricostruzione si veda R. WELL, *Judicial Intervention in Parliamentary Affairs to Prevent a Coup d’état*, in *Maryland Law Review*, 2021.

revisionare i rapporti tra Corte suprema e potere legislativo. La detta proposta aveva l’obiettivo di intervenire in tre specifici ambiti:

- a. Modalità di nomina dei giudici della Corte suprema. L’attuale disciplina prevede che i quindici giudici della Corte suprema (eletti a vita, con obbligo di dimissioni al compimento di 70 anni di età) siano nominati dal Presidente della Repubblica israeliano tra i nominativi selezionati a maggioranza da uno speciale Comitato giudiziario di selezione composto da nove membri: tre Giudici della Corte Suprema (incluso il Presidente della Corte Suprema), due ministri (uno dei quali deve essere il ministro della giustizia), due membri della Knesset e due rappresentanti dell’Ordine degli Avvocati israeliani. L’intento della riforma è quello di rafforzare la presenza politica nel Comitato, prevedendo una nuova composizione undici membri: tre membri governativi, che saranno il ministro della giustizia, chiamato a presiedere il Comitato, e due altri ministri; tre membri della Knesset, presidenti della principali commissioni interne al parlamento israeliano; tre membri della Corte Suprema, con il Presidente della Corte quale membro di diritto; due rappresentanti pubblici scelti dal Ministro della Giustizia, uno dei quali dovrà essere un avvocato. Evidente come la composizione appaia sbilanciata sulla componente di natura politica, con una probabile sovra-rappresentazione della contingente maggioranza parlamentare.
- b. Regolamentazione del potere giudiziario di controllo sulla legislazione primaria della Knesset. Questa è forse la modifica più interessante ai nostri fini. Come detto, oggi l’esercizio del *judicial review* per la Corte Suprema è stato dedotto dalla stessa in via pretoria a partire dal caso Mizrahi Bank del 1995, in relazione al rispetto della legge fondamentale in tema di diritti approvata nel 1992. La riforma introdurrebbe esplicitamente un sindacato di costituzionalità accentrato nell’ordinamento israeliano, esplicitando la formazione di un nucleo duro di “natura costituzionale” consistente nelle leggi fondamentali dello Stato d’Israele. Stando alla proposta di riforma, si introdurrebbe innanzitutto un divieto esplicito di sindacare giurisdizionalmente una legge fondamentale, a cui seguirebbe la possibilità per la sola Corte Suprema (sindacato accentrato) di annullare una legge contrastante con le dette leggi fondamentali. Tale potere è però, nella riforma, condizionato al fatto che il contrasto debba essere esplicito e debba sussistere tra disposizioni e non tra norme, come anche al fatto che la Corte deliberi l’annullamento con una maggioranza almeno dell’ottanta per cento dei membri. Nel caso in cui la Corte non si pronunci con il pieno consenso di tutti i suoi membri, sarà comunque possibile per la Knesset superare la decisione della Corte approvando nuovamente la legge in forma identica a maggioranza dei propri membri (*override clause*)²⁶.
- c. Impossibilità di utilizzo dei “motivi di irragionevolezza” quale ragione di revisione delle decisioni amministrative. L’irragionevolezza è un tipico strumento ermeneutico della giurisprudenza di *common law*, che la Corte Suprema israeliana

²⁶ Per un importante studio della dottrina ebraica sul tema si veda H. SOMMER, *Poison Pill? Revisiting the Override Mechanism*, in *Interdisciplinary Center (IDC) Herzliyah - Radzyner School of Law*, 2018.

ha acquisito al fine di esercitare il proprio controllo sugli atti delle amministrazioni pubbliche, comprese quelle di diretta emanazione governativa. Nella sostanza, per irragionevolezza si intende nella giurisprudenza del massimo giudice israeliano un errato bilanciamento delle considerazioni rilevanti per prendere una decisione, tale per cui se un atto prescrittivo non si fondi su un’equa valutazione comparativi di interessi in gioco, ancor più se di natura costituzionale, esso può essere annullato. Un elemento che molta dottrina e perfino autorevoli membri della stessa Corte Suprema avevano duramente criticato, proprio in ragione dell’arbitrarietà del suo contenuto. Con la riforma in commento, si propone il divieto di motivare in tali termini l’annullamento di un atto amministrativo.

Come era facile aspettarsi, la proposta non solo ha acceso forti tensioni polemiche interne, sfociate anche in partecipate e animate manifestazioni di piazza contro il governo Netanyahu, ma ha anche generato un ampio dibattito nel mondo accademico israeliano e internazionale. A favore quanti sottolineano la necessità di un contenimento del ruolo della Corte Suprema nel sistema istituzionale israeliano, soprattutto considerando l’invadenza sempre più pervasiva dell’organo giudiziario nella vita politica del paese. Ancora, non pochi rilevano come gli istituti che la riforma vorrebbe introdurre siano presenti in altri ordinamenti costituzionali: la nomina sostanzialmente “politica” dei giudici è un elemento caratteristico dell’ordinamento costituzionale statunitense, come anche di ben 24 sui 36 paesi membri dell’OCSE; la *override clause* è presente anche nell’ordinamento canadese e finlandese²⁷. Contrari quanti sottolineano il grave sbilanciamento che la riforma causerebbe all’equilibrio tra poteri nell’ordinamento israeliano, comportando nella sostanza un incombente controllo politico sul potere giudiziario. Il rischio sarebbe quello di danneggiare il ruolo della Corte Suprema quale organo di garanzia dei diritti delle minoranze²⁸. Non varrebbe a superare tale contestazione il fatto che alcuni degli istituti giuridici che si vogliono introdurre sarebbero presenti in altre stabili e riconosciute democrazie: il fatto di mettere insieme elementi presi da altri contesti giurisdizionali non dà nessuna rassicurazione sul fatto che essi possano legittimamente e ragionevolmente funzionare se innestati insieme in un altro sistema (qualcuno ha parlato della cosiddetta sindrome di Frankenstein)²⁹.

Ora, a prescindere dagli opposti giudizi, è interessante notare come la proposta persegua alcuni evidenti obiettivi: (1) massimizzare l’influenza politica (governativa soprattutto) sulla nomina dei supremi giudici; (2) normare il *judicial review*, ritagliando

²⁷ Tra gli interventi a favore della riforma si veda D. M. WEINBERG, *Israel's Supreme Court needs democratic checks on its power*, in Israel Hayom, 2023 e R. A. SHALEV, *Judicial Reform is Not Dangerous for Israeli Democracy – it is Essential*, in Fathom Journal, 2023. Dello stesso autore, R. A. SHALEV, *With no constitution, an override clause is Israel's only hope*, in Jerusalem Post, 25.12.2022.

²⁸ Si veda S. NAVOT, *Judicial Reform and the Implications for Israeli Democracy*, in Fathom Journal, nov. 2022. Anche l’attuale Presidente della Corte Suprema israeliana, ESHTER HAYUT, in un discorso tenuto ad Haifa lo scorso 12 gennaio ha sollevato dubbi sulle possibili distorsioni che la riforma potrebbe generare nel sistema costituzionale dello Stato d’Israele.

²⁹ Interessanti su questo le osservazioni contenute in J. H. H. WEILER, *Israel: Cry, the Beloved Country*, in Verfassungsblog, 2023. Sulla “sindrome Frankenstein” si veda M. TUSHNET - B. BUGARIC, *Power to the People: Constitutionalism in the Age of Populism*, Oxford, 2022.

per il Parlamento una forma di controllo assai incisiva su questo potere; (3) contenere il controllo giudiziario sui provvedimenti dell'autorità pubblica, impedendone la verifica sulla base del principio di ragionevolezza, di esclusiva creazione pretoria. Nella sostanza il tentativo di limitare le prerogative che la Corte ha costruito per sé stessa dopo la "rivoluzione" degli anni Novanta e riportare il punto di caduta dell'ordinamento sul Parlamento, o meglio sulla contingente maggioranza parlamentare. Sia permesso dire: la rivincita di Ben Gurion contro Barak. La volontà di recuperare quel patto fondativo che voleva il bilanciamento della società israeliana affidato alle dinamiche politiche, al dibattito interno a quella Knesset eletta nel rispetto assoluto della regola proporzionale, a scelte legislative sempre reversibili. E il fatto che la questione della riforma giudiziaria israeliana sia alla fine una riproposizione della fondativa contrapposizione costituzionale tra le varie componenti sociali del nuovo Stato lo si può vedere da un'analisi dei fenomeni di protesta innescato dalla presentazione della proposta di riforma. Una protesta che ha toccato perfino le forze armate israeliane, vero luogo unitario nel paese, visto che la leva militare è obbligatoria per tutti, ad eccezione degli arabi e di alcune componenti religiose. Scrive a proposito di questo Chaim Weizmann, «il fervore della lotta, il conseguente tumulto e l'elevato coinvolgimento emotivo mettono apparentemente in ombra le divisioni strutturali della società israeliana. Ma se si guarda un po' più a fondo si può notare che la spaccatura tra chi vuole rovesciare il regime e coloro che si oppongono a tale iniziativa ricalca quasi esattamente la ripartizione in tribù descritta dall'ex Presidente Rivlin. I sostenitori della riforma giudiziaria, che per la sua portata equivale a un cambio di regime, sono principalmente i partiti ultraortodossi e religiosi che compongono la maggioranza di governo insieme al Likud. Quest'ultimo non può essere definito un partito religioso, ma molti suoi esponenti – dai semplici osservanti della tradizione agli ultrortodossi - lo sono. Gli oppositori appartengono invece perlopiù alla tribù laica, anche se nelle manifestazioni di protesta si possono scorgere sempre più *kippot* di sionisti afferenti alla tribù religiosa»³⁰. Esclusa dalla diatriba la componente araba.

Ecco, questa riforma sta segnando un nuovo punto di svolta del modello costituzionale israeliano. Dopo che la rivoluzione giudiziaria di Barak ha riletto il patto fondativo tutto politico di Ben Gurion, siamo oggi davanti al tentativo di ristabilire questo iniziale equilibrio, sostenuto da quelle forze che meno sentono tutelata la loro autonomia culturale e religiosa dopo la svolta degli anni Novanta. Alla fine, potremmo intenderle come fasi diverse di quel processo costituzionale così singolare che i padri fondatori israeliani avevano immaginato: aperto agli apporti di tutte le componenti della società israeliana, basato su un accrescimento frammentario e contingente, come soggetto il parlamento eletto su base proporzionale, per strumento la legge sempre revisionabile. Il rafforzamento del ruolo della Corte suprema è parte di questo processo e dunque rappresenta un elemento reversibile ovvero è un attributo essenziale della democrazia israeliana e dunque, dopo la sua affermazione, non più negoziabile? Qui sta il punto.

Il 27 marzo 2023, travolto dalle accese proteste, Netanyahu ha deciso di sospendere il procedimento di approvazione della riforma. Uomo dalla lunga esperienza politica non ha però fatto decadere il progetto. Dopo aver organizzato una seria mobilitazione

³⁰ Così C. WEIZMANN, *In ballo c'è la proprietà dello Stato*, in *Limes*, 3/2023, 40.

alternativa alle proteste, ha comunque avviato l’*iter* di approvazione di una parte della proposta di riforma, quella che riguarda il divieto di utilizzo del principio di irragionevolezza per sindacare le decisioni dell’autorità pubblica. Il 23 luglio 2023 la Knesset ha definitivamente approvato la nuova legge di riforma con 64 voti favorevoli e nessun contrario (l’opposizione al momento del voto ha preferito uscire dall’aula).

5. Conclusioni di contesto: il ruolo dei giudici costituzionali oggi

Per dare una lettura di contesto alla questione israeliana, sarà utile richiamare un’immagine ormai famosa e citatissima di Doreen Lustig e Joseph Weiler. Quelle tre differenti *waves*, tre ondate, che segnano l’approccio usato dalle corti costituzionali europee e non solo per disegnare e regolare i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale³¹. Nei primi decenni che seguono la fine della Seconda Guerra Mondiale, la giurisprudenza e il sindacato di costituzionalità delle leggi si affermano sempre più come strumento di invernamento delle nuove carte fondamentali. Ad un certo punto però questo strumento, pensato nel contesto dell’ordinamento e dunque incastonato in un complesso di rapporti istituzionali e bilanciamenti reciproci, si appropria di una funzione ulteriore. Comincia a intendere il suo ruolo anche in funzione della dimensione sovranazionale: nel secondo novecento è ampio il ricorso alla sottoscrizione di carte internazionali, intese a trasferire in un contesto sovranazionale la difesa di diritti e libertà, con l’idea che ciò ponga una maggiore garanzia alla loro difesa³². Nasce da ciò l’idea di un “sistema di garanzia multilivello dei diritti”, che nella sostanza regala alle corti un ruolo privilegiato di verifica dei sistemi interni in ragione di un complesso valoriale internazionalmente condiviso. È come se la corte venisse sollevata dalla terra solida dell’ordinamento nazionale in cui è inserita per restare a guardarlo a mezz’aria, guardiana di una legittimazione istituzionale che non viene dall’interno ma dall’esterno: la seconda ondata. In sintesi, quello che Lustig e Weiler osservano è che oggi ci troviamo in presenza di una terza ondata, un terzo fenomeno: le corti mostrano formule specifiche di resistenza in favore dei propri ordinamenti interni e soprattutto della loro caratteristiche identitarie, anche quando ciò non combacia pienamente con i sistemi internazionali di garanzia. Questa nuova e ulteriore tendenza, che si manifesta con grande chiarezza nel confronto tra la Corte di Giustizia dell’Unione europea e alcune corti costituzionali degli Stati membri³³, è figlia del conflitto interno che la vocazione internazionale delle corti ha

³¹ Si fa riferimento a D. LUSTIG - J. H. H. WEILER, *Judicial review in contemporary world - Retrospective and prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2018. Ampia la discussione che lo scritto ha generato. Si veda M. VERSTEEG, *Understanding the third wave of judicial review: afterword to the foreword by Doreen Lustig and J. H. H. Weiler*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019; in Italia *ex plurimis* D. TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in *federalism.it*, 2021.

³² Inquadra il fenomeno in prospettiva storica P. BIANCHI, *Potere costituente e costituzione nel XXI secolo. Alcune questioni aperte*, in *DPCE Online*, 2022.

³³ Si pensi solo alla recente pronuncia della Corte di giustizia nel caso Commissione/Polonia (C.204/21 del 5 giugno 2023), ben sviscerata e contestualizzata da C. CURTI GIALDINO, *La “legge bavaglio” polacca viola l’indipendenza, l’imparzialità e la vita privata dei giudici ed è incompatibile con principi fondamentali del diritto dell’Unione europea*, in *federalismi.it*, 2023; si veda anche E. P. DE FALCO, *Chi*

comportato. Il rischio cioè che esse si pongano quali corpi estranei del sistema istituzionale e che rivendichino un ruolo di chiusura dell’ordinamento giuridico. Non più giudice nella costituzione, ma giudice-costituzione.

Se è vero che la giustizia costituzionale ha sempre di più acquisito un ruolo di razionalizzazione delle istanze politiche, soprattutto con l’obiettivo di rendere cogente nei singoli spazi giuridici statali quel complesso armamentario di diritti che, ben oltre i confini degli ordinamenti nazionali, sembra affermarsi in una dimensione internazionale (potremmo dire “transordinamentale”), l’incremento della conflittualità tra corti, supreme o costituzionali che siano, e potere politico, sia nell’esercizio della funzione legislativa come anche della funzione esecutiva, è divenuto un orizzonte inevitabile³⁴. Ciò chiaramente impone agli studiosi di ripensare i modelli di *judicial review* a partire da questa nuova linea di contrasto, che rimane estranea non solo al tradizionale modello kelseniano, centrato su una Corte costituzionale che si atteggia a mero “legislatore negativo”³⁵, ma anche al controllo di costituzionalità riponderato dalle grandi costituzioni del secondo dopoguerra (Italia e Germania), che ben inseriscono il sindacato sulle leggi nei limiti di un più ampio equilibrio tra istituzioni. Durante la seconda ondata, si afferma in maniera netta la dimensione “contro-maggioritaria” della giustizia costituzionale. Non tanto nel senso che Kelsen dava a tale espressione: il sindacato di costituzionalità come elemento di equilibrio tra maggioranza e opposizione, sede ultima dunque del bilanciamento di interessi (altro che Corte in-politica). Piuttosto invece come forma ultima di tutela del nucleo duro dei valori costituzionali, integrato però dal “diritto pubblico globale”: il bilanciamento costituzionale prevale sul bilanciamento politico e quindi la giustizia costituzionale si afferma come la massima garanzia ordinamentale, qualitativamente differente da ogni altra. Il modello degenera però quando la giustizia costituzionale diviene un vero e proprio contropotere. Inevitabile il conflitto con la politica e quindi con il legislatore.

In realtà, se pensiamo ad un’esperienza come quella italiana, le tensioni esistenti tra corte costituzionale e legislatore hanno imposto nuovi modelli di dialogo, spesso costruiti su rinnovate tecniche decisorie finalizzate non semplicemente ad ammonire il legislatore perché risolva un palese contrasto tra legge e carta fondamentale, ma anche fondate su una sospensione temporale della decisione del tribunale costituzionale, utile a permettere al legislatore un intervento ragionato sulla rilevata incostituzionalità, sotto la “minaccia” che, trascorso inutilmente il termine concesso dai giudici, l’intervento ablativo degli stessi diventerà inevitabile³⁶. In un certo senso, alla contrapposizione piena si sostituisce una

semina vento raccoglie tempesta? L’epilogo - non troppo scontato – della causa C-204/21, Commissione c. Repubblica di Polonia, in *Diritto pubblico europeo*, 2023.

³⁴ Sul tema, *ex plurimis*, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019.

³⁵ Sul tema restano insuperate le riflessioni di B. CARAVITA, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte costituzionale austriaca*, Padova, 1985.

³⁶ Il chiaro riferimento è all’ordinanza n. 207 del 2018 (caso Cappato) e all’ordinanza n. 97 del 2021 (ergastolo ostativo). Per un commento sistematico si vedano, *ex plurimis*, M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019 e M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *federalismi.it*, 3/2021.

formula dialettica di risoluzione del conflitto³⁷. Dove invece la tensione sembra deflagrare in aperta ostilità è proprio in quegli ordinamenti in cui il controllo sulle leggi sfugge ad una solida e rigida cornice costituzionale, tanto che il potere giurisdizionale con più nettezza interviene in ambiti propriamente politici, col serio rischio di giocare un ruolo parziale. Così per Israele. Il complesso della proposta di riforma, che abbiamo visto solo in parte è stata approvata, sembra finalizzata essenzialmente a ricondurre il sindacato di costituzionalità nell'ambito di un più articolato sistema di garanzie, in cui alla politica spetti il bilanciamento finale tra differenti interessi. Se guardiamo alla proposta *override clause*, essa può essere assimilata ad una forma rafforzata di dialogo con il legislatore, il quale può rivedere le decisioni della Corte suprema non assunte con maggioranza qualificata; ciò che cambia però è il punto di caduta, che non è più la decisione dei giudici, ma la deliberazione parlamentare.

Non hanno torto quelli che hanno accostato la questione israeliana a quanto accaduto in Polonia e Ungheria³⁸. Con le dovute differenziazioni, infatti, il fenomeno sembra essere il medesimo: il tentativo di recuperare alla dimensione politica il controllo sull'etica costituzionale. Soprattutto la necessità di impedire l'azione contro-maggioritaria che le corti hanno via via acquisito nel corso della seconda ondata. Certo, ogni volontà classificatoria cede un po' all'iperbole, con l'idea di assimilare ad un medesimo fenomeno una pluralità di esperienze, ognuna con le proprie e distinte peculiarità. Ciò che però, al netto di questa consapevolezza, possiamo dire che emerga è un'ampia dimensione conflittuale del rapporto tra giustizia costituzionale e potere politico, dovuta all'affermazione di un ruolo delle corti prettamente contro-maggioritario (nel significato che prima abbiamo dato a questo termine). In alcuni ordinamenti, forse in quelli più maturi, tale conflitto si risolve attraverso l'affermazione di specifiche formule dialogiche (in Italia sviluppatasi in via pretoria), che comunque conservano una priorità garantistica al sindacato di costituzionalità. In altri, il conflitto vorrebbe essere risolto recuperando alla politica il primato sull'etica costituzionale.

Nell'epoca della terza ondata e delle aperte reazioni della politica, la giustizia costituzionale va quindi ripensata e studiata con un'attenzione diversa. Recuperare il ruolo di garanzia dei diritti, che le corti non possono non svolgere, alla dimensione plurale delle garanzie costituzionali. Per dirla con Merkl, la giurisdizione costituzionale è la «tutela conformata giudiziariamente del più alto grado dell'ordinamento giuridico, vale a dire della costituzione. [Essa] trova la sua collocazione sistemica in una vasta struttura di istituzioni dello Stato, che congiuntamente servono alla garanzia della costituzione. Sarebbe dunque un errore identificare giurisdizione costituzionale e garanzia della costituzione»³⁹. Comprendere la giustizia costituzionale nel più ampio complesso dei rapporti tra istituzioni e tra poteri è l'orizzonte di studio che la scienza giuspubblicistica non potrà che ritrovare.

³⁷ Da segnalare sul tema la comparazione tra le diverse tendenze di politica giudiziaria della Corte costituzionale italiana e del *Bundesverfassungsgericht* ben sistematizzate da A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionale*, 2020.

³⁸ Si veda E. CAMPPELLI, *Le ipotesi di judicial overhaul in Israele*, in *federalismi.it*, 2023.

³⁹ A. MERKL, *Intervento*, in *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 1929, 101.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

IL POSTO DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO TRA
FUNZIONE DI GARANZIA DELLA COSTITUZIONE E INDIRIZZO POLITICO-
COSTITUZIONALE

SIMONE BENVENUTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Rapporti con il giudice europeo e con il giudice comune tra “costituzionalizzazione” dell’ordinamento europeo e ricomposizione delle divergenze valoriali. – 3. La prospettiva europea: riaccentramento o riequilibrio? – 4. La prospettiva interna: Corte costituzionale e sistema di giustizia costituzionale. – 5. Corte costituzionale, democrazia e politica.

1. Introduzione

L’atelier su “Evoluzione, commistione, evanescenza dei modelli di giustizia costituzionale” ha raggruppato dieci relatori attorno a tematiche eterogenee. Un primo gruppo riflette sulle dinamiche di diffusione e accentramento con particolare riguardo ai rapporti tra dimensione nazionale e dimensione sovranazionale o internazionale¹, e sull’opportunità e sulle modalità di forme di controllo di costituzionalità *ex ante* dei

¹ I. DE CESARE, *Il modello accentrato italiano nella recente giurisprudenza sulla doppia pregiudiziale*, in questa Rivista, 335 ss.; A. CHIAPPETTA, *L’indefettibile centralità della Corte costituzionale nella tutela multilevel: tra quantità dei diritti e qualità della protezione*, in questa Rivista, 321 ss.; F. MEDICO, *Accentramento o diffusione in Europa? Vecchie categorie per problemi nuovi*, relazione presentata in occasione del Seminario annuale di diritto comparato «Paolo Carrozza», *Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo: questioni attuali e prospettive future*, 16 marzo 2023.

trattati internazionali². Vi è poi chi indaga le connessioni tra giurisdizione costituzionale e amministrativa³, la politicizzazione delle giurisdizioni costituzionali sotto il profilo delle tecniche argomentative⁴, procedurale⁵ e del rapporto con le istituzioni politiche⁶. Infine, vi è chi esamina lo sviluppo di forme di giustizia costituzionale in ordinamenti *privi* di una tradizione in tal senso, siano essi afferenti alla tradizione di *common law* o a quella nordica⁷.

Nonostante tale panorama eterogeneo, a un’attenta lettura gli interventi evidenziano elementi di collegamento suscettibili di stimolare una riflessione unitaria. Il filo rosso è costituito da una questione tanto semplice nella formulazione, quanto complessa nello svolgimento. Posto che le corti costituzionali sono organi peculiari, definiti “giudiziari” ma la cui natura è più complessa, i quali svolgono negli ordinamenti di democrazia pluralista (a loro volta calati nel contesto di apertura ordinamentale sulla base di processi di “internazionalizzazione”, di frammentazione delle strutture sociali e di polarizzazione politica) una funzione sistemica di garanzia della Costituzione, come deve configurarsi la loro collocazione più generale nel sistema costituzionale? Riflettendo sui modelli, sulla loro evoluzione, commistione, evanescenza e ripercorrendo alcuni snodi salienti delle relazioni, nel tempo a disposizione vorrei limitarmi ad alcuni spunti provvisori. Questi riguardano i versanti della collocazione nel sistema di giustizia costituzionale e della collocazione nel sistema politico-istituzionale, da tenere distinti seppur essi siano inevitabilmente intrecciati.

2. Rapporti con il giudice europeo e con il giudice comune tra “costituzionalizzazione” dell’ordinamento europeo e ricomposizione delle divergenze valoriali

Il tema della collocazione della giurisdizione costituzionale è sviluppato anzitutto con riguardo ai rapporti con altre corti – nazionali e non. Le prime tre relazioni di Ilaria

² U. LATTANZI, *Ex-ante review of treaties by domestic courts: judges as foretellers?*, relazione presentata in occasione del Seminario annuale di diritto comparato «Paolo Carrozza», *Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo: questioni attuali e prospettive future*, 16 marzo 2023.

³ F. E. GRISOSTOLO, *Il controllo sull’esercizio del potere pubblico fra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa. Fenomeni di circolazione delle tecniche di giudizio in prospettiva comparata*, in questa Rivista, 375 ss.

⁴ K. GONI, *L’utilisation de l’argument consequentialiste par les juridictions constitutionnelles*, in questa Rivista, 361 ss.

⁵ G. Naglieri, *Il ricorso diretto di costituzionalità nell’era della crisi della politica. Percorsi di innovazione e apertura alla società*, relazione presentata in occasione del Seminario annuale di diritto comparato «Paolo Carrozza», *Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo: questioni attuali e prospettive future*, 16 marzo 2023.

⁶ F. SEVERA, *Il caso della riforma giudiziaria israeliana: sindacato di costituzionalità e potere politico, tra dialogo e conflitto*, in questa Rivista, 403 ss.

⁷ F. LA PLACA, *L’evoluzione del controllo di costituzionalità: da un controllo esclusivamente preventivo a un controllo diffuso. Il caso finlandese e la recente proposta di riforma nei Paesi Bassi*, in questa Rivista, 391 ss.; E. GABRIELE, *Sistemi democratici e assenza di constitutional review of legislation. Dibattiti e prospettive di riforma negli ordinamenti olandese e britannico*, in questa Rivista, 349 ss.

De Cesare, di Andrea Chiappetta e di Francesco Medico, usando come lente la contrapposizione tra modello accentrato e diffuso, prendono le mosse dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di doppia pregiudizialità, interrogandosi sul posto della Corte nel sistema giurisdizionale a rete euro-nazionale. Lo spirito ri-accentratore⁸ che anima la pluricommentata 269 del 2017 della Corte costituzionale italiana⁹ catalizza inoltre riflessioni sulle specificità del giudizio innanzi alla Corte rispetto a quello di organi che portano il nome di corti o tribunali (le giurisdizioni ordinarie o amministrative, la Corte di giustizia dell’Unione europea): sarebbero in effetti tali specificità a orientare la risposta sulla collocazione della Corte costituzionale.

Nelle tre relazioni, si pone l’accento sul fatto che la Corte costituzionale è l’organo naturalmente portato a farsi carico di custodire i diritti, nel loro senso più pieno¹⁰ – qualitativo, e non meramente quantitativo¹¹ –, in ragione di un legame stretto, al contempo storico e logico, tra giurisdizione costituzionale e processo democratico. Da un lato, Medico ricorda come l’istituzione delle Corti costituzionali europee nel secondo dopoguerra fosse funzionale a «garantire [...] l’agibilità del conflitto sociale dei vari attori sociali presenti nelle società europee» e «a dare applicazione ad un processo di razionalizzazione e attuazione dei principi costituzionali democratico-sociali»¹². Dall’altro lato, rispetto alle corti sovranazionali, oltre a trarre la propria legittimazione da una decisione costituente democratica – argomento teorico qui non dirimente – le giurisdizioni costituzionali sono organi «maggiormente vicini alla realtà della società civile»¹³. In quanto tali, esse sono in grado di meglio svolgere una funzione di garanzia sostanziale, o detto altrimenti di garantire una tutela qualitativa e non quantitativa dei diritti¹⁴. Nella prima, ciò che viene in rilievo è il bilanciamento dei diritti, nel quadro di quella che Bin ha chiamato “teoria dei diritti a somma zero” «secondo la quale tanto un diritto o interesse guadagna in termini di protezione, altrettanto altri diritti o interessi perderanno terreno (come dire, dal bilanciamento non si può mai sfuggire!)»¹⁵. Secondo Chiappetta, «tale indefettibile opera di bilanciamento costituisce l’essenza del giudizio di costituzionalità, restando invece estranea all’attività interpretativa che lega, per il tramite del rinvio pregiudiziale, giudici comuni e Corte di Giustizia dell’Unione europea»¹⁶.

Il raccordo giudice comune-giudice sovranazionale per il tramite del rinvio pregiudiziale *ex* articolo 267 TFUE non sarebbe dunque propizio a una declinazione della questione giuridica nei termini del bilanciamento tra diritti e interessi. Esso favorisce

⁸ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 184-258.

⁹ I. DE CESARE, *Il modello accentrato italiano*, cit., 335 ss.

¹⁰ I. DE CESARE, *Il modello accentrato italiano*, cit., 335 ss.

¹¹ A. CHIAPPETTA, *L’indefettibile centralità della Corte*, cit., 321 ss.

¹² F. MEDICO, *Accentramento o diffusione*, 2.

¹³ Sembrerebbe configurarsi una dimensione democratica della giurisdizione costituzionale, che da limite statico al potere legislativo si fa esso stesso canale dinamico di inveroamento dei valori costituzionali attraverso il recepimento delle istanze plurali provenienti dalla società.

¹⁴ A. CHIAPPETTA, *L’indefettibile centralità della Corte*, cit.

¹⁵ R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (a cura di), *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto di giurisprudenza*, Bologna, 16.

¹⁶ A. CHIAPPETTA, *L’indefettibile centralità della Corte*, cit.

l'impostazione della questione piuttosto nel senso della divisione delle competenze ordinamentali o della prevalenza ordinamentale, secondo una logica che ispira *Granital*¹⁷. Se così stanno le cose, si contrapporrebbero un modello di giudizio non solo più vicino ai cittadini, ma anche *sostanziale* (quello risultante dal sindacato di costituzionalità), contro un modello di giudizio formale oltre che più distante dai cittadini (quello risultante dall'interazione tra giudice comune e giudice europeo). Le recenti evoluzioni giurisprudenziali sono dunque la spia di un'accresciuta dissonanza tra esigenze bilanciamento interno e il contesto esterno (europeo, con i relativi interessi e principi) e di una desiderata ri-politicizzazione del discorso giurisprudenziale attorno alla Costituzione.

Sulla base di tali considerazioni, i tre relatori appaiono, pur con sfumature diverse, a favore di tale processo. Di questo, emerge però anzitutto il carattere articolato e non lineare¹⁸. Se la sentenza 269/2017 appare drastica se la si legge come prospettante un obbligo per il giudice comune di rivolgersi *in primis* alla Corte costituzionale, essa deve nondimeno essere considerata nel contesto di una tendenza sistemica che a monte include la vicenda Taricco¹⁹, mentre in una fase successiva appare integrata da pronunzie più sfumate – in particolare la sentenza 20 del 2019²⁰ – e addirittura ridimensionata dalla sentenza 67 del 2022²¹. Tralasciando al momento ogni giudizio di valore su cui torno più avanti (De Cesare parla ad esempio in termini di “pericolo” di «riespansione dei momenti di diffusione del sindacato di costituzionalità»²², così mostrando il proprio *favor* per una decisa riappropriazione degli spazi da parte della Corte), mi sembra che il carattere articolato del processo consenta di sdrammatizzare i timori espressi rispetto alla sentenza 269/2017, coerentemente con le conclusioni di chi ha esaminato a fondo la questione²³.

Di tale sentenza, è criticabile non tanto la sottostante logica finalizzata a una maggiore capacità di controllo della razionalità europea da parte della Corte, quanto piuttosto la rigidità dell'affermazione di precedenza nella pregiudiziale, comunque contenuta in un *obiter dictum*. Il suo carattere “prevaricatore” o “esclusivista” è peraltro relativizzato dal ricorso nella stessa sentenza a formulazioni più caute e “deferenti”, da parte di una Corte evidentemente consapevole del potenziale dirompente dell'affermazione e delle preoccupazioni che avrebbe potuto ingenerare. Pur rivendicando una funzione di snodo nei rapporti ordinamentali coinvolgenti corte ordinarie e giudice europeo, la Corte non avrebbe insomma una pretesa di esclusività, bensì intenderebbe segnalare assertivamente – anzitutto al giudice interno di cui sollecita la sensibilità – il mutamento del contesto che implica una dialettica *reale* tra le corti e una

¹⁷ R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, cit., 17.

¹⁸ In tal senso in particolare I. DE CESARE, *Il modello accentrato italiano*, cit.

¹⁹ I. DE CESARE, *Il modello accentrato italiano*, cit., 337 nota 16. C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?*, cit., 12.

²⁰ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in *federalismi.it*, 2019, 8.

²¹ I. DE CESARE, *Il modello accentrato italiano*, cit., 340.

²² I. DE CESARE, *Il modello accentrato italiano*, cit.

²³ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 184-257.

maggiore consapevolezza del grado di convergenza²⁴ tra dimensione costituzionale e diritto europeo.

Sul perché si sia andata delineando tendenza, mi pare sorgano appunto pochi dubbi. Alla base è l'intreccio dell'ambito ordinamentale sovranazionale dopo Nizza e Lisbona con le costituzioni nazionali, collegato però all'approfondimento – almeno in potenza – della divergenza tra gli universi valoriali degli stessi. Secondo Francesco Medico, con l'equiparazione ai Trattati di un documento che elenca alcuni diritti propri della tradizione del costituzionalismo democratico si è aperta una «nuova fase dell'interazione strutturale tra la legalità costituzionale ed europea in cui non è più occultabile l'emersione di diverse scelte di valore delle due razionalità ordinamentali», emersione di scelte di valore dovuta al fatto che non è più in questione la sintonizzazione di un «diritto europeo di piccole dimensioni confinato nella sfera di realizzazione del mercato unico»: un diritto europeo mutato non solo in estensione (ciò che si può dire essere avvenuto nell'era post-Maastricht»), ma anche in profondità con le sue «ambizioni costituzionali».²⁵

Dunque, a muovere la Corte costituzionale è la “costituzionalizzazione” della Carta di Nizza utilizzata come grimaldello per una ulteriore espansione degli ambiti di azione della Corte di giustizia dell'Unione europea. Del resto, ricorda De Cesare, è la stessa Corte ad affermarlo, allorché sottolinea «le trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona [...], che, tra l'altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», cosicché «[f]ermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)»²⁶. Non bisogna dimenticare, inoltre, come la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea abbia fatto ricorso a un “discorso costituzionale” con forte potenziale assorbente allorché, in una decisione del 2018, ha affermato che «l'autonomia del diritto dell'Unione, alla luce tanto del diritto degli Stati membri quanto del diritto internazionale, si giustifica sulla base delle caratteristiche essenziali dell'Unione e del diritto dell'Unione, relative, in particolare, alla struttura costituzionale dell'Unione nonché alla natura stessa di tale diritto»²⁷.

²⁴ Giuseppe Martinico li ha chiamati infatti conflitti di «convergenza» G. MARTINICO, *Corte costituzionale e diritti fra armonie e disarmonie giurisprudenziali*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (a cura di), *Granital revisited?*, cit., 141.

²⁵ F. MEDICO, *Accentramento o diffusione*, cit. 2 e 3.

²⁶ Par. 5.2. *considerato in diritto*. I. DE CESARE, *Il modello accentratore italiano*, cit., 344.

²⁷ Decisione del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Repubblica slovacca c. Achmea*, par. 33.

Si tratta senz'altro di tendenze di rilievo, indicative di preoccupazioni comprensibili²⁸ e non nuove²⁹, che si incardinano nel paradigma della “terza ondata”³⁰ intesa quale «contestazione sostanziale della legittimità dei valori (o l'interpretazione di essi) che [...] sarebbero imposti dall'esterno agli ordinamenti domestici ed alle comunità sociali e politiche che questi esprimono». La terza ondata si caratterizzerebbe dunque «non tanto per una diversa architettura [...] del *judicial review* nel contesto dei rapporti fra diritto interno ed esterno, quanto per il prepotente emergere dell'importanza dei contenuti che connotano l'oggetto delle decisioni. Si tratta cioè di comprendere la dimensione dei rapporti fra ordinamenti non già soltanto in termini formali ed istituzionali, quanto in relazione ai valori, alle scelte sostanziali in gioco. [...] Non è l'architettura delle relazioni inter-ordinamentali che sembra avere, per così dire, disturbato le Corti nazionali (non solo quelle costituzionali, in verità); quanto piuttosto il contenuto – i valori – che, ad un certo punto dell'evoluzione del diritto e dei rapporti sovranazionali e internazionali, quell'architettura ha preteso di veicolare»³¹.

Accanto al carattere articolato e non lineare del processo di ri-accentramento, finalizzato a un sistema complesso che non trova ancora una sedimentazione, viene in evidenza dalle tre relazioni il secondo aspetto che mi pare degno di attenzione. Tale processo riflette non l'orientamento contingente di un singolo organo di giustizia costituzionale, bensì una tendenza di sistema corroborata da sviluppi riscontrabili nella giurisprudenza di altre corti costituzionali, che paiono solcare percorsi simili. De Cesare richiama a questo riguardo i casi francese e austriaco³².

Da questo punto di vista, se anche non felicissima nella formulazione³³, la sentenza del 2017 non mira a uno scontro sterile, bensì rappresenta, come già si diceva, un posizionamento tattico per giungere incrementalmente a una nuova costruzione dogmatica dei rapporti tra ordinamenti e tra corti. Per dirla con Bin, in prospettiva è la contestazione di un mito, quello per cui interpretare il Trattato spetta alla sola CGUE³⁴. Ciò però non implica rotture o rivendicazioni di contro-primazia. Da questo punto prospettico, per rispondere alla domanda se questa giurisprudenza fosse indicativa di un «brusco rallentamento» o piuttosto di «una nuova e più fruttuosa strada [...] a favore dell'integrazione europea»³⁵, le accuse di “sovranoismo giudiziario”³⁶ sarebbero ingiuste

²⁸ I. DE CESARE, *Il modello accentrato italiano*, cit.

²⁹ Si veda ad esempio J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *I-Con*, 2014, 525-544, e M. DANI, *National constitutional courts in the European constitutional democracy: A reply to Jan Komárek*, in *I-Con*, 2017, 3, 785-800.

³⁰ D. LUSTEEG, J. H. H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective*, in *I-Con*, 2018, 2, 215-372.

³¹ A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *Oltre l'architettura ordinamentale: il nuovo diritto composito della terza ondata*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 1, 226 s.

³² I. DE CESARE, *Il modello accentrato italiano*, cit.

³³ Paragrafo 5.2.

³⁴ R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, 18 ss.; A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020, 22.

³⁵ C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?*, cit., 14.

³⁶ Si tratta di una lettura data da A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, 1, 9 ss. e 17. *Contra*, R. BIFULCO, D. TEGA, *Il divenire costituzionale europeo*

e forse da comprendere alla luce del contesto caldo in cui sul profilo soggettivo dei rapporti tra corti si staglia lunga l'ombra degli aspri conflitti politici attorno all'integrazione europea³⁷.

3. La prospettiva europea: riaccentramento o riequilibrio

Ad alimentare il confronto attorno al nuovo corso della Corte costituzionale, oltre al contesto, potrebbe essere anche una questione di natura prettamente linguistica, vale a dire il ricorso alla figura del ri-accentramento (o accentramento, o centralità). Diffusa in dottrina, essa si presta ad ambiguità e forse non è un caso che Diletta Tega nella sua monografia sul tema abbia sentito l'esigenza di motivare tale scelta linguistica delimitando i due significati (uno più tecnico, l'altro meno) e chiarendo come il fenomeno di ri-accentramento, pur sintetizzando una fase di protagonismo nella lunga vita della Corte, sia l'esito di dinamiche e fenomeni non sovrapponibili seppur giustificati da una volontà di rivitalizzazione del sindacato di costituzionalità³⁸. A mio parere, due sono le ragioni principali dell'ambiguità.

Anzitutto, l'idea ri-accentramento nel contesto dei rapporti tra ordinamento nazionale e sovranazionale, pur essendo evidentemente riferita al rapporto con le corti ordinarie, evoca una contrapposizione al giudice europeo monopolista dell'interpretazione del diritto (dell'Unione europea). A tale centro, si vorrebbe contrapporre allora un nuovo centro, il giudice costituzionale monopolista dell'interpretazione della Costituzione che si farebbe in ultima istanza il perno attorno a cui ruota il sistema euro-nazionale.

In realtà, se il processo di ri-accentramento ha carattere relativo, nel riportare l'attenzione sulla «indefettibile centralità» della Costituzione (più che della Corte costituzionale), dalla prospettiva europea si dovrebbe piuttosto parlare di "decentramento", o "diffusione" (rispetto a una situazione in cui esiste un centro e questo è Lussemburgo). Sarebbe allora forse più corretto parlare di un processo di riequilibrio con riferimento alle tendenze sopra richiamate. È stato detto che la decisione del 2017 (come poi hanno dimostrato gli sviluppi successivi) non è «una provincialistica rivendicazione della priorità della Costituzione nazionale»³⁹. Piuttosto la Corte, anche a costo di una postura conflittuale, si fa portavoce di una "sofferenza" dell'ordinamento costituzionale e fa presente l'esigenza di "imbrigliare" le potenzialità espansive della

tra isole della ragione e waves giurisprudenziali, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 1, 205. Per l'utilizzo del termine "sovranoismo giudiziario" (con riguardo alla giurisprudenza tedesca), G. M. Ruotolo, *Hail to the king! Sovranismo giudiziario e Corte di giustizia dell'Unione europea: alcune considerazioni a margine del caso Weiss*, in M. L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D'ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di Covid-19*, Bari, 2021, 121 ss.

³⁷ C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?*, cit., 9.

³⁸ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 11.

³⁹ G. SILVESTRI, *L'integrazione normativa tra ordinamento italiano ed europeo*, in *Nuova Antologia*, 2020, 89.

Corte di giustizia dell’Unione europea (coadiuvata dai giudici ordinari) in un momento storico particolare.

Ciò avviene nella consapevolezza che questa strategia più assertiva (e che dunque si pone, come detto, in linea di chiara continuità con la giurisprudenza più risalente sui controlimiti) vive in un contesto relazionale più complesso, che coinvolge anche altri ordinamenti – e le rispettive corti costituzionali – nel loro rapporto con la Corte di giustizia dell’Unione europea ma anche reciproco. Se è stato detto che «quale sia l’attribuzione stabilita dal Trattato alle istituzioni europee non è questione interpretativa affidata soltanto ed esclusivamente alla Corte di giustizia, ma è posta anche a carico degli organi giurisdizionali nazionali», e che «bene possono i giudici – soprattutto ma non solo la Corte costituzionale – ricercare e stabilire il limite dell’attribuzione»⁴⁰, occorre riconoscere che in ogni caso nessuno è in grado di attestarsi un monopolio ultimo sull’interpretazione (ragion per cui l’interesse si volge alla possibilità di indirizzare la dialettica su determinati binari attraverso un *ius primi verbi*, piuttosto che sulla possibilità di avere l’ultima parola)⁴¹.

In altri termini, la prospettiva è quella di ritrovare un equilibrio in un sistema a rete, e non di determinare un nuovo – opposto – squilibrio dato dalla centralità della Corte costituzionale. Come è stato correttamente osservato, «la svolta operata dalla giurisprudenza costituzionale [...] sembra aver posto le premesse di un *più equilibrato assetto di rapporti* tra giudice dell’Unione e giudici nazionali»⁴². Solo così, come coglie De Cesare, l’orientamento del “ri-accentramento” «può essere letto [...] anche in chiave evolutiva, in quanto presenta elementi idonei a favorire il processo di integrazione europea»⁴³ e non sfociare in contrapposizioni sterili come quella del Tribunale polacco con la sentenza K 3/21 del 7 ottobre 2021⁴⁴. Da una prospettiva simile, Chiappetta sottolinea che «le Corti costituzionali [...] sono tenute ad esercitare il proprio sindacato

⁴⁰ R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, cit., 18.

⁴¹ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 252 s. La previsione esplorata da U. Lattanzi, *Ex-ante review of treaties by domestic courts* di un controllo *ex ante* da parte della giurisdizione costituzionale come previsto per il *Conseil constitutionnel*, il *Tribunal Constitucional* e il *Bundesverfassungsgericht* potrebbe rappresentare *pro futuro* un elemento di rinvigorismento del ruolo della stessa giurisdizione costituzionale potenzialmente in grado di delimitare l’ambito potenziale di conflitti *ex post*, e consentirebbe maggiore trasparenza decisionale, anche perché aprirebbe verso l’esterno processi di ratifica che talvolta restano occultati al dibattito pubblico. Ma bisognerebbe pure chiedersi in che misura un modello simile sia suscettibile di limitare le possibilità di dialogo successivo, imponendo, attraverso un giudizio preventivo e astratto, un approccio più tranchant. Inoltre, come è stato rilevato, «[c]iò non ha tuttavia impedito alla Corte di ritagliarsi, nel dialogo con la Corte di giustizia, un ruolo di assoluto riguardo, come la arcinota vicenda Taricco ha chiaramente mostrato. Proprio quest’ultimo caso ben esprime uno stile di dialogo della Corte costituzionale italiana con la Corte di giustizia certamente molto diverso da quello proprio del *Bundesverfassungsgericht*, e tuttavia non meno efficace», A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente*, cit., 9-18.

⁴² D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 254.

⁴³ I. DE CESARE, *Il modello accentrato italiano*, cit.

⁴⁴ Il testo in lingua inglese della decisione del Tribunale costituzionale polacco è reperibile al seguente indirizzo web: <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>. Per un primo commento, S. BIERNAT, E. ŁĘTOWSKA, *This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment!*, in *Verfassungblog*, 27 ottobre 2021.

rinunciando a brandire il canone dell’identità nazionale per attivare il confronto dialettico con le Corti sovranazionali»⁴⁵.

Si tratta di posizioni che rimandano alle considerazioni di chi guarda alla “terza ondata” come fase di revisione del rapporto verso il diritto internazionale, originata dall’incalzare delle rivendicazioni identitarie da parte di alcune corti, ma anche dalla loro esigenza di contribuire a formare quel diritto esterno ed extra-statale, esercitando una sorta di diritto di voce (non si tratta dunque solo di una mera opposizione o dell’intenzione di exit)⁴⁶.

Nel processo di riequilibrio dei rapporti a rete, è interesse della Corte costituzionale non delegittimare la Corte di giustizia dell’Unione europea, così come è nell’interesse della stessa Corte di giustizia dell’Unione europea tenere conto di queste esigenze di ribilanciamento dietro le quali è l’esigenza di riportare «al centro del processo di integrazione europea le Costituzioni nazionali e il patrimonio comune di principi che caratterizzano il costituzionalismo europeo»⁴⁷. Occorre, in altri termini, tenere in equilibrio i molteplici diritti costituzionali (reciprocamente bilanciabili) e l’interesse, del resto anch’esso costituzionale, relativo al processo di integrazione europea.

Per le corti costituzionali – intrinsecamente «istituzioni del pluralismo»⁴⁸ – si tratta di mantenere un’apertura basata sulla fiducia reciproca (contro la *self-inclusiveness* e *intolerance* fondate sulla paura) e una dialettica costruita su uno stile fermo e comunicativo al medesimo tempo contro uno stile aggressivo tipico di quelli che Silvana Sciarra ha chiamato «national constitutional protagonists», vale a dire quelle corti costituzionali che tentano di determinare «their own undisputable centrality [...] overemphasizing national constitutional pride and diminishing trust in open arguments, if necessary in clarifications about the peculiarities of their own legal systems». Un tale atteggiamento rompe infatti «the necessary discursiveness of constitutional pluralism». Esisterebbero dunque un modo corretto e uno scorretto di rivendicare la propria centralità. Al riguardo, c’è chi ha parlato di esempi di corti mature, dove resistenza corrisponde a responsabilità istituzionale, in contrapposizione a corti non mature dove resistenza corrisponde a chiusura⁴⁹.

Rispondendo alla chiamata per una «franca e consapevole discussione tra gli studiosi» sulla direzione da intraprendere, avendo chiaro che «la scelta tra accentramento o diffusione non è asettica, ma dipende sempre dal tipo di ruolo che si vuole assegnare ad un giudice costituzionale in un ordinamento e dal “tipo” di Costituzione (europea) – e, con essa, l’assetto di valori storico-politici incorporato – che si vuole tutelare»⁵⁰, mi pare che questa debba essere necessariamente la prospettiva.

⁴⁵ A. CHIAPPETTA, *L’idefettibile centralità della Corte*, cit., 12. Tale prospettiva

⁴⁶ A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *Oltre l’architettura ordinamentale*, cit., 228. Anche S. Ninatti – O. Pollicino, *Identità costituzionale e (speciale) responsabilità delle Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 1, 196.

⁴⁷ I. DE CESARE, *Il modello accentrato italiano*, cit., 348.

⁴⁸ S. SCIARRA, *Constitutional courts as institutions of pluralism*, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Sciarra_Riga_finale.pdf

⁴⁹ R. BIFULCO, D. TEGA, *Il divenire costituzionale europeo*, cit. 204.

⁵⁰ F. MEDICO, *Accentramento o diffusione*, cit., 4.

Secondo alcuni, questa potrebbe non essere soddisfacente, perché tale capacità di apertura dialettica è recessiva e più un’aspirazione ideale che la realtà. Tuttavia, anche solo dal punto di vista pratico non è pensabile che le Corti costituzionali nazionali – strette tra il peso soverchiante della politica e l’influenza strutturalmente dominante delle corti sovranazionali – possano riassumere un più pieno ruolo in una condizione di isolamento. Come è stato osservato, «[s]e da un lato [le corti costituzionali] rivendicano le peculiarità di contesto e di ordinamento, in realtà ciò che può permettere di non trasformare ogni caso in un conflitto istituzionale, è solo il riconoscimento del ruolo che entrambi gli ordinamenti svolgono nella definizione del caso, e del ruolo che il caso ha nel definire a sua volta i termini giuridici che ad esso convengono. Il confronto non è un testa a testa tra due «egoismi» ma uno studio di merito, perché il diritto «del caso» è il vero protagonista della terza ondata».

4. La prospettiva interna: Corte costituzionale e sistema di giustizia costituzionale

Sul versante interno dei rapporti con il giudice comune, vi sono a mio parere ragioni che suggeriscono maggiore cautela nella contrapposizione modello accentrato e diffuso e in merito a forme di ri-accentramento nell’esercizio della funzione di garanzia della Costituzione come delineata dal Titolo VI. Pur di fronte a chi rileva «tendenze ormai stabili che sembrano mettere in luce la difficile sostenibilità del sistema misto», ritengo sia opportuno di continuare a ragionare in termini di *sistema di giustizia costituzionale*.

In un articolo del 2014 che anticipava il dibattito di alcuni anni, Jan Komárek rivendicava – inquadrandola a livello teorico a partire dalla formulazione habermasiana di democrazia costituzionale – una posizione di rilievo delle giurisdizioni costituzionali nello spazio comunicativo e nella sfera pubblica europei al fine di controbilanciare lo spostamento del baricentro decisionale sul raccordo Corte di giustizia dell’Unione europea-giudice comune («displacement doctrine») e indirettamente un più bilanciato rapporto tra autonomia individuale e interessi pubblici⁵¹. Tale posizione rifletterebbe, secondo Komárek, «[the] special place [delle corti costituzionali] in the legal and political systems of both the Member States and the EU», collegata ai seguenti elementi: disponibilità (da parte dei suoi giudici) di tempo e risorse istituzionali per impegnarsi in una dialettica discorsiva e delle relative competenze; maggiore capacità di dare voce e rappresentanza a determinate istanze; maggiore sensibilità dell’opinione pubblica alle decisioni delle corti costituzionali; impossibilità di ricorrere a tattiche “legalistiche” per evitare di pronunciarsi i merito a “hard cases”; composizione diversificata sotto il profilo professionale; presenza di un mandato a termine per i giudici che consente una maggiore «responsiveness of constitutional adjudication». «Altogether, these factors establish a more effective communicative arrangement than dispersed constitutional review»⁵².

⁵¹ J. KOMÁREK, *National constitutional courts*, cit.

⁵² J. KOMÁREK, *National constitutional courts*, cit., 528 e 532 ss.

Nella discussione poi stimolata da quell’articolo, Marco Dani ha dato alcuni spunti utili a relativizzare quella centralità rivendicata per le Corti costituzionali chiedendosi anzitutto «whether national constitutional courts deserve the unconditional support Komárek seems ready to grant them»⁵³. Secondo Dani, le giurisdizioni costituzionali oltre a essere partecipi delle conquiste in termini di diritti delle democrazie costituzionali e aver dimostrato di aver svolto un ruolo positivo di guardiani delle transizioni costituzionali, possono anche fallire nella protezione dei diritti fondamentali, hanno una tendenza a favorire interessi nazionali acquisiti e sono potenzialmente soggette (come all’epoca i casi ungherese e polacco già dimostravano) a fenomeni di cattura.

Seppure il discorso si muovesse su un piano generale e la Corte costituzionale italiana si sia dimostrata esente da alcune di queste “critiche”, si tratta di considerazioni che di cui è comunque opportuno tener conto nella prospettiva di un ripensamento del modello di sindacato della costituzionalità. In particolare, esse porterebbero a relativizzare l’opportunità di una eccessiva ri-centralizzazione che rigetti gli elementi di diffusione presenti nel sistema italiano, che sembra ricollegarsi a una certa sfiducia nei confronti della capacità del giudice comune di «conveying constitutional claims»⁵⁴. Quello che potrebbe essere richiesto, anziché una revisione del modello, è allora una maggiore attenzione all’utilizzo del rinvio pregiudiziale (anche nella formazione del giudice), al fine di consolidare la capacità di formulare le questioni e la sensibilità alla dimensione dei principi costituzionali.

Una prospettiva di questo genere mette in questione in definitiva quella esclusiva specificità del giudizio innanzi alla Corte costituzionale e a questo proposito l’analisi di Francesco Emanuele Grisostolo è di particolare interesse. Attraverso una comparazione tra modelli giurisdizionali costituzionale e amministrativo (ma con la possibilità di estendere lo schema di analisi per alcuni ambiti anche ai giudici ordinari, tanto più alla luce della diffusione dottrina sull’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali)⁵⁵ e l’esame della circolazione delle tecniche di giudizio, questo evidenzia i «tratti di comunanza fra le due forme di controllo»⁵⁶, con particolare riferimento a una certa abitudine del giudice amministrativo al controllo della discrezionalità del potere politico attraverso un sindacato per principi. Tale analisi, che pure non sottace l’esistenza di eccezioni nel panorama comparato (ad esempio, Regno Unito e Olanda), pone particolare attenzione ai casi italiano, tedesco, e ovviamente francese.

Riguardo a quest’ultimo, oltre alla nota creazione per via pretoria, e poi al sempre più intenso utilizzo, dei «*principes généraux du droit*» – con cui il *Conseil d’Etat* si è proposto *de facto* a cavallo del XIX e del XX secolo come «*une garantie constitutionnelle*

⁵³ M. DANI, *National constitutional courts*, cit., 786.

⁵⁴ Cosicché «[t]he displacement of constitutional courts could not be coextensive with the displacement of constitutional principles», M. DANI, *National constitutional courts*, cit., 787 e 797.

⁵⁵ F. CAGGIA, G. RESTA, *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019.

⁵⁶ F. E. GRISOSTOLO, *Il controllo sull’esercizio del potere pubblico*, cit., 2.

contre les abus de l’administration»⁵⁷ – occorre ricordare che già prima della decisione del Conseil constitutionnel *Liberté d’association* del 16 luglio 1971, «[l]a Constitution est [...] devenue une source directe de principes et de normes que le Conseil d’État a interprétés, fait vivre et opposés aux autorités administratives»⁵⁸.

Certo, si potrebbe dire che il caso francese ha una sua singolarità soprattutto allorché si parla di giurisdizione amministrativa, ma l’analisi di Grisostolo sviluppa senz’altro una «prospettiva di ricerca interessante e fruttuosa» che attraverso riferimenti ad altri ordinamenti «mostra la fluidità di nozioni quali “giustizia costituzionale” e “giustizia amministrativa”», implicando la capacità del giudice amministrativo di essere compartecipe della funzione di garanzia della Costituzione⁵⁹.

Ciò non significa, e questo è messo opportunamente in evidenza, negare le peculiarità di ciascun ordine e organo giurisdizionale (quanto a modalità di costituzione e quindi natura degli organi stessi, modalità di accesso, atti oggetto del controllo, e ovviamente efficacia giuridica ma anche effetti pratici delle decisioni⁶⁰). Tuttavia, l’orientamento teso ad accentuare oltremodo la specificità della giurisdizione costituzionale, facendone derivare una *esclusività* rispetto alla capacità di operare bilanciamenti tra diritti e interessi – spostando il paradigma dal “sistema di giustizia costituzionale” posto a garanzia della Costituzione a quello della Corte costituzionale quale unico autentico depositario di tale funzione –, sembra derivare da un’idealizzazione dell’eccezionalità della Corte e da una ipostatizzazione di questa, forse anche come conseguenza dell’ampio (e certo meritato) credito che essa gode tra addetti e non addetti ai lavori.

Si tratta, dunque, di un punto di vista tarato su una prospettiva contingente, potendo anche avere implicazioni in termini di “isolamento” della giurisdizione costituzionale, di eccessive aspettative nei suoi confronti e quindi di (de)legittimazione. Ci si potrebbe anche interrogare sugli effetti che ciò potrebbe avere, nel lungo periodo, su una cultura dell’unità del diritto in seno alle magistrature. Peraltro, il dato empirico relativo alla più recente prassi in materia di doppia pregiudizialità dimostrerebbe la piena consapevolezza del giudice comune della posta in gioco⁶¹.

⁵⁷ J. M. SAUVE, *Le Conseil d’Etat et la protection des droits fondamentaux*, 27 ottobre 2016, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-la-protection-des-droits-fondamentaux>

⁵⁸ J. M. SAUVE, *Le Conseil d’État et la Constitution. Intervention de Jean-Marc Sauvé le 25 avril 2017 au déjeuner du Cercle des constitutionnalistes*, 24 aprile 2017, https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-la-constitution#_ftn8. Non è un caso che Luois Favoreu, una delle figure più significative della dottrina costituzionalistica non solo francese ma europea abbia avviato il proprio percorso a partire dalla tesi del 1964 che ricostruiva il diritto pubblico entro una visione unitaria a partire dai fondamenti comuni del diritto costituzionale e del diritto amministrativo.

⁵⁹ F. E. GRISOSTOLO, *Il controllo sull’esercizio del potere pubblico*, cit., 390. Su questi profili, si veda anche E. CHITI, B. MARCHETTI, B. G. MATTARELLA, *La dimensione amministrativa nella dinamica della judicial review*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 1, 207-215.

⁶⁰ Su cui le osservazioni di M. CARTABIA, E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 4, 808.

⁶¹ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 233 ss. e 255.

5. Corte costituzionale, democrazia e politica

Ciò conduce ad alcune considerazioni conclusive in tema di ri-accentramento e diffusione che hanno a che fare con il rapporto tra Corte costituzionale, democrazia e politica, o detto altrimenti con la sua politicità⁶². Sulla scorta delle osservazioni svolte sopra, ci sarebbe da chiedersi in che misura il ri-accentramento finisca per scaricare sulla Corte costituzionale aspettative e tensioni in grado di determinare ricadute importanti sulla legittimazione della Corte stessa, che è in definitiva uno dei temi centrali quando si discorre di Corti costituzionali.

Si deve poi tener conto del fatto che le dinamiche descritte si inseriscono in tendenze di ridefinizione dei confini mobili tra giurisdizione (costituzionale) e politica: quello che Diletta Tega chiama “ri-accentramento” in senso più ampio, come «espansione della giurisdizione costituzionale attraverso una sorta di produzione giurisprudenziale della norma, un ruolo crescente del giudice nella soluzione del conflitto politico, una contrazione della valorizzazione dei momenti di “diffusione”, nel senso di attribuzioni riconosciute all’autorità giudiziaria»⁶³. Ora, è considerazione forse superflua quella per cui le giurisdizioni costituzionali sono organi politicamente caratterizzati. Quando Kelsen parlava di “legislatore negativo”, intendeva evidenziare la natura intrinsecamente politica del controllo di costituzionalità. Già allora, la differenza tra giudice costituzionale e legislatore non era dunque considerata di natura qualitativa (natura giurisdizionale vs. natura politica degli organi), bensì quantitativa, con riguardo alla latitudine lasciata all’uno e all’altro⁶⁴.

Va ricordato però che, nel delineare il proprio modello, Kelsen si muoveva in un contesto che non configurava il giudice costituzionale come giudice dei diritti, ciò che è un’acquisizione del costituzionalismo del secondo dopoguerra. Inoltre, con il mutare del contesto storico-giuridico, la tendenza espansiva delle corti costituzionali ha avuto modo di manifestarsi fin dagli anni ’50 e ’60 del secolo scorso – è, dunque, fenomeno risalente. «Non è così che ce lo eravamo immaginato», affermava già Konrad Adenauer in riferimento al *Bundesverfassungsgericht*⁶⁵. L’esempio del *Conseil constitutionnel* francese è forse anche più significativo, per il fatto di essersi realizzato entro un contesto culturale certo non favorevole a un tale sviluppo. Della Corte costituzionale italiana, la cui tendenza espansiva si è manifestata fin dai primi anni dalla sua istituzione, si è detto che essa «non sperimenta da oggi: lo fa da sempre»⁶⁶. Chi oggi parla in termini di «suprematismo giudiziario»⁶⁷ forse non tiene sufficientemente conto della natura

⁶² Nel senso di entità in-politica che ad essa da D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 96.

⁶³ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 25.

⁶⁴ L. PEGORARO, “Politico” e “giurisdizionale” a cento anni dal *Verfassungsgerichtshof*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, 4, 915.

⁶⁵ A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente*, cit., 9.

⁶⁶ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 307.

⁶⁷ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 2, 251-290. *Contra* R. BIN, *Sul ruolo della Corte*

ricorsiva di certi fenomeni. Questo non significa tuttavia negare le preoccupazioni quanto alle conseguenze sistemiche che da questi possono derivare.

Il tema della natura politica della giurisdizione costituzionale ha trovato spazio, da prospettive differenti, nei contributi di Kassandra Goni sull'argomentazione consequenzialista, di Giuseppe Naglieri sul ruolo della giurisdizione costituzionale nell'era della crisi della politica (dove si individua nel percorso di riaccostamento uno degli indici di una rivisitazione del ruolo della giurisdizione costituzionale in senso politico) e di Francesco Severa sulle riforme israeliane.

Partendo dalla Corte suprema statunitense quale istituzione tradizionalmente aperta a forme di argomentazione consequenzialista, da intendersi come «l'argument permettant d'accepter ou de rejeter une proposition en relevant les conséquences de cette dernière», Goni ne esamina l'utilizzo più o meno implicito in una prospettiva comparativa. Nel far ciò, mette opportunamente in evidenza come esistano diversi piani sui quali opera l'argomentazione consequenzialista, a seconda che siano prese in considerazione le conseguenze sul sistema giuridico in senso stretto o le conseguenze di natura politica, economica o sociale, o se si mantenga lo spettro delle conseguenze entro i confini delle parti in causa o si valutino le conseguenze in un'ottica più generale. Dal posizionamento rispetto a tali piani di manifestazione dell'argomentazione consequenzialista, derivano esiti differenti in termini di politicità della giurisdizione: la Corte suprema statunitense sembrerebbe muoversi lungo l'asse delle conseguenze non solo giuridiche, limitandole alle parti in causa⁶⁸. Al contrario, l'approccio consequenzialista del *Conseil constitutionnel* non apparirebbe a livello argomentativo, ma emergerebbe indirettamente dall'analisi del processo decisionale⁶⁹.

Gli accenni al caso italiano sembrano mostrare una minore apertura all'argomentazione consequenzialista, ma non deve dimenticarsi l'importanza che questa ha avuto nelle teorizzazioni fatte da alcuni giudici costituzionali⁷⁰. Il caso spagnolo, al quale pure è fatto riferimento, trova spazio anche nella relazione di Naglieri che, nel percorrere le traiettorie della presenza delle giurisdizioni costituzionali nel campo costitutivo delle rivendicazioni politiche (o l'assunzione di un ruolo di «razionalizzazione delle istanze politiche» per utilizzare le parole di Severa⁷¹), fa riferimento alla Ley organica 6/2007, che nel regolamentare il *recurso de amparo* ha introdotto il requisito della *especial trascendencia constitucional*. È estremamente significativo che il Tribunale spagnolo nel 2009 abbia declinato tale requisito in termini chiaramente consequenzialisti, ritenendo elemento rilevante per tale nozione la presenza rilevanti e generali ripercussioni sociali o economiche o conseguenze politiche generali⁷².

costituzionale. *Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 4, 757-775.

⁶⁸ K. GONI, *L'utilisation de l'argument consequencialiste*, cit., 367.

⁶⁹ Tale analisi è resa possibile dalla maggiore trasparenza del processo decisionale, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/archives-des-comptes-rendus-de-seances>

⁷⁰ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 91 s.

⁷¹ F. SEVERA, *Il caso della riforma giudiziaria israeliana*, cit.

⁷² G. NAGLIERI, *Il ricorso diretto di costituzionalità*, cit., 10.

L’incorporazione di tale approccio, in senso assai più ampio rispetto alla Corte suprema statunitense nonostante il suo carattere implicito, è indicativo della crescente «porosité entre juridique et politique» che caratterizza anche la giurisdizione costituzionale francese, collegandosi al contempo ai profili della legittimazione della stessa⁷³. È, quello della legittimazione, tema centrale che trova sviluppo nella relazione di Francesco Severa. Qui viene presentato il caso israeliano, dove l’assenza di un controllo di costituzionalità è inscindibile dal «patto fondativo» tra componenti sociali differenziate all’origine della “costituzione” israeliana. Tale patto sarebbe stato messo in crisi dallo sviluppo per via giurisprudenziale, a partire dalla decisione *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village* del 1995, di un controllo (accentrato) di costituzionalità – «rivoluzione costituzionale» resa a sua volta possibile dall’adozione pochi anni prima delle leggi sulla libertà e dignità umana e sul diritto all’occupazione.

Pur entro un quadro storico, sociale e politico singolare e irriducibile ad accostamenti, il caso israeliano pone l’accento sull’idea «che debba essere la politica [il Parlamento] il punto di caduta del bilanciamento tra differenti istanze sociali»⁷⁴. La «rivoluzione costituzionale» avrebbe turbato tale equilibrio costruito anzitutto attraverso la politica, venendo rafforzata da due tipi di fattori: il primo di carattere istituzionale, il secondo più politico.

Sotto il primo profilo, vi è in particolare il fatto che «nel sistema israeliano non vi sono limiti specifici di accesso alla corte, né con riguardo al soggetto appellante né con riguardo all’oggetto di cui si chiede l’annullamento (legge o provvedimento amministrativo che sia). In qualche modo, la Corte suprema israeliana condensa in sé quelli che sono i poteri e le prerogative che in Italia sono affidati a Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato. Questi due elementi di sistema, sommati alla teorica di Barak, hanno fatto della Corte l’organismo di chiusura dell’ordinamento costituzionale israeliano, non solo (efficacemente) a tutela dei diritti dei singoli, ma anche (con qualche problema di legittimazione) quale regolatore delle vicende istituzionali»⁷⁵. Il disegno istituzionale ha avuto dunque un effetto moltiplicatore sull’incidenza della giurisdizione costituzionale.

Sotto il secondo profilo, si osserva che «[l]a lunga crisi politica che ha colpito Gerusalemme a partire dal 2019, con l’oggettiva difficoltà di comporre una maggioranza in seno alla Knesset e il corrispondente succedersi di ben cinque consultazioni elettorali in poco più di tre anni, ha visto accrescere il ruolo della Corte suprema israeliana». Nel breve periodo, la recente riforma della Corte rappresenta dunque una reazione alla pronuncia nel caso *Edelstein* del 25 marzo 2020. Qui il tema è ovviamente quello a noi ben noto della debolezza delle istituzioni rappresentative, che la dottrina riconosce come prevalentemente all’origine delle tendenze espansive della nostra Corte costituzionale.

Severa coglie però un ulteriore aspetto, che è quello decisivo. A essere problematico nel caso israeliano – ma la considerazione è estesa in una prospettiva teorica più generale

⁷³ K. GONI, *L’utilisation de l’argument consequentialiste*, cit., 372.

⁷⁴ F. SEVERA, *Il caso della riforma giudiziaria israeliana*, cit., 414.

⁷⁵ F. SEVERA, *Il caso della riforma giudiziaria israeliana*, cit., 414 s.

– non è tanto l'assunzione da parte della giurisdizione costituzionale di un ruolo politico, che del resto è connaturato a essa e non si può oggi arrivare a negare sulla base di una un'incomprensione rispetto all'inquadramento della sua funzione come giudiziaria. Problematico è piuttosto il fatto che le corti costituzionali «si pongano quali corpi estranei del sistema istituzionale e che rivendichino un ruolo di chiusura dell'ordinamento giuridico»; o, per riprendere considerazioni precedentemente svolte, che la Corte si faccia unico autentico depositario della funzione di garanzia della Costituzione⁷⁶: «[n]on più giudice nella costituzione, ma giudice-costituzione»⁷⁷.

Il caso israeliano sembrerebbe dimostrare che questo rischio è maggiore «in quegli ordinamenti in cui il controllo sulle leggi sfugge a una solida e rigida cornice costituzionale, tanto che il potere giurisdizionale con più nettezza interviene in ambiti propriamente politici, col serio rischio di giocare un ruolo parziale»⁷⁸. Questo spiega forse le tendenze rilevabili in ordinamenti che storicamente non conoscono una razionalizzazione del *judicial review of legislation*, alcuni dei quali (Finlandia, Olanda e Regno Unito) sono esaminati nelle ultime due relazioni. Dei tre ordinamenti considerati, quelli finlandese e olandese conoscono forme di controllo debole, non giurisdizionale di legittimità costituzionale, ma sembrano avviarsi timidamente verso il riconoscimento del sindacato giurisdizionale.

In Finlandia, il controllo esercitato dalla commissione affari costituzionali dell'*Eduskunta* finlandese che ha profili di somiglianza con quello operato dal comitato costituzionale francese sotto la IV Repubblica⁷⁹ (con differenze ovviamente in termini di *output*), sembra essere oggi integrato in linea di principio con un modello diffuso a partire dall'articolo 106 della nuova Costituzione approvata nel 1999, che finora è stato attenuato dalla deferenza giudiziaria nei confronti degli orientamenti della commissione affari costituzionali⁸⁰. In Olanda, pure si danno forme di controllo debole *ex ante* (definito «*para-judicial review*» da Gabriele), in questo caso da parte del Consiglio di Stato e del Senato, che pure esprimono orientamenti dotati di particolare forza persuasiva per i giudici. Rispetto a questi la Costituzione olandese però introduce un espresso divieto di sindacare la costituzionalità di leggi e trattati, che recentemente è stato messo in questione a seguito di disfunzioni sistemiche⁸¹.

Nel Regno Unito, l'erosione del principio della sovranità del Parlamento è fenomeno più risalente che si è realizzato su più dimensioni. Sul versante giurisdizionale,

⁷⁶ F. SEVERA, *Il caso della riforma giudiziaria israeliana*, cit., 421.

⁷⁷ F. SEVERA, *Il caso della riforma giudiziaria israeliana*, cit., 420.

⁷⁸ Condivisibile è la conclusione per cui «Comprendere la giustizia costituzionale nel più ampio complesso dei rapporti tra istituzioni e tra poteri è l'orizzonte di studio che la scienza giuspubblicistica non potrà che ritrovare», così come la citazione conclusiva di Aldof Merkl per cui la giurisdizione costituzionale «trova la sua collocazione sistemica in una vasta struttura di istituzioni dello Stato, che congiuntamente servono alla garanzia della costituzione. Sarebbe dunque un errore identificare giurisdizione costituzionale e garanzia della costituzione» F. Severa, *Il caso della riforma giudiziaria israeliana*, cit., 421.

⁷⁹ F. DURANTI, *Le origini della giustizia costituzionale in Francia e la nascita del "Conseil constitutionnel"*, in *Politica del diritto*, 2000, 1, 176 ss.

⁸⁰ F. LA PLACA, *L'evoluzione del controllo di costituzionalità*, cit., 396 s.

⁸¹ F. LA PLACA, *L'evoluzione del controllo di costituzionalità*, cit., 399 ss.; E. GABRIELE, *Sistemi democratici e assenza di constitutional review*, cit., 354 ss.

come conseguenza del *Constitutional reform act 2008* ma anche di vicende costituzionali di primissimo rilievo innescate dall’esito del *referendum* del giugno 2016, la Corte suprema è venuta assumendo «ruoli tipici delle corti costituzionali di altri ordinamenti», soprattutto in occasione delle sentenze *Miller I* e *Miller II*⁸². Qui tuttavia le prospettive verso un’evoluzione ordinamentale si mantengono prevalentemente sul piano delle proposte politiche, forse anche in ragione di una decisa polarizzazione del sistema politico.

Come è messo in evidenza, tuttavia, questi ordinamenti rivestono con i loro sviluppi un sicuro interesse nella misura in cui essi testimoniano l’attrattiva esercitata da modelli diffusi di controllo sulla legittimità costituzionale degli atti del potere pubblico, specialmente legislativi, oltre alla persistenza di modelli misti che consentono di ragionare al di fuori delle strette maglie del controllo giurisdizionale, accentrato o diffuso. Senza voler trarre indicazioni specifiche da ordinamenti che rimangono, per storia e cultura giuridiche, molto differenti, mi pare però che essi suggeriscano l’importanza sia di continuare a ragionare in termini di “sistema” di giustizia costituzionale, sia di non perdere di vista la dimensione politica di una funzione di giustizia costituzionale – quale funzione di indirizzo politico-costituzionale – costruita attorno a una logica non contrappositiva bensì dialettica e integrativa tra *legal* e *political*, tra fondamento giuridico-normativo e fondamento storico-materiale⁸³.

⁸² E. GABRIELE, *Sistemi democratici e assenza di constitutional review*, cit., 354.

⁸³ M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2013, 5 s.

SECONDA SESSIONE

Parte III

IL RUOLO DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NELL'ENUCLEAZIONE DEI DIRITTI



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LE RÔLE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DANS LA CONSÉCRATION DE
NOUVEAUX DROITS. INTRODUCTION AUX TRAVAUX DE L'ATELIER III

JULIEN VACHEY

SOMMAIRE: 1. Remerciements. - 2. Introduction aux travaux de l'atelier n° III. - 3. Un sujet de recherches classique. - 4. Un sujet de recherches à l'intérêt renouvelé.

L'introduction de la thématique de l'atelier n° 3 du IV^{ème} séminaire annuel de droit comparé (2.) ne saurait se faire sans adresser quelques brefs, mais sincères remerciements (1.).

1. Remerciements

Je souhaite tout d'abord m'associer pleinement aux nombreux remerciements adressés à l'Université de Milan qui accueille ce séminaire, à Giuliano Serges, président du Comité des Jeunes Constitutionnalistes de l'Association d'études sur le droit et la justice constitutionnels « *Gruppo di Pisa* », aux comités organisateur et scientifique, mais surtout aux premiers concernés par ce séminaire qui sont les jeunes chercheurs.

Je tiens ensuite à exprimer la joie et l'honneur que j'ai, en qualité de vice-président de la Commission de la jeune recherche en droit constitutionnel de l'Association française de droit constitutionnel, de voir le fruit de cette collaboration prometteuse et toujours plus étroite entre les jeunes chercheurs italiens et français.

2. Introduction aux travaux de l'atelier n° III

La thématique de cet atelier n°3 porte sur « *le rôle des cours constitutionnelles dans la consécration de nouveaux droits* ». Il était ainsi proposé aux participants d'intervenir, par une étude de droit comparé, sur le rôle des cours constitutionnelles dans la consécration de droits qui ne sont pas expressément reconnus dans les chartes constitutionnelles ou dans la définition et la précision du contenu de droits rattachés à des dispositions larges et imprécises. Les contributions pouvaient également traiter des influences réciproques exercées entre les jurisprudences constitutionnelles et européennes, notamment sous le prisme du dialogue des juges et de la concurrence entre les juridictions constitutionnelles et les cours européennes.

Lorsque le choix de cette thématique a été fait, il ne faisait aucun doute qu'il s'agissait d'un sujet de recherches classique, mais qui ne saurait toutefois être épuisé (3.). Si la production doctrinale ne saurait se tarir, c'est particulièrement parce que l'intérêt de ce sujet de recherches tend à se renouveler au XXI^{ème} siècle avec l'émergence des droits fondamentaux du numérique, de l'environnement, du climat et de la biodiversité, mais aussi avec les attaques persistantes, voire croissantes contre le rôle des cours constitutionnelles et leur place dans le jeu démocratique et la séparation des pouvoirs (4.).

3. Un sujet de recherches classique

« *Le rôle des cours constitutionnelles dans la consécration de nouveaux droits* » est en effet un sujet de recherches classique, du moins en ce qui concerne la France, puisque la question du rôle des cours constitutionnelles dans la consécration de nouveaux droits intéresse avec force la doctrine depuis plus de cinquante ans, soit principalement depuis la fameuse décision dite *liberté d'association* rendue par le Conseil constitutionnel en 1971 à l'occasion de laquelle il a fait sa plus grande œuvre créatrice en consacrant la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958. La décision était alors audacieuse et juridiquement critiquable puisque le constituant originaire n'avait pas l'intention de conférer à ce préambule et aux textes auxquels il renvoie une telle valeur. Pourtant, aujourd'hui, rares sont ceux qui osent plaider pour l'abolition de cette jurisprudence.

Il n'en demeure pas moins que l'intérêt de la problématique portant sur le rôle des cours constitutionnelles dans la consécration de nouveaux droits ressurgit avec force, notamment sous l'effet du discours politique ambiant. Celui-ci nous invite à sans cesse défendre l'existence et l'indépendance des cours constitutionnelles ainsi qu'à maintenir le combat pour la consécration et la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux. Le discours politique se veut en effet de plus en plus décomplexé et radical dans la critique et la dénonciation du rôle et du pouvoir interprétatif des cours constitutionnelles et européennes dans la consécration et la protection de droits fondamentaux non expressément prévus par les chartes dont ces cours sont les gardiennes. Cet atelier est

donc le lieu du questionnement de l'office des cours constitutionnelles dans la création de nouveaux droits et plus largement de celle de la place du juge dans nos démocraties.

La dénonciation du pouvoir créatif et de l'activisme prétendu des cours constitutionnelles est ancienne. Selon une conception stricte de la souveraineté nationale et de la démocratie, réduite à la seule légitimité des élus pour produire du droit, le pouvoir créatif des cours constitutionnelles devrait être muselé. Ce serait en effet de la seule main des représentants ou du peuple lui-même que relèverait le pouvoir de consacrer des droits fondamentaux et non pas de celle de juridictions irresponsables et dont les membres de sont pas issus d'un processus électoral. En interprétant les textes de référence du contrôle de constitutionnalité pour ériger de nouveaux droits fondamentaux, les cours constitutionnelles se seraient alors arrogées un trop grand pouvoir créatif. La problématique soulevée est classique et renvoie par conséquent aux fondements et limites du pouvoir interprétatif de ces juridictions.

Ajoutons enfin que si l'on questionne le rôle des cours constitutionnelles (mais aussi des cours suprêmes et européennes) dans la création de nouveaux droits, peut-être devrait-on aussi se questionner sur le point de savoir si son rôle lui permet aussi de mettre fin à l'existence d'un droit fondamental qu'elle a elle-même consacré. Il suffit pour cela de penser à l'arrêt rendu le 24 juin 2022 par la Cour suprême américaine revenant sur sa décision *Roe vs Wade* de 1973 en mettant fin à la valeur constitutionnelle du droit à l'avortement.

4. Un sujet de recherches à l'intérêt renouvelé

La recherche sur le rôle des cours constitutionnelles dans la consécration de nouveaux droits est renouvelée, vivifiée par l'essor considérable des droits fondamentaux de la 4^{ème} génération au XXI^{ème} siècle.

C'est à ce propos que l'intérêt de la problématique proposée résidait aussi dans la place insuffisante, voire inexistante qu'occupent les droits du numérique, de l'environnement, du climat et de la biodiversité dans le droit constitutionnel et conventionnel alors que leur importance est croissante dans la « vie quotidienne » et, par voie de conséquence, dans les différents contentieux portés devant les juridictions. Il n'est donc pas anodin que la moitié des contributions présentées dans cet atelier traitent des droits fondamentaux du numérique et de l'environnement.

Pour finir, il y a tout lieu de se réjouir que ce sont des jeunes chercheurs qui s'intéressent, en particulier, à la protection des droits fondamentaux liés à l'environnement et plus généralement aux problématiques auxquelles sont confrontées les juridictions constitutionnelles au XXI^{ème} siècle.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

L'AMBIENTE NEGLI ESITI DEL (SUPPOSTO) DIALOGO TRA LEGISLATORE
COSTITUZIONALE, CORTE COSTITUZIONALE E CORTI SOVRANAZIONALI:
IL CASO ITALIANO E FRANCESE A CONFRONTO

DORINDA CACCIOPPO

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Ricostruzioni della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia ambientale nel solco delle elaborazioni europee e internazionali. – 3. Qualche valutazione sulla riforma italiana degli artt. 9 e 41 della Costituzione. Quale nuovo parametro? – 4. La *Charte de l'environnement* e le sue conseguenze nella giurisprudenza costituzionale francese.

1. Osservazioni introduttive

La questione ambientale è stata oggetto, negli ultimi anni, di una significativa evoluzione giurisprudenziale e di un costante dibattito dottrinale di respiro sia nazionale che sovranazionale, suscettibile di notevoli spunti di riflessione anche sotto il profilo della comparazione giuridica. D'altronde, la tematica ambientale, per ovvie ragioni intrinseche, si presta a partecipare a quello che alcuni studiosi definiscono un pluralismo giuridico globale¹, un complesso "spazio" metagiuridico in cui diversi attori contribuiscono a modellare norme con implicazioni che superano i confini territoriali.

¹ P.S. BERMAN, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders*, Cambridge, 2012; G. TEUBNER, *Legal Pluralism in the World Society*, in G. TEUBNER (ed.), *Global Law without a 10 State*, London, 1997.

Del resto, è sempre esistita una diffusa tendenza degli organi giurisdizionali internazionali ed europei ad occuparsi della tutela dell’ambiente. La Corte costituzionale italiana non ha mai costituito un’eccezione in questo, contribuendo a più riprese – come sarà maggiormente approfondito a seguire – all’evoluzione del rilievo costituzionale della tutela ambientale. Altresì, l’attività interpretativa in materia, che spesso ha dovuto stabilire autonomamente i propri punti di riferimento², si è avvalsa delle elaborazioni affermatesi a livello europeo e internazionale.

Ad ogni modo, al di là delle sfumature imposte dai diversi contesti ordinamentali, si può constatare che la vigenza di convenzioni internazionali comuni sul tema³ abbia configurato un clima culturale comune⁴ di cui tutte le Corti tengono conto, nonché un contesto fecondo in cui sempre più intenso si presenta il fenomeno della «migrazione delle idee costituzionali»⁵.

Si ritiene, infatti, che la revisione costituzionale italiana, adottata con legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, che ha modificato gli articoli 9 e 41 della Costituzione consacrando l’ambiente quale bene costituzionalmente protetto, nasca proprio da questa dinamica di assorbimento imitativo globale più che come esito di un dialogo tra Corte costituzionale e legislatore.

Proprio per tale ragione, in questo lavoro, si parla di dialogo “supposto”. Difatti, a valle dell’avvenuta riforma, riconoscere il paradigma dialogico nelle forme di fisiologica integrazione reciproca degli approdi giurisprudenziali delle Corti europee, internazionali con l’attività di riforma del legislatore nazionale sembra essere un espediente retorico di agile utilizzo ma sviante ai fini di una utile analisi di ciò che potrebbe essere il rinnovato diritto della tutela ambientale.

Ci si chiede, invece, come la Corte costituzionale potrà utilizzare il portato della riforma, che tipo di influenza potrà avere nell’attività del Giudice delle leggi un parametro così costituito ed esplicitato. Di conseguenza, ci si interroga sulla possibilità, in questi termini, di un dialogo successivo tra la Corte costituzionale e un legislatore che avrà il

² A. BALDASSARRE, *I profili costituzionali*, in *Razionalizzazione della normativa in materia ambientale (Atti del Convegno giuridico, Castel Ivano, 29-30 aprile 1994)*, Milano, 1994, 9 la definisce una giurisprudenza di tipo «pretorio».

³ Un esempio importante è costituito dalla Convenzione di Aarhus sull’Accesso alle Informazioni, concordata dalla Commissione economica per l’Europa delle Nazioni Unite nel 1998 (entrata in vigore nel 2001 e recentemente modificata nel 2019). La rilevanza globale del Trattato è dovuta al fatto che pone a sistema diritti umani e ambientali. Con il Trattato si riconosce per la prima volta la partecipazione dei cittadini ai processi decisionali e il diritto di accesso degli stessi alla giustizia in materia ambientale, nonché «il diritto di ogni persona, nelle generazioni presenti e future, a vivere in un ambiente in grado di assicurare la sua salute e il suo benessere» (www.unece.org).

⁴ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, 29.

⁵ Si confronti a riguardo S. CHOUDHRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006; il processo di diffusione nei rapporti tra ordinamenti è stato variamente definito e studiato come *dissemination of ideas*, che può condurre ad una *crossfertilisation* (cfr. A. M. SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 Un. Rich. L. Rev. 99, 1995; A.K. THIRUVENGADAM, *Legal Transplants through Judiciaries: Cross-judicial Influences on Constitutional Adjudication in the Post World War II Era. A Study in Comparative Constitutional Law Focusing on Theoretical and Empirical Issues*, Paper on the Issue of Transjudicial Borrowings, New York University, 2001; K.L. SCHEPPELE, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-constitutional Influence through Negative Models*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1/2003, 296 ss.

compito di declinare concretamente il principio costituzionale della tutela ambientale nelle politiche pubbliche.

Infine, proprio con l'intento di dare maggiore solidità ad un'analisi prognostica della riforma italiana, si torna a ritroso sulla comparazione con la riforma francese del 2004. Il confronto tra le ragioni e le reazioni dei due diversi ordinamenti alle riforme costituzionali in materia ambientale, benché alla differenza tra le due riforme si aggiunga la risalenza della Carta dell'ambiente francese rispetto alla nuova legge costituzionale italiana, risulta interessante per capire quali possano essere le prospettive di una costituzionalizzazione dell'ambiente.

2. Ricostruzioni della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia ambientale nel solco delle elaborazioni europee e internazionali

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia è stata caratterizzata da un andamento ascendente verso il consolidamento del rilievo costituzionale della tutela dell'ambiente.

Per la prima volta, con la sentenza n. 79 del 1971⁶, viene citato esplicitamente il termine *ambiente*, precedentemente del tutto ricompreso nella mera concezione estetica del paesaggio⁷. Il giudice delle leggi si mantiene su espressioni vaghe che sembrano tener conto di una coscienza comune⁸ ambientale in crescita a livello nazionale e internazionale ma non si spingono verso una concettualizzazione precisa e autonoma di ambiente: si richiama lo svolgimento di una «politica ecologica»⁹ ma sempre in funzione ancillare rispetto ad interessi costituzionali già riconosciuti, come ad esempio quello alla tutela del paesaggio e quello alla tutela della salute¹⁰. Proprio questo accostamento di interessi apre una nuova fase interpretativa della Corte, negli anni Ottanta¹¹, che prende le mosse da

⁶ Nella sentenza si attribuiva alla l. 24 aprile 1935, n. 740, istitutiva del Parco nazionale dello Stelvio, l'intento di «conservare alla collettività l'ambiente naturale che si è costituito spontaneamente o mediante l'opera dell'uomo in una determinata porzione del territorio statale; vuole proteggere le formazioni geologiche che vi esistono e impedire che abbiano a turbarsi le loro spontanee manifestazioni; vuole dare tutela agli adunamenti di fauna e di flora di particolare rilevanza, alla peculiare bellezza che caratterizza il paesaggio. Questo ambiente racchiude beni che assumono un valore scientifico ed un interesse storico ed etnografico, oltre che turistico; ed è chiaro che la conservazione dei medesimi è di interesse fondamentale per il complesso sociale al quale appartengono».

⁷ Dapprima con la sent. Corte cost., 19 dicembre 1959, n. 65 si parla di tutela del paesaggio ricompresa nel più ampio ambito della protezione delle bellezze naturali. Poi, in altre pronunce di poco successive si parla di patrimonio faunistico e di protezione della fauna (Corte cost., 6 luglio 1965, n. 59; Corte cost., 24 aprile 1967, n. 50; Corte cost., 9 giugno 1967, n. 71).

⁸ Espressione e ricostruzione utilizzate da M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, 12.

⁹ Corte cost., 12 maggio 1977, n. 72.

¹⁰ Corte cost., 22 dicembre 1977, n. 154. La sentenza riguardava la tutela contro l'inquinamento atmosferico ricollegandola alla materia igiene e sanità, guidata dalla «esigenza di evitare pregiudizi alla salute dei cittadini».

¹¹ Si cfr. G. STROZZI, *Competenze regionale e potere estero dello Stato: un asso nella manica dell'esecutivo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1000; F. TERESI, *Le leggi regionali di protezione delle coste tra urbanistica e paesaggio*, in *Regioni*, 1983, 450.

una «soggettivizzazione dell’ambiente»¹², operando in virtù del combinato disposto degli artt. 9 e 32 della Costituzione fino a configurare un diritto fondamentale dell’individuo all’ambiente salubre¹³.

Con la sentenza n. 210 del 1987, interpretando sistematicamente i citati articoli della Costituzione, l’ambiente – in qualità di bene immateriale – veniva individuato quale «diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività» (in una formulazione che, certo, riprende i termini cardine legati alla tutela della salute). Il giudice delle leggi, dovendosi occupare in questo caso specifico dell’introduzione della valutazione di impatto ambientale nell’ordinamento italiano, fa espresso riferimento a «finalità di protezione di valori costituzionali primari (artt. 9 e 32 Cost.) che giustificano ampiamente lo spessore dei poteri attribuiti allo Stato» nonché a «valori costituzionali quali l’ambiente e la salute che rientrano nella competenza dello Stato»¹⁴.

Altresì, nella sentenza n. 641/1987¹⁵, la Corte aveva delineato un ulteriore profilo dell’ambiente «come elemento determinativo della qualità della vita». La pronuncia appare di particolare rilievo anche perché trova nel precetto costituzionale dell’art. 41 Cost. un ulteriore supporto alla protezione dell’ambiente, quasi anticipando i punti nevralgici della riforma.

Ad un’altra fase interpretativa della giurisprudenza costituzionale può ascriversi invece la tendenziale «oggettivizzazione dell’ambiente». Seguendo tale concezione, l’ambiente emergeva quale valore costituzionale primario, il diritto ad un ambiente

¹² A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. n. 1/2022, Relazione introduttiva del Convegno Internazionale di Studi “Ambiente, Sostenibilità e Principi Costituzionali” (Università degli studi di Salerno –Comune di Cava de’ Tirreni – 1, 2 e 3 dicembre 2022)*, in *Nomos*, Anticipazioni al n. 3/2022, 7.

¹³ Sembra interessante riportare qui un passaggio evidenziato da M. CECCHETTI, *Principi costituzionali*, cit., e da E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Padova, 1990, 277: «dato il riconoscimento in sede scientifica della pregiudizialità ai fini della salute umana della equilibrata relazione uomo-ambiente, nonché la comprensione che il paesaggio è la traduzione in termini visivi di un ambiente naturale la cui integrità è necessariamente da proteggere, si possono, sulla base del principio fondamentale affermato nell’art. 9 Cost. nella materia, ed anche in connessione a quanto sancito dall’art. 32 Cost. in tema di salute, effettuare le seguenti affermazioni a) che la Costituzione protegge non solo il paesaggio ma l’integrità dell’ambiente naturale; b) che tutto il territorio dello Stato è oggetto di una simile tutela; c) che infine una protezione del genere concerne il territorio statale valutato come sistema ecologico od eco-sistema da proteggere nella globalità dei suoi aspetti».

¹⁴ Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210.

¹⁵ Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641. La sentenza è stata commentata e approfondita da autorevole dottrina. *Ex multis* si confronti B. CARAVITA, *Il danno ambientale tra Corte dei conti, legislatore e Corte costituzionale*, in *Rivista giuridica ambiente*, 1988, 93; T. ANCORA, *La Corte costituzionale e il potere legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, 3825; V. GHERGHI, *Il danno ambientale: riflessioni a commento della sentenza della Corte costituzionale 17-30 dicembre 1987, n. 641*, in *Nuova rassegna*, 1988, 1010; F. COGGI, *Osservazioni sul danno ambientale*, in *Responsabilità Civile*, 1988, 738; L. BERTOLINI, *La sentenza n. 641 del 30 dicembre 1987 della Corte costituzionale sul risarcimento del danno ambientale ovvero una definitiva deminutio capitis della giurisdizione della Corte dei conti*, in *Rivista giuridica Polizia locale*, 1988, 299; P. GIAMPIETRO, *Il danno ambientale fra giurisdizione contabile e giudice ordinario: l’intervento della Corte costituzionale*, in *Foro amministrativo*, 1988, 2671, e in *Sanità pubblica*, 1989, 23; ID., *L’illecito e il danno ambientale (ancora in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 641 del 1987)*, in *Giurisprudenza di merito*, 1989, 738; F. GIAMPIETRO, *Il danno all’ambiente innanzi alla Corte costituzionale*, in *Foro italiano*, 1988, I, 695; ID., *Responsabilità per danno ambientale: luci ed ombre di una rilevante decisione*, in *Corriere giuridico*, 1988, 234; E. FERRARI, *Il danno ambientale in cerca di giudice e...d’interpretazione: l’ipotesi dell’ambiente-valore*, in *Regioni*, 1988, 525.

salubre veniva considerato, dunque, fondamentale ma non «tiranno»¹⁶. Nelle pronunce sul c.d. caso ILVA, veniva individuato nella tutela dell'ambiente un elemento necessario e determinante nei bilanciamenti tra diritti¹⁷. La Corte costituzionale, inoltre, riconosceva l'ambiente quale bene unitario, pur non escludendo possibilità di una normativa differenziata a livello locale¹⁸.

In alcune pronunce più recenti, il giudice delle leggi è tornato a ribadire la natura di valore primario dell'ambiente, onde affidarne la tutela in capo allo Stato: «in base all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., spetta in via esclusiva allo Stato il compito di dettare una disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente, considerato come entità organica e connesso a un interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto»¹⁹.

Questi gli approdi giurisprudenziali anteriforma, memori del cospicuo contributo del diritto europeo e internazionale di cui sembra opportuno delineare alcune essenziali coordinate

Nell'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) la tutela dell'ambiente viene inserita nel quadro degli obiettivi dell'Unione in termini di «elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente», collegandola al concetto di "sviluppo sostenibile". Alla luce degli obiettivi dichiarati *ex art.* 3 TUE, l'art. 11 del TFUE esplica il principio di integrazione (che alcuni definiscono anche principio costituzionale europeo), ulteriormente enunciato nell'art. 37 della Carta di Nizza, per cui «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

Per quanto attiene, dunque, all'evoluzione giurisprudenziale internazionale, negli ultimi decenni si è assistito ad un crescente interesse da parte della Corte europea dei

¹⁶ Nella pronuncia Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85 il giudice delle leggi afferma: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

¹⁷ Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85; Corte cost., 24 giugno 2004, n. 196.

¹⁸ Corte cost., ord. 4 aprile 1990, n. 195: «l'ambiente, pur essendo un bene immateriale unitario, ha varie componenti, ciascuna delle quali può costituire, anche isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela (come per esempio il paesaggio), la norma dispone che il risarcimento del danno c.d. ambientale spetta allo Stato ma che la relativa azione, anche se esercitata in sede penale, è promossa non solo dallo Stato ma anche dagli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo, e quindi anche dalla Regione per i beni siti in essa; ...». Difatti, «la protezione dell'ambiente, che pure attraversa una molteplicità di settori in ordine ai quali si mantengono competenze diverse, statali e regionali, ha assunto una propria autonoma consistenza, che, in ragione degli specifici ed unitari obiettivi perseguiti, non si esaurisce né rimane assorbita nelle competenze di settore» (Corte costituzionale, 19 luglio 1994, n. 356).

¹⁹ Corte cost., sent. n. 24 del 2022, decisione del 29 novembre 2021, pronunciata perciò precedentemente alla riforma; si veda anche Corte cost., 24 giugno 2021, n. 189: «La potestà legislativa esclusiva statale *ex art.* 117, secondo comma, lettera s), Cost. risponde, del resto, a ineludibili esigenze di protezione di un bene, quale l'ambiente, unitario e di valore primario (sentenze n. 246 del 2017, n. 641 del 1987), che risulterebbero vanificate ove si riconoscesse alla Regione la facoltà di rimetterne indiscriminatamente la cura a un ente territoriale di dimensioni minori, in deroga alla valutazione di adeguatezza compiuta dal legislatore statale con l'individuazione del livello regionale».

diritti dell'Uomo ai profili di tutela dell'ambiente che incidono, con modalità eterogenee, sui diritti individuali riconosciuti dalla relativa Convenzione. L'ambiente, anche in questo contesto, si configura quale valore della società che giustifica limitazioni di altri diritti pur non essendo riconosciuto in forma di diritto fondamentale dell'uomo, sulla base della crescente consapevolezza delle gravi e trasversali conseguenze prodotte dall'inquinamento²⁰. La Corte, nel tempo, ha operato la stessa attività di interpretazione creativa che ben riscontriamo nella giurisprudenza italiana²¹. Anche in questo caso parlare di dialogo sarebbe dare *ex post* una veste di confronto ad uno schema logico interpretativo che ricalca semplicemente la vita e le esigenze di società pur differenti tra loro.

Difatti, i giudici di Strasburgo rielaborano un diritto all'ambiente salubre²² utilizzando una «prospettiva ambientalista»²³ su diritti già esistenti e riconosciuti. Una protezione che, come in quella messa a punto dalla Corte Costituzionale italiana, agisce di riflesso servendosi degli articoli 2 e 8 della Convenzione, rispettivamente attinenti al diritto alla vita e al diritto al rispetto della vita privata e familiare.

In una prima fase di evoluzione giurisprudenziale, dunque, la Corte EDU ha promosso l'azione degli Stati concentrata sull'intento di limitare l'esercizio, da parte del singolo, del diritto di proprietà garantito dalla CEDU²⁴.

In una seconda fase, alla luce delle nuove considerazioni sulla tutela ambientale e all'evolversi delle istanze ambientaliste volte all'individuazione dell'ambiente quale luogo ove si esplica la personalità individuale, la Corte europea ha preferito porre a carico degli Stati Parte degli obblighi positivi procedurali e sostanziali in materia così da spostare l'analisi sugli effetti concreti della mancanza di una disciplina specifica sul godimento dei diritti previsti nella Convenzione. Le questioni di maggior interesse hanno riguardato aree tematiche quali l'inquinamento acustico (in cui vengono in rilievo i casi Powell e Rayner c. Regno Unito, n. 9310/1981; Hatton c. Regno Unito, n. 36022/1997;

²⁰ Cfr. D. SHELTON, *Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment*, in *Stanford Journal of International Law*, 1991, 103 ss., in cui si affronta l'evoluzione dei rapporti tra diritti umani e ambiente.

²¹ A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma, 1989; F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

²² Per alcune ricostruzioni dello schema logico nel tempo utilizzato si cfr.: K. BOSSELMANN, *Un approccio ecologico ai diritti umani*, in M. GRECO (a cura di), *Diritti umani e ambiente*, 2000; M. DE SALVIA, *Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1997, 2; F. VOLLERO, *Il diritto ad un ambiente salubre nell'elaborazione della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Diritto.it*, 1/2005.

²³ A. SCARCELLA, *Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali «filoni» della Corte di Strasburgo*, in *Ambiente & sviluppo*, 2/2013, 129; N. COLACINO, *La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi di giurisprudenza*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2001, 2; S. GRASSI, *Relazione introduttiva*, in *Diritti umani e ambiente*, in ECP, 2000; G. ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: nuovo diritto o espediente tecnico?*, in AA.VV. *Ambiente e diritto*, 1999; F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, Milano, 1980.

²⁴ Art. 1, Protocollo 1 addizionale alla Convenzione, secondo cui: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Per citare alcuni esempi si cfr. la ricostruzione casistica di S. RUPE, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europeanrights.eu*, 15 gennaio 2021.

Flamenbaum e altri c. Francia, nn. 3675/2004 e 23264/2004); l'inquinamento industriale (in cui *ex multis* rileva il caso Önerildiz c. Turchia n. 48939/1999²⁵); la deforestazione e lo sviluppo urbano (nei casi Hamer c. Belgio, n. 21861/2003, in cui per la prima volta la Corte ha esplicitato che l'ambiente rappresenti un valore in sé pur non direttamente protetto nella Convenzione e Kyrtatos c. Grecia, n. 41666/1998); nonché rileva riportare una decisione della Corte sul tema del «fumo passivo» (caso Florea c. Romania, n. 37186/2003) in cui la Corte riconosce al detenuto ricorrente il diritto ad un ambiente salubre in cui possa essere esente dai rischi del tabagismo passivo.

3. Qualche valutazione sulla riforma italiana degli artt. 9 e 41 della Costituzione. Quale nuovo parametro?

La legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1 recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente" è stata approvata riuscendo a riunire la maggioranza qualificata delle Camere in seconda votazione. Purtroppo, numerose erano state le formulazioni prospettate in sede di iniziativa parlamentare²⁶. Una varietà che però sembrava orientarsi verso un'alternativa: riconoscere, secondo una concezione soggettiva, un «diritto fondamentale della persona e della collettività»²⁷ oppure qualificare l'ambiente in termini oggettivi quale "valore costituzionale" ispiratore delle politiche pubbliche.

La legge di risulta ha privilegiato, poi, quest'ultima concezione intervenendo con la nota aggiunta del terzo comma all'art. 9 Cost. («Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni»)²⁸. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali) nonché con la modifica del secondo e

²⁵ Con questa decisione la Corte, ribadendo che le autorità nazionali sono tenute ad adottare misure che tutelino il diritto alla vita *ex art. 2* della Convenzione, attua una importante operazione di interpretazione estensiva della Convenzione e del concetto di obbligazioni positive.

²⁶ Si tratta di otto proposte del Senato e nove della Camera, nel periodo tra il 23 marzo 2018 e il 29 giugno 2021: i progetti di legge, di iniziativa del Senato, n. 83 del 23 marzo 2018, n. 212 del 3 aprile 2018, n. 938 del 13 novembre 2018, n. 1203 del 2 aprile 2019, n. 1532 dell'8 ottobre 2019, n. 1627 del 26 novembre 2019, n. 1632 del 2 dicembre 2019 e n. 2160 del 30 marzo 2021, e i progetti di iniziativa della Camera n. 15, n. 143, n. 240 del 23 marzo 2018, n. 2124 del 26 settembre 2019, n. 2150 del 7 ottobre 2019, n. 2174 del 15 ottobre 2019, n. 2315 del 20 dicembre 2019, n. 2838 del 21 dicembre 2020, n. 2914 del 25 febbraio 2021 e n. 3181 del 29 giugno 2021. Ma già nel periodo tra il 2001 e il 2003 erano state presentate nove proposte di revisione dell'art. 9 della Costituzione al fine di garantire un riconoscimento espresso alla tutela ambientale, che poi sfociarono nella riforma del Titolo V della Costituzione (disegni di legge: A.C. n. 705 del 12 giugno 2001, A.C. n. 2949 del 2 luglio 2002, A.C. n. 4429 del 28 ottobre 2003; A.C. n. 4423 del 24 ottobre 2003; A.C. n. 4181 del 17 luglio 2003; A.C. n. 3809 del 20 marzo 2003; A.C. n. 3666 del 10 febbraio 2003; A.C. n. 3591 del 27 gennaio 2003; A.C. n. 4307 del 25 settembre 2003) (ricostruzione di F. DE Leonardis, *L'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, in *federalismi.it*, 3/2004, 1-3).

²⁷ Nella sua ricostruzione M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Quaderni Costituzionali*, 3/2021, 305, riporta in questo senso i d.d.l. cost. nn. 83 (De Pretis), 212 (De Pretis e altri), 938 (Collina e altri) e 1632 (Bonino).

²⁸ Non si affronterà in questa sede la complessità dei rilievi operabili sulla questione delle future generazioni per la quale si rimanda alla bibliografia indicata nella nt. 29.

del terzo comma dell’art. 41 Cost. (aggiungendo rispettivamente il danno alla salute, all’ambiente e i fini ambientali).

Si è approfonditamente dibattuto sul senso e sull’opportunità di questa riforma²⁹ che rileva per la sua capillarità, contrapposta ad una attesa sistematicità armonica di modifica, per la sua formulazione meramente di principio, nonché per il concreto apporto alla tutela dell’ambiente rispetto al diritto vivente³⁰ consolidatosi.

Tuttavia, all’esito del procedimento di approvazione, rivolgendosi alla vita futura della riforma, sembra più utile osservarne gli aspetti di opportunità e possibile utilità. D’altronde, se – come in questo caso – la modifica della Costituzione non ha ripercussioni dannose il peggior risvolto prognosticabile potrebbe essere solamente quello dell’inutilizzo dei commi aggiunti e modificati³¹.

La riforma si inserisce nell’attuale dibattito pubblico in cui il piano europeo Next Generation EU e il PNRR italiano hanno fatto della transizione ecologica uno dei manifesti principali dei propositi di trasformazione della società. La rinnovata etichetta del *green*³² investe trasversalmente settori del pubblico e del privato; dunque, fisiologicamente ha assunto sempre maggior rilievo in Parlamento fino a giungere alla Costituzione, in termini effettivamente non troppo dissimili dal “valore” ambiente consolidatosi attraverso la giurisprudenza costituzionale.

È pur vero che molte critiche mosse alla riforma riguardano la formulazione di principio degli articoli così modificati, una modalità che – però – appartiene di per sé alla nostra Costituzione e in generale alle carte costituzionali del dopoguerra che «non servono a dipanare il compromesso ma a mantenere intatta la possibilità della sua

²⁹ E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022; R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell’ambiente*, in *federalismi.it*, paper 6 aprile 2022; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente*, cit.; L. IMARISIO, G. SOBRINO (a cura di), *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e le sue implicazioni: un primo confronto*, Atti del Seminario svoltosi a Cuneo il 29 aprile 2022; G. GRASSO, *La révision de la Constitution italienne sur la protection de l’environnement: qu’est-ce qui pourra changer pour les questions climatiques?*, Italian paper on Federalism, in *Rivista giuridica on-line – ISSiRFA – CNR*, 3/2022; D. PORENA, “Anche nell’interesse delle generazioni future”. *Il problema dei rapporti intergenerazionali all’indomani della revisione dell’art. 9 della Costituzione*, in *federalismi.it*, 15/2022; T. GUARNIER, *La solidarietà intergenerazionale nella prospettiva costituzionale. Prime riflessioni su alcuni nodi da sciogliere*, in *Rivista “Gruppo di Pisa”*, 3/2022; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2022; L. CASSETTI, *Riformare l’art. 41 della Costituzione: alla ricerca di “nuovi” equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *federalismi.it*, *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, 4/2022; R. CABAZZI, *Dalla “contrapposizione” alla “armonizzazione”? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *federalismi.it*, 7/2022; A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. n. 1/2022*, cit.; F. FRACCHIA, *L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in *Il diritto dell’economia*, 1/2022.

³⁰ F. DE LEONARDIS, *L’ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, cit, 4-5; A. GUSMAI, *La tutela costituzionale dell’ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Diritto Pubblico Europeo e Rassegna online*, febbraio 2015, 20.

³¹ T. MARTINES, *L’ambiente come oggetto di diritti e di doveri*, in V. PEPE (a cura di), *Politica e legislazione ambientale*, Napoli, 1996, 25 ricorda come ad esempio per quanto riguarda paesaggio e beni culturali la semplice menzione in Costituzione tra i principi fondamentali non ha poi comportato una tutela più solida.

³² In questi termini L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?*, in *federalismi.it*, Paper del 23 giugno 2021.

esistenza: non servono a chiudere una volta per tutti gli accordi non completamente teorizzati alla base dei loro enunciati di principio, ma a tenerne aperte le diverse possibilità di discesa concettuale»³³.

Allora forse l'effettiva discesa concettuale, il portato concreto di una riforma da attuare «per politiche»³⁴ sembra risiedere nel nuovo terzo comma dell'art. 41 Cost.³⁵ che stabilisce un filtro cui adattare le politiche pubbliche del tutto conforme alla politica programmatica europea. Il fine ambientale diviene gerarchicamente superiore³⁶ ma non in maniera tirannica proprio perché non costituisce un diritto a sé stante o di per sé individuale: diviene un elemento con cui imprescindibilmente bisogna arrivare a compromesso, qualunque sia l'istanza in questione³⁷.

Ad ogni modo, la modifica di entrambi gli articoli risulta carente di una menzione specifica dei criteri cui conformare le politiche pubbliche ambientali, dei principi di azione di derivazione europea presenti nella legislazione ordinaria e acquisiti dalla giurisprudenza costituzionale (ad es. principio di precauzione, azione preventiva)³⁸.

Nonostante ciò, l'obiettivo che viene attribuito alla riforma è ambizioso: l'integrazione di un parametro di legittimità costituzionale innovativo per le politiche ambientali.

Ci si chiede, tuttavia, in che termini possa essere un nuovo parametro o quantomeno un rafforzamento di un parametro già esistente.

Un parametro costituzionale è un elemento di consistenza complessa, si riconosce come «costituzionale proprio in quanto non è... (solo) costituzionale»³⁹. La realtà fattuale ha una grande influenza, infatti, sugli esiti dell'utilizzo del parametro nel suo complesso. D'altronde il parametro, avendo una struttura e una funzione di per sé programmatiche raccoglie in sé tanti elementi eterogenei relativi all'esperienza. Tali elementi, frammentati e viventi, vengono orientati da un «elemento assiologico», un «criterio per la qualificazione e l'ordinazione dei materiali offerti dall'esperienza»⁴⁰ necessario per la risoluzione del giudizio di costituzionalità: il valore (che sia singolo o da considerarsi congiuntamente ad altri valori da bilanciarsi). Ed è proprio il valore che si modifica nel tempo, ben lungi dall'essere metastorico, a seconda delle contingenze e delle evoluzioni

³³ P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, 94.

³⁴ M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente*, cit., 306.

³⁵ «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

³⁶ L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, cit., 307 parla di una vera e propria «gerarchia» di lavori.

³⁷ M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*, 307, parla di «"precondizione" per la garanzia dei diritti (anche fondamentali) dell'individuo e degli interessi della collettività».

³⁸ I principi di precauzione, azione preventiva, correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente, «chi inquina paga» sono compresi nell'art. 3ter, rubricato *Principio dell'azione ambientale* del c.d. Codice dell'ambiente (d.lgs. n. 3 aprile 2006, n. 152).

³⁹ A. RUGGERI, *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, in ASSOCIAZIONE "GRUPPO DI PISA" - G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Atti del Seminario di Palermo 28-29 maggio 1998, 533.

⁴⁰ *Ivi*, 534.

dell’ordinamento nel suo complesso in un costante «rapporto di mutua alimentazione semantica»⁴¹ tra tutti gli elementi che compongono l’ordinamento.

Nel caso della tutela dell’ambiente non si può affermare che l’esplicitazione del principio in Costituzione abbia creato un nuovo parametro poiché il valore ambiente non è mutato, il criterio ordinatore della materia ambientale rimane quello enucleato nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale. Il parametro può dirsi, invece, rafforzato dall’esplicita menzione, in quanto quest’ultima – quale elemento fattuale e normativo – si aggiunge al novero di componenti del parametro della protezione dell’ambiente e dei diritti ad esso connessi.

D’altronde la materia ambientale sembra essere uno degli esempi più tangibili dell’importanza del “fatto” nella costruzione del parametro. I disastri climatici sono fatti evidenti, si pongono ontologicamente al di sopra dei bilanciamenti operabili nelle sovrastrutture ordinamentali. Quindi, è pur possibile considerare che l’esplicita menzione in costituzione si possa spingere fino a dare alla Corte Costituzionale l’indicazione di “sbilanciare i bilanciamenti” in favore di un parametro composto da un elemento fattuale e da un valore ordinatore così ingombranti.

Ad ogni modo, nella giurisprudenza costituzionale post-riforma i commi modificati non sono ancora mai stati utilizzati come parametro⁴². Ciò, potendo dipendere da molti fattori, non comporta necessariamente una conferma sulla scarsa utilità pratica della riforma ma lascia riflettere sul fatto che, come autorevolmente sostenuto in dottrina⁴³, potrebbe essere necessario trarre spunto dall’esperienza europea sulla necessaria adozione di una fonte sovra legislativa che si occupi effettivamente di orientare gli apparati pubblici⁴⁴.

4. La Charte de l’environnement e le sue conseguenze nella giurisprudenza costituzionale francese

⁴¹ A. RUGGERI, *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, cit., 537.

⁴² Ricognizione risalente al 28 agosto 2023. Da una consultazione delle decisioni della Corte in materia sul sito web della stessa rileva unicamente una pronuncia, la 115/2023 in cui si parla del carattere primario del bene ambientale *ex art. 9 Cost.* (quindi in termini potenzialmente conformi anche all’assetto ante riforma) ma che, ad ogni modo, non utilizza il comma novellato dell’art. 9 della Costituzione.

⁴³ M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente*, cit., 313; ID., *La produzione pubblica del diritto dell’ambiente: tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica*, in *DPCE online*, 3/2020, 3399 ss.

⁴⁴ «Al riguardo, sul piano sostanziale, vengono subito alla mente le formule dei trattati europei che individuano (ancorché limitandosi solo ad enunciarli) gli obiettivi, i principi e i parametri delle politiche ambientali; mentre, sul piano formale-procedimentale, non può non farsi riferimento a quegli specifici strumenti metodologici che, sempre nell’ambito dell’ordinamento sovranazionale, sono considerati addirittura indispensabili, in forza della loro particolare idoneità *ratione materiae*, per la elaborazione e la realizzazione in concreto delle politiche ambientali, quali in primis la programmazione strategica, la partecipazione pubblica estesa a tutti i soggetti potenzialmente interessati (indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica in termini formali) e la disciplina di procedimenti di produzione normativa ad hoc, ossia che risultino specificamente adeguati alle esigenze e ai caratteri del tutto peculiari della normazione nel campo della tutela dell’ambiente» (M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente*, cit., 313).

Prima della riforma che introdusse la Carta francese dell'ambiente del 2004⁴⁵, la strategia giurisprudenziale del *Conseil Constitutionnel* si concentrava sull'affermare la competenza legislativa esclusiva in materia ambientale. Tale posizione, se per il caso specifico scaturiva dalla necessità di consolidare una base più sicura alla materia sottraendola al potere regolamentare⁴⁶, ben rappresenta la tendenza del *Conseil* a non arrogarsi il tanto discusso potere creativo del giudice, soprattutto per una questione dai contorni di così difficile definizione. Difatti, il *Conseil* si era più volte rifiutato di riconoscere un diritto costituzionale all'ambiente in via giurisprudenziale⁴⁷.

Dunque, con legge costituzionale 1° marzo 2005, n. 2005-205 viene adottata la *Charte de l'environnement* del 2004 e viene inserito – con la legge medesima – il riferimento ai diritti e ai doveri della Carta proprio nel Preambolo della Costituzione francese del 1958⁴⁸. Viene introdotto, inoltre, nell'art. 34 Cost. fr. – relativo agli ambiti di competenza del legislatore – un quinto alinea sulla «*préservation de l'environnement*».

Benché, secondo alcuni, tale Carta *satellite*⁴⁹ nascesse perlopiù quale «*gadget politique*»⁵⁰, l'intento della legge di revisione sembrava essere quello di ricomporre le istanze della dottrina che sottolineava il carattere eccessivamente declaratorio e simbolico del diritto internazionale in materia e di altra dottrina che, invece, evidenziava l'eccessiva specificità delle norme di diritto interno⁵¹. L'effetto ricercato, ed effettivamente richiesto dal *Conseil Constitutionnel*, era quindi quello di garantire una più solida certezza del diritto e una concreta integrazione del parametro costituzionale.

⁴⁵ Sul quadro normativo in materia ambientale precedente alla riforma cfr. F. MELIN-SOUCRAMANIEN, J. PINI, *Constitution et droit de l'environnement*, juriclasseur, fasc. 152, 1997, n. 62.

⁴⁶ Con la decisione del 26 giugno 1969, DC 69-55L, il *Conseil* ha riconosciuto, nel caso di norme derogatorie al principio generale per cui il silenzio dell'amministrazione vale rigetto, la competenza esclusiva del legislatore stabilendo che il potere regolamentare non può introdurre autorizzazioni implicite in materia ambientale.

⁴⁷ *Conseil const.*, n. 90-277 DC, 25 luglio 1990 e n. 2001- 446 DC del 27 giugno 2001. Per la ricostruzione delle decisioni si cfr. F. MELIN-SOUCRAMANIEN, J. PINI, *Constitution et droit de l'environnement*, cit., nonché il Rapporto della deputata M.me Nathalie Kosciusko-Morizet, presentato a nome della *Commission de lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n. 992) relatif à la Charte de l'environnement* 12 maggio 2004.

⁴⁸ Già in precedenza (nel 1995 e nel 2000) erano stati fatti dei tentativi di costituzionalizzazione dell'ambiente in Francia, proponendo di inserire dopo il tredicesimo alinea del Preambolo del 1946 la menzione di «*un droit à un environnement équilibré et sain et le devoir de le défendre*» (J. UNTERMAIER, *Droit de l'homme à l'environnement et libertés publiques*, in *Revue juridique de l'Environnement*, 1978, 349 ss., Y. JEGOZO, *Quelques réflexions sur le projet de la Charte de l'environnement*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 15, dossier *Constitution et environnement*, Janvier 2004).

⁴⁹ F. JACQUELOT, *Lecture française de la revision constitutionnelle italienne en matière environnementale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2022, 159. Secondo M. PRIEUR, *La charte de l'environnement: droit dur ou gadget politique?*, in *Pouvoirs*, vol. 127, 4/2008, 56, questa autonomia formale della Carta poteva avere una serie di vantaggi: dava più risalto ai problemi ambientali; ne rendeva la modifica più autonoma e agevole; se per paradosso si fosse dovuta abrogare la Costituzione la Carta sarebbe rimasta valida; instaurava una dimensione nuova dei diritti fondamentali.

⁵⁰ M. PRIEUR, *La charte de l'environnement: droit dur ou gadget politique?*, cit., di diverso avviso, invece, J. UNTERMAIER, *Droit de l'homme à l'environnement et libertés publiques*, cit., 233 secondo il quale il compito di rimediare all'assenza di una base giuridica costituzionale in materia ambientale doveva essere proprio e unicamente del potere politico. Il legislatore costituzionale doveva, infatti, fissare i principi di indirizzo necessari per la frammentaria legislazione vigente.

⁵¹ J. UNTERMAIER, *Droit de l'homme à l'environnement et libertés publiques*, cit.

Gli esiti della riforma sono stati meno incisivi di quelli attesi. Il testo della Carta francese, a differenza di quello italiano, ha potuto avvalersi di forme di partecipazione esterne al Parlamento (commissioni di esperti, consultazioni pubbliche mediante questionari distribuiti sul territorio⁵²) che hanno portato ad un tenore più specifico dell'elaborato normativo. Difatti, nel testo sono stati inseriti alcuni principi di azione di derivazione europea quali il principio di precauzione, il principio di azione preventiva.

Ciononostante, la portata della Carta francese viene da alcuni definita «incerta»⁵³, da altri riconosciuta come prodromica alla nascita di un vero e proprio diritto fondamentale dell'uomo⁵⁴.

Altra dottrina costituzionalistica divide, invece, tra disposizioni unicamente dichiarative e, nel caso dello sviluppo sostenibile e della tutela delle future generazioni, obiettivi di valore costituzionale per il legislatore⁵⁵.

Gli obiettivi di valore costituzionale, secondo una ricostruzione forse maggioritaria, sono una categoria enunciata per la prima volta nella decisione n. 82-141 DC del 27 luglio 1982 del *Conseil Constitutionnel*: non rappresentano direttamente diritti o libertà costituzionali ma sono strumenti (norme specifiche o principi enucleabili da una lettura deduttiva a posteriori del testo costituzionale) rivolti al legislatore che ne inquadrano l'attività normativa individuando interessi costituzionalmente meritevoli e permettendo, dunque, al legislatore stesso di giustificare la limitazione o l'intensificazione della tutela rispetto ad altri diritti e libertà costituzionali⁵⁶.

In effetti, il *Conseil* con la pronuncia n. 2005-514 DC del 28 aprile 2005 determina che, in materia ambientale e più specificamente in relazione all'art. 6 della Carta

⁵² A.O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE online*, Saggi – 4/2021, 3404, ricostruisce il lavoro della Commissione Coppens occupatasi dell'elaborazione del testo. Sul punto si cfr. anche Y. JEGOUZO, *La genèse de la Charte constitutionnelle de l'environnement*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 2003, 23-24, parte del numero speciale 2003, *La charte constitutionnelle en débat*.

⁵³ A. CAPITANI, *La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 63, 3/2005, 506 ss.

⁵⁴ M.A. COHENDET, *La Charte et le Conseil constitutionnel: point de vue*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2005. *La charte constitutionnelle de l'environnement*, 112.

⁵⁵ B. MATHIEU, *Observation sur la portée normative de la Charte de l'environnement*, in *Cahier du Conseil Constitutionnel* n. 15, dossier *Constitution et environnement*, 2004.

⁵⁶ «Les objectifs sont le prolongement de textes initiaux en ramifications jurisprudentielles implicites» (B. FAURE, *Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 21/1995, 57). Per un approfondimento su questa categoria pretoria si vedano *ex multis*: P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Parigi, 2006; B. MATHIEU, *La Charte et le Conseil constitutionnel: point de vue*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2005. *La charte constitutionnelle de l'environnement*, 131-136; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, X ed., Paris, 2013, 105-106. V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, 2004, 515; F. LUCHAIRE, *Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 4/2005, 675 ss.; N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, 1997, 39; H. ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, V ed., Paris, 2004, 82 ss.; A. LEVADE, *L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable*, in AA.VV., *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, 2003, 688 ss.; GIU. SERGES, *Il diritto alla salute nell'ordinamento costituzionale francese. Una rassegna della giurisprudenza del Conseil constitutionnel*, in C. COLAPIETRO, M. ATRIPALDI, G. FARES, A. IANNUZZI (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità. Esperienze a confronto*, Napoli, 2018, 93-134.

dell’ambiente sullo sviluppo sostenibile, sia compito del legislatore individuare un principio di «*conciliation*» nonché le modalità di attuazione di tali disposizioni.

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale in materia è esitante e poco costante⁵⁷, non riesce a garantire al legislatore un solido armamentario concettuale che possa garantire una concretizzazione dei principi enunciati nella Carta⁵⁸.

Infatti, in una pronuncia del 2013⁵⁹ i giudici costituzionali hanno sottolineato che l’art. 7 della *Charte* – sulla partecipazione alle decisioni pubbliche relative all’ambiente (così come altri articoli specifici indicati nella decisione) – introduce diritti e libertà garantiti dalla Costituzione *ex art. 61-1 Cost. fr.*, invocabili dunque come parametro di una questione prioritaria di costituzionalità (QPC).

In una decisione del 2014⁶⁰, invece, il *Conseil* aveva ritenuto che – nonostante fosse da riconoscere il valore costituzionale dei primi alinea della Carta – in realtà non fossero desumibili dagli stessi diritti o libertà garantiti e invocabili in una QPC.

Nel 2016⁶¹, nella pronuncia riguardante l’utilizzo di prodotti fitofarmaceutici, il Consiglio ritorna a parlare di *obiettivo di interesse generale alla protezione dell’ambiente* così come di un *obiettivo di valore costituzionale di protezione della salute pubblica*.

È poi con la pronuncia 2019-823⁶² che la protezione dell’ambiente viene effettivamente riconosciuta quale patrimonio comune degli esseri umani e «*objectif de valeur constitutionnel*»: l’ambiente viene inteso, dunque, come interesse di rilievo costituzionale (facendo ingresso nel *bloc de constitutionnalité*) che non può dare origine a situazioni soggettive senza intermediazione legislativa. Ovverosia, con una terminologia più significativa per il diritto italiano, una norma non immediatamente precettiva. La decisione viene considerata un nuovo passo nel dibattito sulla natura dei principi della Carta e porta con sé la speranza che possa essere l’inizio di un nuovo dialogo con il legislatore: il rafforzamento del parametro costituzionale produrrà effetti sulle leggi future.

Ci si chiede, tuttavia, di che tipo di parametro si tratti. Tanto più che, paradossalmente, il dibattito dottrinale sull’adattamento del processo costituzionale alla disciplina sulla tutela dell’ambiente sembra essere piuttosto scarso⁶³.

Attualmente, l’obiettivo di valore costituzionale così (vagamente) delineato è stato utilizzato come parametro negativo per il legislatore, servendo a riconoscere

⁵⁷ In questo senso M. TORRE-SCHAUB, *Protection de l’environnement -La préservation de l’environnement, un intérêt fondamental pour la Nation – Commentaire*, Document: *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n. 3, Mars 2020, comm. 11, 1.

⁵⁸ F. JACQUELOT, *Lecture française de la revision constitutionnelle italienne en matière environnementale*, cit., 165.

⁵⁹ *Conseil const.*, n. 2013-346 DC, 11 ottobre 2013.

⁶⁰ *Conseil const.*, n. 2014-394 DC, 7 maggio 2014.

⁶¹ *Conseil const.*, n. 2016-737 DC, 4 agosto 2016.

⁶² *Conseil const.*, n. 2019-823 DC, 31 gennaio 2020.

⁶³ L. GAY, *Défendre l’environnement devant le Conseil constitutionnel. Quelle procédure pour servir la Charte de l’environnement?*, in M. HAUTEREAU-BOUTONNET, È. TRUILHE (sous la dir.), *Procès et environnement: quelles actions en justice pour l’environnement?*, 2020, 120, sottolinea che, ad esempio non risulta alcun contributo dedicato al giudice costituzionale negli atti del convegno della SFDE del 2015: J. BETAÏLLE(dir.), *Le droit d’accès à la justice en matière d’environnement*, Presses de l’Université Toulouse I Capitole, 2016, 389.

l'incostituzionalità di norme che lo violavano. Per parte della dottrina⁶⁴, dunque, tale natura risulta limitante, non potendo l'obiettivo tradursi in un vero e proprio parametro invocabile in una questione prioritaria di costituzionalità fin quando il *Conseil* non muterà orientamento identificando diritti costituzionali soggettivi⁶⁵. L'obiettivo si troverebbe dunque nel *bloc de constitutionnalité* ma con un'efficacia diversa dalle altre norme in esso comprese, differendo – peraltro – anche nella forma di accesso al giudizio di costituzionalità. Un'associazione ambientalista, ad esempio, non potrebbe sollecitare una QPC nel caso in cui alcune disposizioni di legge violino la protezione ambientale in favore dell'attività di impresa privata⁶⁶.

È stato ipotizzato che tale limitazione delle garanzie di tutela dell'ambiente sia dovuta alla conformazione stessa di una Carta che non si trova effettivamente nel testo delle Costituzioni⁶⁷. Sono stati valutati, quindi, alcuni progetti di revisione costituzionale volti ad inserire l'ambiente nel *corpus* della Costituzione francese, così da riportare il tema al centro delle istanze nazionali. Tuttavia, nessuna delle proposte è poi mai arrivata a conclusione⁶⁸.

Difatti, nonostante il maggiore dettaglio della *Charte*, gli esiti delle riforme costituzionali italiana e francese appaiono simili. Sembra attestarsi un principio generale di rango costituzionale ad una generica protezione dell'ambiente, cui in parte i giudici costituzionali e in parte il legislatore dovranno garantire un contenuto idoneo a rappresentare *fatti* così concreti.

Di certo, per quanto attiene alla Corte costituzionale, l'intraprendenza dimostrata negli anni, anche proprio con riferimento al diritto all'ambiente, sembra rendere verosimile l'attesa di risultati più incisivi (se paragonata al ruolo più moderato del *Conseil Constitutionnel*). In passato, infatti, il nostro giudice delle leggi ha manifestato una certa

⁶⁴ S. DOUTEAUD, *La Charte de l'environnement entre promesses et déceptions*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 123/2020, 687- 688; J. BONNET, P.Y. GAHDOUN, *La recevabilité de la QPC, Que sais-je?*, 2014, 48-49; B. MATHIEU, *Observation sur la portée normative de la Charte de l'environnement*, cit.

⁶⁵ M. PRIEUR, *La charte de l'environnement: droit dur ou gadget politique?*, cit., 62, si era già spinto a dire che «*refuser de voir dans le droit à l'environnement les caractères d'un droit subjectif, c'est refuser de donner à ce droit une effectivité et le condamner à l'inexistence*». Secondo l'A. al legislatore vengono forniti non obiettivi ma prerogative individuali.

⁶⁶ Esempio riportato e approfondito in V. CHAMPEIL-DESPLATS, *La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle: vers une invocabilité asymétrique de certain normes constitutionnelles?*, in *La Revue des droits de l'homme-Actualités Droits-Libertés*, 6 novembre 2020 (ricostruzione riportata, inoltre, in A.O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, cit.)

⁶⁷ F. JACQUELOT, *Lecture française de la revision constitutionnelle italienne en matière environnementale*, cit., 159.

⁶⁸ C. COUNIL, *Enjeux et limites de la Charte de l'environnement face à l'urgence climatique*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 122/2020, 345-368, analizza nel dettaglio le diverse proposte di iniziativa governativa e popolare susseguitesi dal 2015 in poi. L'ultimo tentativo risale al 20 gennaio 2021, occasione in cui il Governo ha presentato all'Assemblea nazionale un progetto di legge costituzionale in cui si riportavano sostanzialmente le linee guida del rapporto della *Convention citoyenne pour le climat* e si proponeva l'aggiunta di un terzo alinea all'art. 1 Cost. fr., secondo cui «*La République garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique*». Ciò, come si legge nella motivazione del progetto di legge costituzionale per «*placer l'environnement au coeur des autres principes constitutionnellement garantis*». Tuttavia. Le Camere non hanno trovato un accordo sull'approvazione del testo e il 6 luglio 2021 il Primo ministro ne ha annunciato l'abbandono (F. JACQUELOT, *Lecture française de la revision constitutionnelle italienne en matière environnementale*, cit., 160 per una ricostruzione maggiormente di dettaglio dei progetti di legge).

predisposizione a “concretizzare” norme che sembravano soltanto programmatiche. L’intervento di revisione costituzionale in questione potrebbe allora – un po’ paradossalmente – aver valorizzato la funzione creatrice della Corte costituzionale, che ora si trova a dover dare sostanza al rinnovato principio costituzionale.

Se, tuttavia, la Corte vorrà muoversi in questa direzione, dovrà adeguatamente tenere conto non solo della connotazione del diritto all’ambiente come da essa stessa enucleato interpretativamente negli anni, ma anche della portata del rinnovato diritto, non trascurando le intenzioni del legislatore modellatesi sulle tendenze europee e internazionali⁶⁹.

Tra gli altri profili di rilievo, per giunta, emerge anche l’inserimento del pur fumoso riferimento alle *future generazioni*, che quasi sembra esprimere un suggerimento rivolto all’interprete (quasi un “monito” al contrario): occorre non sottovalutare il momento storico-politico, che richiede di far emergere altre possibili dimensioni soggettive della tutela dell’ambiente, che vadano oltre l’accorpamento al diritto alla salute.

Il noto rischio da scongiurare, impostando dunque un ragionamento che tenga conto di tutti i nuovi spunti per quanto non immediatamente incisivi, è che i diritti enucleati a partire dal principio della tutela dell’ambiente si attestino sul piano del mero riconoscimento formale, quale semplice risposta “garantista” all’inerzia del potere pubblico a livello nazionale, europeo e globale.

⁶⁹ F. JACQUELOT, *Lecture française de la revision constitutionnelle italienne en matière environnementale*, cit., 165 parla di una «*dynamique universalisante de protection des droits environnementaux*» in cui l’Italia si sarebbe inserita grazie al tipo di riforma adottata.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LE RÔLE LIMITÉ DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN MATIÈRE DE «
CONSTITUTIONNALISME VERT » DANS L'INDIANOCÉANIE

MATHIEU CARNIAMA

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Les lacunes de la justice constitutionnelle en matière de constitutionnalisme vert. – 2.1. L'existence de normes de référence. – 2.2. L'absence de mobilisation des normes de référence par les « cours constitutionnelles ». – 3. Les justifications aux lacunes de la justice constitutionnalisme en matière de constitutionnalisme vert. – 3.1. Les justifications techniques. – 3.2 Les justifications idéologiques.

1. Introduction

Le « constitutionnalisme vert »¹ est un concept juridique issu de l'Amérique latine². Il traduit un mouvement constitutionnel tendant à une prise en compte des considérations environnementales et/ou écologiques dans et par la norme fondamentale par l'insertion de dispositions textuelles expresses et/ou par le volontarisme de la justice constitutionnelle³.

Ce mouvement est récent. Il date d'une cinquantaine d'années. Mais, il fut fulgurant. Aujourd'hui, près de 78 % des constitutions comporteraient des dispositions

¹ L'expression « Constitution écologique » est aussi retenue : L. FONBAUSTIER, *L'environnement chuchote à l'oreille des systèmes juridiques. Considérations provisoires sur les enjeux, les conditions et les limites d'une "Constitution écologique"*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2/2020, 369 s.

² R. BRANES BALLESTEROS, *Tres décadas de evolución del derecho ambiental y su aplicación en América Latina*, in *Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental*, 2001, Chile, 94.

³ Voir en ce sens : M.-H. COHENDET (dir.), *Droit constitutionnel de l'environnement*, Paris, 2021

relatives à la protection de l'environnement⁴. Cette forme de globalisation du droit constitutionnel de l'environnement traduirait l'existence d'une conscience mondiale commune⁵.

Si les facteurs de ce développement sont variés, deux intéressent directement notre étude. Comme en témoignent les rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat ou les Conférences des Parties sur l'environnement, les préoccupations écologiques revêtent une dimension internationale. Pour autant, le droit international ne paraît pas être un vecteur suffisant eu égard à ses déficits d'effectivité et d'efficacité.

La constitutionnalisation du droit de l'environnement, à l'échelle globale, vise à neutraliser ces lacunes. En « nationalisant » les préoccupations environnementales au sein de la norme fondamentale, les États leur confèrent une dimension hautement symbolique⁶. Eu égard, à la place de la Constitution au sein de la hiérarchie des normes, ils leur confèrent une primauté et une effectivité, *a priori*, incontestables⁷.

La doctrine est désormais rompue aux études comparatives relatives au constitutionnalisme vert⁸. Toutefois, des *terra incognita* demeurent. Ces angles morts juridiques peuvent se justifier. Il peut s'agir d'États ou de territoires qui se caractérisent par une faible démographie, une économie en développement et surtout une faible visibilité sur la scène internationale. Leur impact environnemental serait, en outre, sans commune mesure avec celui d'autres États. L'*Indianocéanie*, pour ces raisons, fait partie de ces *terra incognita* du constitutionnalisme vert.

L'*Indianocéanie* est un néologisme créé par l'écrivain mauricien Camille de Rauville⁹. Institutionnellement, l'*Indianocéanie*, trouve une résonance au sein de la Commission de l'Océan Indien (COI). Ce concept géopolitique¹⁰ désigne cinq États de la zone sud-ouest de l'océan Indien : l'Union des Comores, Madagascar, Maurice, Les Seychelles et la France au titre de La Réunion et de Mayotte.

Cette diversité d'États implique *a priori* une diversité d'ordres juridiques et de modèles de justice constitutionnelle. De fait, adopter une démarche comparative se heurterait à un certain nombre d'écueils méthodologiques : ne faut-il pas comparer ce qui est comparable ?

La justification d'une analyse comparée dans cette zone du globe est avant tout pragmatique. Le lien qui unit l'ensemble de ces ordres juridiques trouve son fondement dans la définition même de l'*indianocéanisme* : « Sous ce néologisme, j'ai présenté ces parentés de sensibilité, de mœurs, de tendances dont les racines sont sous-jacentes à la

⁴ M.-H. COHENDET, M. FLEURY, *Droit constitutionnel et droit international de l'environnement*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2/2020, 271 s.

⁵ E. DALY, J. MAY (dir.) *Implementing Environmental Constitutionalism. Current Global Challenges*, Cambridge, 2018.

⁶ B. LACROIX, *Les fonctions symboliques des constitutions : bilan et perspectives*, in J.-L. SEUIL (dir.) *Le constitutionnalisme d'aujourd'hui*, Paris, 1984, 186 s.

⁷ Dans le même F. OST, *Un environnement de qualité : droit individuel ou responsabilité collective ?*, in *L'actualité du droit de l'environnement*, Bruxelles, 1995, 23 s.

⁸ Voir par exemple : *Constitution et environnement. XXXVe Table ronde internationale des 6 et 7 septembre 2019*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 35-2019, 2020, 83 s.

⁹ J.-M. JAUZE (dir.), *Définis-moi l'Indianocéanie*, La Réunion, 2019.

¹⁰ Y. COMBEAU, *Océan Indien et Indianocéanie*, in *Outre-mers*, 2019, 3 s.

vie de l'âme, à la communauté des peuples vivant géographiquement côte à côte ou s'amalgamant au cours de leur vie en commun : des Mascareignes, de Madagascar les ramifications s'étendant à travers tout l'océan Indien»¹¹. En d'autres termes, les territoires de la zone sud-ouest de l'océan Indien se caractérisent par une proximité sociogéographique et par leur caractère insulaire.

Par ailleurs, trois de ces territoires font partie de la liste des petits États insulaires en développement : l'Union des Comores, Maurice et les Seychelles. À ce titre, ils font face à des défis communs en matière de développement durable et sont notamment vulnérables à la perte de la biodiversité, aux catastrophes naturelles et aux changements climatiques. En somme, ces États ne peuvent ignorer les préoccupations environnementales¹². Bien que ne faisant pas partie de cette liste, Madagascar et la France (au titre de La Réunion et de Mayotte) sont soumis à ces mêmes défis¹³.

L'intérêt d'une analyse comparée dans cette zone du globe a trait à l'importance des cours constitutionnelles en matière de reconnaissance et de garanties des droits fondamentaux. Ainsi, que le soulignait le Doyen Favoreu, l'érection d'une cour constitutionnelle sert à parachever l'État de droit. Elle garantit la séparation des pouvoirs et la protection des droits et libertés fondamentaux des individus. À l'exception de la France, ces États sont « jeunes ». De fait, l'effectivité de la justice constitutionnelle se pose avec une certaine acuité, *a fortiori* lorsqu'il s'agira de garantir un droit aussi récent que la protection de l'environnement.

La méthode retenue consiste à étudier la justice constitutionnelle dans la zone sud-ouest de l'océan Indien. Plus spécifiquement, le propos s'attardera sur le contrôle de constitutionnalité des lois. En dépit d'une multitude de traditions juridiques (anglo-saxonne ou française) et d'une forme de métissage juridique, la justice constitutionnelle dans ces États s'exerce, essentiellement, par une juridiction *ad hoc*. Elle invite également à adopter une perspective postcoloniale eu égard à l'histoire de ces territoires¹⁴.

- S'agissant des Seychelles, il existe une *Constitutional court*, formation spécifique de la Cour suprême, chargée en vertu des articles 129 et suivants de la Constitution de statuer sur les « affaires constitutionnelles » par voie d'action. Une forme de recours *Amparo* est envisagée à l'article 46 de la Constitution. Il n'existe pas de contrôle *a priori* des lois conformément à la tradition anglo-saxonne.
- De même, s'agissant de Maurice, et eu égard à la tradition anglo-saxonne, le contrôle *a priori* des lois n'existe pas. L'article 17 de la Constitution institue une forme de recours *Amparo*. Les articles 83 et 84 de la Constitution posent des recours par voie d'action et par voie d'exception qui s'exercent devant la *Cour suprême*.

¹¹ *Ibid.*

¹² T. Aoustin, M. Maisonneuve, E. Naim-Gesbert (dir.), *La protection de la biodiversité outre-mer*, Aix-Marseille, 2012.

¹³ E. Naim-Gesbert, L. Peyen, R. Radiguet (dir.), *Figures de la préservation de l'environnement outre-mer*, Aix-Marseille, 2015; Dossier : *Justice climatique : perspectives des îles de l'océan Indien*, in *Revue juridique de l'océan Indien*, 2021.

¹⁴ Voir en ce sens : M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, 2021.

- S'agissant de Madagascar, il existe une *Haute cour constitutionnelle*, dont la compétence est prévue par les articles 116 et suivants de la Constitution. Le contrôle de la loi peut être *a priori* ou *a posteriori*, au titre de l'exception d'inconstitutionnalité.
- S'agissant des Comores, la Constitution de 2018 a supprimé la *Cour constitutionnelle*. La Constitution précédente de 2001, avait créé un contrôle *a priori* et *a posteriori* par voie d'action ou d'exception de la loi.
- S'agissant de la France (La Réunion - Mayotte), le *Conseil constitutionnel* est chargé du contrôle *a priori* et *a posteriori* (par voie d'exception) de la constitutionnalité des lois en vertu des articles 61 et suivants de la Constitution.

La thèse défendue s'inscrit à rebours d'un bilan : celui du développement globalisé du constitutionnalisme vert¹⁵. Même si les préoccupations environnementales ne sont pas ignorées¹⁶, dans l'*Indianocéanie*, la justice constitutionnelle peine à consacrer et à réaliser le constitutionnalisme vert. En d'autres termes, la présente contribution interroge les lacunes de la justice constitutionnelle en matière de constitutionnalisme vert. D'une part, il s'agira d'exposer le constat d'une justice constitutionnelle timorée en matière de constitutionnalisme vert dans l'*Indiaocéanie* (I). D'autre part, il conviendra d'analyser les raisons de cette attitude de *self restraint* (II).

2. Les lacunes de la justice constitutionnelle en matière de constitutionnalisme vert

De prime abord, dans les États analysés, les « cours constitutionnelles » n'ont pas, à l'exception de Maurice, à « créer » ou à « consacrer » des droits constitutionnels relatifs à la protection de l'environnement. En effet, celles-là peuvent fonder leur contrôle sur les dispositions écrites au sein de leurs Constitutions respectives (A).

Nonobstant ces fondements textuels, les « cours constitutionnelles » de la zone sud-ouest de l'océan Indien n'ont pas mobilisé les dispositions constitutionnelles environnementales (B).

2.1. L'existence de normes de référence

S'agissant de Madagascar, la Constitution du 11 décembre 2010 dispose à l'article 37, par exemple, que « L'État garantit la liberté d'entreprise dans la limite du respect de (...) l'environnement ». À cette disposition matérielle, s'ajoutent des dispositions procédurales relatives à la division du pouvoir, dans sa dimension horizontale, destinées à identifier les compétences des pouvoirs exécutifs et législatifs¹⁷ et des dispositions relatives à la division du pouvoir, dans sa dimension verticale,

¹⁵ L. BURGOGUE-LARSEN, *La protection constitutionnelle de l'environnement en droit comparé*, in *Environnement*, 2012, 59 s.

¹⁶ J. COLOM, *La protection de l'environnement à Madagascar, à Maurice, aux Comores et aux Seychelles*, in *Annuaire des pays de l'océan Indien*, 1986, 65 s.

¹⁷ S'agissant du pouvoir exécutif : article 56 al. 4. S'agissant du pouvoir législatif : article 91 al. 1^{er} et 95 II 6^o).

destinées à identifier les compétences des pouvoirs locaux en matière environnementale¹⁸. Surtout, le préambule dispose que

« Considérant que l'épanouissement de la personnalité et de l'identité de tout Malagasy, est le facteur essentiel du développement durable et intégré dont les conditions sont, notamment (...) la gestion rationnelle et équitable des ressources naturelles pour les besoins du développement de l'être humain ».

Cette approche procédurale – au sein du corps du texte de la Constitution (article 34 de la Constitution) – et matérielle – au sein du Préambule (Charte de l'environnement de 2004) – du constitutionnalisme vert fait écho au « modèle » français, s'agissant de La Réunion ou de Mayotte.

S'agissant des Seychelles, la Constitution du 8 juin 1993 dispose notamment au titre des droits et libertés fondamentaux que

« L'État reconnaît le droit de toute personne de vivre dans un environnement propre, sain et équilibré, et, en vue d'assurer la mise en œuvre de ce droit, il s'engage : a. à prendre des mesures favorisant la protection, la conservation et l'amélioration de l'environnement ; b. à assurer un développement socio-économique durable des Seychelles par une utilisation et une gestion éclairées des ressources du pays ; c. à sensibiliser le public au besoin de protéger, de conserver et d'améliorer l'environnement ».

Au titre des *devoirs*, l'article 40 dispose que « Chaque citoyen des Seychelles a le devoir (...) de protéger, de conserver et d'améliorer l'environnement ».

S'agissant des Comores, la Constitution de 2018 envisage le constitutionnalisme vert au titre des articles 8 et 43 de la Constitution. Celle de 2001, proclamait dans son Préambule « le droit à un environnement sain et le devoir de tous à sauvegarder cet environnement ».

En dépit des normes de référence existantes, les « cours constitutionnelles » n'ont jamais entendu les mobiliser.

2.2 L'absence de mobilisation des normes de référence par les « cours constitutionnelles »

D'emblée, une exception mérite d'être mise en valeur. La *Cour suprême* de Maurice a su proposer une lecture volontariste du droit à la vie afin de garantir une protection constitutionnelle de l'environnement¹⁹, à défaut de disposer de normes formelles au sein de la Constitution. De même, sur le fondement du droit de propriété, elle a su garantir un droit à un environnement sain contre les nuisances²⁰. Par ailleurs, la République de

¹⁸ Article 141 : « Les collectivités territoriales décentralisées assurent, avec le concours de l'État (...), la préservation de l'environnement (...) ». Voir également les articles 149 et 152.

¹⁹ *L. Ramdhony v. The Municipal Council of Vacoas-Phoenix*, 1995, SCJ 275/1995 MR 103.

²⁰ *Ramgouty v. Hanumandhadu*, 1981, MR 340 ; *Hermic Limited v. Cie des Magasins Populaires Limitée and Anor*, 1981, SCJ 162 ; *L. Ramdhony v. The Municipal Council of Vacoas Phoenix*, 1995, SCJ 275 ; *Hossenkhan H v. Aubeeluck F & Ors*, 2011, SCJ 436A / SCR 58332 ; *Basalt Products Ltd v. Beau Songe Development Ltd & Anor*, 2012, SCJ 295/SN 1492/11 ; *Ricot JM v. Mauriplage Beach Resort Ltd*, 2004,

Maurice a créé un tribunal : *the Environment and Law Use Appeal Tribunal* spécialisé dans la protection de l’environnement et qui a su appliquer les grands principes du droit de l’environnement issus des traités internationaux²¹.

La *Haute cour constitutionnelle* de Madagascar n’a de son côté jamais mobilisé les dispositions relatives à la protection de l’environnement dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité de la loi²². L’exemple le plus topique a trait au contrôle de la loi relative à la Charte de l’environnement. Dans sa décision de conformité de 2015, la *Haute cour constitutionnelle* n’opère qu’un contrôle restreint limité aux vices de compétences. Aussi, affirme-t-elle que « la Loi soumise au contrôle de constitutionnalité relève du domaine législatif en vertu des articles 95 et 117 de la Constitution »²³. Ce contrôle formel témoigne de l’excessive prudence de la justice constitutionnelle malgache. Celle-ci refuse, de manière constante, de garantir l’effectivité des dispositions environnementales substantielles contenues dans la Constitution²⁴, parfois au profit d’autres normes constitutionnelles²⁵ ou encore au profit de conventions internationales²⁶.

Cette mobilisation limitée des dispositions constitutionnelles relatives à la protection de l’environnement se retrouve également dans la politique jurisprudentielle suivie par l’ancienne *Cour constitutionnelle* des Comores, sous l’empire de la Constitution de 2001. Alors même que les espèces s’y prêtaient, la Cour a préféré limiter son contrôle à un examen des vices de compétences²⁷.

S’agissant de La Réunion et de Mayotte, le *Conseil constitutionnel* n’a jamais entendu effectuer un contrôle spécifique – eu égard à leur situation statutaire dans l’ordre juridique français – des lois relatives à la protection de l’environnement²⁸.

SCJ 329. Voir également en ce sens : B. GRIMONPREZ, *La fonction environnementale de la propriété*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, 1.

²¹ J. COLOM, S. ROHLFING-DIJOUX, G. SCHULZE (dir.), *The 50th Anniversary of Mauritius. Constitutional Development*, Allemagne, 2019 ; R. P. GUNPUTH, *Les droits de l’homme dans la justice constitutionnelle de Maurice*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2021/4, 231.

²² I. RANDRIANADRASANA, *La protection constitutionnelle de l’environnement à Madagascar*, in *Revue juridique de l’environnement*, 2016, 122 s.

²³ Décision n° 13-HCC/D3 du 11 février 2015 concernant la Loi n° 2015-003 portant Charte de l’Environnement Malagasy actualisée.

²⁴ Voir en ce sens : Décision n°21-HCC/D3 ; Décision n°06-HCC/D3 ; Décision n°08-HCC/D3 ; Décision n°17-HCC/D3 ; Décision n°16-HCC/D3 ; Décision n°14-HCC/D3 ; Décision n°24-HCC/D3 ; Décision n°23-HCC/D3 ; Décision n°03-HCC/D3 ; Décision n°19-HCC/D3 ; Décision n°13-HCC/D3 ; Décision n° 05-HCC/D3 ; Décision n° 02-HCC/D3 ; Décision n° 03-HCC/D3 ; Décision n°26-HCC/D3 ; Décision n°16-HCC/D3 ; Décision n° 07-HCC/D3 ; Décision n° 05-HCC/D3 ; Décision n°14-HCC/D3 ; Décision n°12-HCC/D3 ; Décision n° 13-HCC/D3 ; Décision n° 11-HCC/D3 ; Décision n°01-HCC/D3 ; Décision n°32- HCC/D3 ; Décision n°09-HCC/D3 ; Décision n°4-HCC/D3 ; Décision n°15-HCC/D3.

²⁵ Contrôle au regard du principe de la libre concurrence : Décision n° 04-HCC/D3 du 9 juillet 2010 concernant une ordonnance modifiant certaines dispositions de la loi n° 99-010 du 17 avril 1999, modifiée par la loi n° 2004-003 du 24 juin 2004 régissant les activités du secteur pétrolier aval. Contrôle au regard du droit de propriété : Décision n°25-HCC/D3 du 02 juillet 2015 concernant la loi n° 2015-013 portant transfert des terres ayant appartenu aux colons au profit des citoyens malagasy.

²⁶ Contrôle au regard de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer : Décision n°31-HCC/D3 du 14 décembre 2018 portant sur la loi organique n° 2018-025 relative aux zones maritimes de l’espace maritime sous la juridiction de la République de Madagascar.

²⁷ Arrêt n° 05-2022 / CC ; Arrêt n° 08-2017 / CC ; Arrêt n° 05-2015 / CC ; Arrêt n° 08-2012 / CC ; Arrêt n°12-2007/CC.

²⁸ Voir en ce sens : E. NAIM-GESBERT, F. SAUVAGEOT, *Collectivités d’outre-mer et environnement*, *JurisClasseur Environnement et développement durable*, Fasc. 4750 ; L. STAHL, *La protection de la*

Au terme du premier temps de l'analyse, il convient de souligner qu'en dépit de la disparité des ordres juridiques envisagés, il existe des similitudes. Les premières concernent l'existence d'un constitutionnalisme vert consacré par les Constitutions. Les secondes concernent le refus des « cours constitutionnelles », de la zone étudiée, de réaliser ce constitutionnalisme vert. Ces mêmes conséquences ont-elles pour autant les mêmes causes ?

3. Les justifications aux lacunes de la justice constitutionnelle en matière de constitutionnalisme vert

Il nous semble que les lacunes de la justice constitutionnelle en matière de constitutionnalisme vert dans l'*Indiaocéanie* peuvent trouver deux justifications. Les unes sont d'ordre technique (A). Les autres sont d'ordre idéologique (B).

3.1. Les justifications techniques

Trois justifications d'ordre technique paraissent déterminantes afin de justifier l'attitude des « cours constitutionnelles » à l'égard du constitutionnalisme vert.

Les unes concernent les lacunes déontiques de la norme constitutionnelle. En effet, certaines dispositions relatives à la protection de l'environnement dans les Constitutions analysées paraissent floues et/ou imprécises. À ce titre, elles ne semblent pas bénéficier de l'effet direct ou ne paraissent pas directement invocables devant le juge constitutionnel. Ces lacunes déontiques des dispositions constitutionnelles relatives à la protection de l'environnement propres aux normes à texture ouverte sont également vérifiables dans l'ordre juridique français. Les autres concernent le défaut quantitatif de loi relative à la protection de l'environnement dans cette zone que les « cours constitutionnelles » pourraient contrôler.

Les dernières ont trait à la structuration du contentieux constitutionnelle. Par exemple, la *Cour constitutionnelle* des Comores a essentiellement eu à connaître de litiges de nature politique. La *Cour constitutionnelle* des Seychelles, la *Haute cour constitutionnelle* de Madagascar ou la *Cour Suprême* de Maurice ont essentiellement eu à trancher des litiges portant sur les droits civils et politiques : tels que le principe d'égalité, le droit au procès équitable, les droits de la défense, la liberté d'expression, le droit de propriété, la séparation des pouvoirs. Par ailleurs, lorsque sont en cause des droits liés à la protection de l'environnement, les justiciables préfèrent encore faire valoir le droit de propriété ou le droit à la santé. La protection constitutionnelle de l'environnement dans ces territoires n'est pas encore devenue un contentieux stratégique²⁹.

nature et de la biodiversité écologique dans les collectivités françaises d'outre-mer, Thèse dactyl., Univ. Lyon 3, 2009.

²⁹ Voir en ce sens : C. BOYER-CAPELLE, E. CHEVALIER (dir.), *Contentieux stratégiques. Un sujet et des problématiques juridiques d'actualité. Approches sectorielles*, Paris, 2021.

Aux côtés de ces justifications d'ordre technique, le refus de réaliser le constitutionnalisme vert par les « cours constitutionnelles » de l'*Indianocéanie* pourrait trouver ces origines dans des préoccupations idéologiques.

3.2. Les justifications idéologiques

L'un des biais du droit comparé consiste à analyser les systèmes juridiques au prisme de l'ordre juridique duquel le comparatiste est issu. Ce biais peut conduire à une « occidentalisation » du Droit à rebours des traditions des systèmes juridiques observés³⁰. Cet écueil est d'autant plus risqué dans l'*Indianocéanie*. Les Seychelles et Maurice possèdent une tradition anglo-saxonne. Madagascar et Les Comores ont une tradition française.

Mais au-delà de ces traditions, l'ensemble des territoires envisagés ont en commun un passé colonial, encore récent. De fait, la comparaison ne peut faire l'économie des perspectives postcoloniales qu'implique le constitutionnalisme vert. Par exemple, il est plus aisé de comprendre l'attitude des « cours constitutionnelles » des Seychelles et de Maurice à l'égard du constitutionnalisme vert lorsque l'on rappelle la tradition anglo-saxonne, par principe hostile, à la consécration des droits fondamentaux de deuxième et troisième génération³¹.

En outre, les stigmates du passé colonial peuvent expliquer la réticence des juges constitutionnels à garantir le constitutionnalisme vert. Par exemple, les Comores ou même Madagascar restent soumis à des crises politiques durables et à de longues transitions constitutionnelles. Par ailleurs, l'ensemble des territoires de la zone ont un développement économique limité. À l'exception de Mayotte et de La Réunion, sous giron français, et de Madagascar – qui n'est pas un petit État – les Seychelles, Maurice et les Comores font partie de la liste des petits États insulaires en développement. De fait, pour les citoyens de la zone, il s'agit avant tout de garantir les droits civils et politiques tels que l'égalité. En ce sens, la sédimentation des droits fondamentaux trouve un écho singulier dans cette partie du monde. La protection de l'environnement peut, elle, apparaître comme un *droit des riches* ou pouvant contrarier la réalisation des droits et libertés fondamentaux de première et deuxième génération³². Pour autant, ces territoires ne peuvent ignorer la protection de l'environnement. Leur plus grande difficulté sera d'ériger un constitutionnalisme vert adapté à leur situation insulaire et à leur développement économique.

³⁰ Voir notamment M.-C. PONTHEUREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit.

³¹ J. COLOM, *La justice climatique à Maurice : un impératif contemporain au défi du système westminsterien dualiste de l'île*, in *Revue juridique de l'océan Indien*, 2021, 177 s.

³² M. GROS, *L'environnement contre les droits de l'homme ?*, in *Revue de droit public et de la science politique*, 2004, 1583 s. ; F. EWALD, *Le droit de l'environnement : un droit de riches ?*, in *Pouvoirs*, 2008, 13 s.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

IL RUOLO DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI
NELL'ERA TECNOLOGICA:
VERSO UN *DIGITAL RULE OF LAW*?

GIULIA FORMICI

SOMMARIO: 1. Il *rule of law* alla prova di “datificazione” e automazione: quale ruolo per le Corti costituzionali? – 2. L’attivismo giudiziale in materia di *digital welfare state* e *Internet shutdowns*. – 3. Corti costituzionali europee e CGUE dinnanzi a sistemi di sorveglianza massiva e nuovi poteri privati. – 4. Corti e legislatori tra interventi immediati e risposte sistemiche: il complesso percorso verso l’affermazione di un *digital rule of law*.

1. Il rule of law alla prova di “datificazione” e automazione: quale ruolo per le Corti costituzionali?

Il progresso tecnologico, l’avvento di Internet e, più recentemente, il diffondersi dell’Intelligenza artificiale (AI), hanno rivoluzionato non solo la nostra vita, creando un intreccio complesso tra realtà fisica e dimensione dei *bit*, ma anche il mondo del diritto¹.

¹ È infatti ormai ampiamente riconosciuto come «l’avvento del digitale e della società ‘datificata’ rappresenti una «delle trasformazioni più profonde della nostra società» e la «vera sfida della contemporaneità», in grado di incidere con forza e con modalità inedite – e sofisticate – sul rapporto tra libertà e potere (così E. LONGO, A. PIN, *Oltre il costituzionalismo? Nuovi principi e regole costituzionali per l’era digitale*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 1/2023, 105). Sull’impatto della società dell’informazione sulle società contemporanee: K. CUKIER, V. MAYER-SCHOENBERGER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think*, Londra, 2013; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione: come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017; B.C. HAN, *Infocrazia*, Torino, 2022; per un’analisi degli effetti sul mondo del diritto, *ex multis*: S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma-Bari, 2012; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, Padova,

Oltre ad innegabili effetti positivi, la trasformazione digitale, la “datificazione” e l’automazione hanno tuttavia sollevato inedite minacce, spesso più subdole e meno visibili rispetto a quelle “analogiche”², in grado di intaccare il sistema di tutela dei diritti fondamentali nonché di erodere le stesse fondamenta del *rule of law* sulle quali il delicato equilibrio tra potere pubblico e libertà si regge³.

Molteplici allora sono le sfide che da tale erosione promanano e che possono essere rintracciate, in primo luogo, nell’utilizzo di pervasivi strumenti tecnologici (ad es. mezzi di *predictive policing* per finalità securitarie); questi, ove non adeguatamente regolati e in assenza di precise garanzie contro il pericolo di abusi, rischiano di fornire al potere pubblico formidabili sistemi di sorveglianza massiva in grado di ledere tanto le c.d. libertà digitali quanto, al contempo, quelle classiche che, all’interno del prisma del principio di non discriminazione, assicurano ai cittadini i diritti civili, politici e sociali⁴.

L’utilizzo di meccanismi di decisione automatizzata o di profilazione da parte dei governi finisce inoltre col porre in discussione i principi di certezza del diritto e di legalità, affidando l’esercizio del potere – da sempre radicato nell’esistenza di regole astratte e predeterminate⁵ – all’arbitrio di valutazioni algoritmiche che, soprattutto rispetto all’opacità della c.d. *black box*, impattano fortemente sulla trasparenza e sulla comprensibilità delle decisioni e, conseguentemente, sull’effettività della tutela giurisdizionale⁶.

Infine, come noto, l’avvento dell’era digitale ha stravolto il tradizionale rapporto tra potere pubblico e privato, trasformando quest’ultimo in uno degli attori protagonisti della nostra epoca⁷ e spingendo l’ambito di azione del primo in una dimensione ancora

2016; T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017; A. D’ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020; H-W. MICKLITZ, O. POLLICINO, A. REICHMAN, A. SIMONCINI, G. SARTOR, G. DE GREGORIO (eds), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2021; A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *La rivoluzione dell’intelligenza artificiale: profili giuridici*, Bologna, 2022; per acute riflessioni che hanno anticipato i tempi, V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1980.

² Basti pensare alla difficile riconoscibilità dei *bias* insiti nei sistemi algoritmici o alla discriminazione algoritmica; o ancora a strumenti silenti di controllo e sorveglianza mediante raccolta di informazioni da noi utenti inconsapevolmente – o distrattamente – lasciate nel web. Sul punto, R. COURTLAND, *The Bias Detectives*, in *Nature*, 2018, 357 ss.; P. KIM, *Data Driven Discrimination at Work*, in *William & Mary Law Review*, 48/2017, 857 ss.

³ Per una recente lettura della evoluzione e delle sfide odierne del *rule of law*, v. A. PIN, *Il rule of law come problema*, Napoli, 2021.

⁴ Algoritmi e profilazione possono incidere sulla formazione dei convincimenti politici, sulla libertà di autodeterminazione ma anche esacerbare diseguaglianze e *digital divide*: V. EUBANKS, *Automating Inequality*, NY, 2018; S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, Londra, 2019; G. ZICCARDI, *Tecnologie per il potere*, Milano, 2019.

⁵ G. DE VERGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell’era digitale e della emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 324.

⁶ In questo senso, «The rise of probability as the primary dogma of the algorithmic society raises questions about the future of the principle of the rule of law. Legal certainty is increasingly under pressure by the non-accountable determination of automated decision-making technologies», G. DE GREGORIO, O. POLLICINO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in H-W. MICKLITZ e al. (eds), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, cit., 10.

⁷ Vi è chi ha affermato come «Tech giants have become the strongest force disrupting the rule of law», V. GOLUNOVA, *Digital Constitutionalism Reversed?*, in *The Digital Constitutionalist Blog*, 4 aprile 2022. Pur partendo da tale significativo assunto, l’Autrice ha evidenziato come una «generalised conclusion that public power is currently in decay seems unjustified (...) Platforms frequently become mechanisms of

da indagare⁸. Si comprende così perché fenomeni sempre più frequenti di *self-regulation* nel cyberspazio abbiano marginalizzato il ruolo regolatore del diritto e quindi, ultimamente, anche la garanzia del *rule of law*⁹. In questa prospettiva, le “asimmetrie digitali” tra pubblico e privato rischiano di minare persino gli elementi più basilari dello Stato di diritto quali la territorialità e la sovranità, sostituendoli con una concezione extraterritoriale dello spazio pubblico da un lato¹⁰, e con una dimensione *tecnica* del potere sovrano dall’altro¹¹. Ciò spiega, tra l’altro, le criticità sollevate dalla rivoluzione digitale ai meccanismi che regolano le nostre democrazie: se infatti la «democrazia è il potere visibile, secondo la famosa espressione di Norberto Bobbio, questi nuovi strumenti operano invece nell’oscurità e nel segreto degli algoritmi»¹², conducendo a modalità di utilizzo dei dati che hanno dimostrato di avere un forte impatto persino sulle libertà politiche e di informazione¹³.

Le sfide al *rule of law* qui velocemente rappresentate, dunque, impongono una riflessione seria quanto urgente al fine di stabilire limiti istituzionalizzati all’esercizio dei nuovi poteri – sia quando essi sono posti nelle mani delle pubbliche autorità, sia quando sono espressione di emergenti soggetti privati – e di tracciare i contorni di un *rule of law nel e per* il mondo digitale, in grado di plasmare e orientare progresso e digitalizzazione secondo i valori e principi fondanti il nostro sistema costituzionale¹⁴. Definire i tratti di tale *digital rule of law* non è certamente operazione semplice: è necessario innanzitutto interrogarsi su quali siano gli attori principali di questa improrogabile trasformazione e

expanding coercive practices of states in the online realm. Anita Gohdes convincingly argues that the advent of Big Tech helped states increase the toolbox which can be employed to restrict information online».

⁸ «Nell’era digitale il potere privato si appropria, grazie alla tecnica, del giuridico e tende a sottrarsi all’intervento dei pubblici poteri», E. LONGO, A. PIN, *Oltre il costituzionalismo?*, cit., 107. Sul punto anche G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe*, Cambridge, 2022.

⁹ Su questi profili: F. PASQUALE, *Secret Algorithms Threaten the Rule of Law*, in *MIT Tech Review*, 1 giugno 2017; M. ZALNIERIUTE et al., *The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making*, in *Modern Law Review*, 82/2019, 425 ss.; O. POLLICINO, *Constitutional Democracy in the Age of Algorithms: The Implications of Digital Private Powers on the Rule of Law in Times of Pandemics*, in *MediaLaws*, 11 novembre 2020, in cui viene sottolineato come «in a global digital environment, the threats for the principle of the rule of law do not just come from the implementation of algorithmic technologies by public actors but also, and primarily, from the ability of transnational private actors to develop and enforce private standards competing with public values».

¹⁰ Sul tema: COUNCIL OF EUROPE, *The Rule of Law on the Internet and in the Wider Digital World*, 2014; J. DASKAL, *The Un-Territoriality of Data*, in *Yale Law Journal*, 2/2015, 326 ss.; P. KORNIENKO et al., *Contemporary Challenges and the Rule of Law in the Digital Age*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 36, 2023, 991 ss.

¹¹ Simoncini parla di una sovranità che non assume più necessariamente caratteri pubblici o privati ma che diviene essenzialmente *tecnica*: una «nuova forma di potere sovrano che pone al diritto costituzionale – se vuole mantenere il suo statuto ontologico di misura del potere e fondamento della sovranità – una sfida del tutto inedita», A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell’era digitale*, in T.E. FROSINI et al. (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit., 20.

¹² T. GROPPI, *Alle frontiere dello Stato costituzionale: innovazione tecnologica e Intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 3/2020, 679.

¹³ Sul fenomeno quali la *bubble democracy* o casi di profilazione e manipolazione mirata quale quella emersa dal caso Cambridge Analytica, v. P. VILLASCHI, *Profilazione online e manipolazione del consenso nella bubble democracy*, in questa Rivista, Fasc. Spec. 3/2021, 257 ss.; E. ASSANTE, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analytica*, in *Federalismi.it*, 9/2018, 1 ss.; A. SORO, *Democrazia e potere dei dati. libertà, algoritmi e umanesimo digitale*, Milano, 2019.

¹⁴ C. COLAPIETRO, *Le sfide del “Costituzionalismo digitale”: un approccio originale al rapporto tra diritto e nuove tecnologie*, in questa Rivista, Fasc. Spec. 1/2021, 7 ss.

sulle regole che devono orientarne l’azione. In secondo luogo, occorre comprendere l’impatto che tale trasformazione è destinata a produrre su quell’equilibrio tra poteri così faticosamente raggiunto dalle democrazie liberali.

Inserendosi in tale vasto insieme di quesiti, il presente contributo intende concentrarsi in particolare su uno dei delicati e complessi profili di ricerca delineati, vagliando il ruolo assunto dalle giurisdizioni e, specificamente, di quelle costituzionali, nella rilettura dei limiti al potere pubblico, del principio di legalità ma anche del rapporto tra poteri tecnici (privati e pubblici) e il loro riverberarsi sui diritti fondamentali, intesi quale parte fondante il *rule of law*¹⁵.

Una tale disamina è promossa esplorando, in chiave comparata, taluni emblematici casi giurisprudenziali nel contesto delle nuove tecnologie e della digitalizzazione. Pur avendo luogo in diversi ordinamenti – molto distanti tra loro non solo geograficamente ma anche quanto a forma di stato e di governo e di riconoscimento dei diritti –, la *case law* individuata pone sfide estremamente simili ai giudici costituzionali. Questi, nei casi scelti, sono chiamati cioè a pronunciarsi tanto sulla legittimità costituzionale di strumenti di automazione o digitalizzazione adottati da autorità pubbliche per diverse finalità – garanzia di un efficace funzionamento dei sistemi di *welfare* o tutela della sicurezza pubblica e nazionale –, quanto sulla individuazione di regole rivolte ai poteri privati operanti nel mondo digitale; sotto quest’ultimo profilo i giudici sono intervenuti individuando garanzie di – vecchi e nuovi – diritti e libertà nello spazio della rete che necessitano di riconoscimento e salvaguardia anche – e soprattutto – da parte dei *business operators*, dei gestori di *social network* e di motori di ricerca.

Lo studio della giurisprudenza indiana e jamaicana ma anche di Corti nazionali europee e della Corte di Giustizia dell’UE (CGUE) negli specifici casi scelti consentirà dunque di delineare, evidenziando l’esistenza di trend comuni, la risposta dei giudici costituzionali dinnanzi alla necessità di determinare rinnovate tutele del *rule of law* nel contesto digitale. Ciò permetterà, in ultimo luogo, di trarre alcune considerazioni sull’impatto di tale giurisprudenza costituzionale rispetto agli altri poteri, in particolare quello legislativo, evidenziando le sfide che ancora oggi e nel futuro i diversi attori – parlamenti e corti – sono chiamati ad affrontare nel complesso percorso di affermazione di un *digital rule of law*.

2. L’attivismo giudiziale in materia di digital welfare state e Internet shutdowns

La “datificazione” e automazione dei processi decisionali da parte delle pubbliche amministrazioni e, più in generale, delle autorità pubbliche anche nell’ambito del *welfare state*, è un fenomeno in continua espansione. Questi strumenti, tra cui è possibile annoverare tecnologie di riconoscimento digitale, *risk scoring* o di *eligibility*¹⁶, sono

¹⁵ Specialmente nella concezione sostanzialista e quindi più ampia e comprensiva del *rule of law*, come promossa da Dworkin e Bingham (per approfondimenti, v. A. PIN, *Il rule of law come problema*, cit.).

¹⁶ Ne sono esempi gli strumenti di *fraud detection* quali il c.d. “robo-debt” impiegato dal governo australiano e il sistema SyRI adottato dal governo olandese; o ancora il controverso *Public Services Card* irlandese, che ha attirato le critiche e le preoccupazioni non solo dell’*Irish Data Protection Commission*

sempre più implementati in diversi ordinamenti, anche nel c.d. *Global South*, al fine di assicurare maggiore imparzialità ed efficienza nella gestione ed erogazione di servizi pubblici essenziali mediante una intensificazione e automazione dei controlli, una limitazione dei fenomeni di abuso di potere e corruzione nonché un incremento delle garanzie di eguaglianza¹⁷. Le potenzialità di un simile progresso, tuttavia, sono state ben presto accompagnate dalla consapevolezza di seri rischi non solo per i diritti fondamentali ma anche per la certezza del diritto, per il rapporto tra autorità e libertà e, dunque, ultimamente, per il *rule of law*¹⁸.

Non stupisce quindi che nell’ultimo decennio numerose Corti – anche supreme e costituzionali – siano state chiamate a pronunciarsi in delicate controversie riguardanti la legittimità costituzionale di normative o provvedimenti governativi volti ad istituire innovativi quanto complessi sistemi di *digital welfare*¹⁹. Emblematiche, per la loro portata e rilievo, sono certamente le sentenze *Justice Puttaswamy v. Union of India*²⁰ e *Julian J. Robinson v. The Attorney General of Jamaica*²¹, decise rispettivamente dalla *Supreme Court* indiana e jamaicana e aventi ad oggetto l’istituzione di discussi sistemi di riconoscimento biometrici: l’*Aadhaar* e il *National Identification System* (NIDS). Questi ultimi sono finalizzati ad attribuire, anche mediante l’uso di dati biometrici e di sistemi di AI, un’identità univoca ai cittadini, il cui possesso è stato reso obbligatorio per accedere a svariati benefici e servizi pubblici, nonché a taluni fondamentali servizi privati (ad esempio bancari o di telefonia)²².

ma anche del *UN Special Rapporteur on extreme poverty and human rights* (UN Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, *Official communication*, Reference OL IRL 1/2020, 14th April 2020). Per un approfondimento su questi profili, sia consentito rinviare a G. FORMICI, *Digital Welfare State and Fundamental Rights: The Judicial Litigation on Digital Identification Systems in Kenya and Jamaica*, in *Federalismi.it*, 26/2022, 1 ss. e alla bibliografia ivi richiamata.

¹⁷ «Che il fattore tecnologico eserciti varia influenza all’interno del rapporto governanti-governati (che si suole oggi ricondurre a ciò che residua della c.d. forma di Stato sociale) è dimostrato dal fatto che l’impiego delle nuove tecnologie ha consentito di dare risposta alle esigenze di modernizzazione dello Stato liberale», E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2015, 34. Anche Bertolini non ha mancato di evidenziare come il «welfare represents another sector where state deficiencies are more evident and thus the algorithm is considered be mostly needed», E. BERTOLINI, *Is Technology Really Inclusive? Some Suggestions from States Run Algorithmic Programs*, in *Global Jurist*, 2020, 1 ss.

¹⁸ Si rimanda, tra le tante riflessioni sul tema, al *Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights*, UN General Assembly, 11 October 2019 (A/74/493), in cui Alston, parlando di *digital welfare state* come di «systems of social protection and assistance increasingly driven by digital data and technologies», mette in guardia dal «grave risk of stumbling, zombie-like, into a digital welfare dystopia». Sul punto v. S. RANCHORDAS, *Automation of Public Services and Digital Exclusion*, in *International Constitutional Law Blog*, 11 marzo 2020; A. RACHOVITSA, N. JOHANN, *The Human Rights Implications of the Use of AI in the Digital Welfare State*, in *Human Rights Law Review*, 22/2022, 1 ss.

¹⁹ Di particolare rilievo è la decisione della Corte distrettuale di primo grado di Hague, *NCJM et al. and FNV v. The State of The Netherlands* C/09/550982 del 5 febbraio 2020 sul discusso sistema SyRI (v. M. VAN BEKKUM, F. ZUIDERVEEN BORGESUIS, *Digital Welfare Fraud Detection and the Dutch SyRI Judgment*, in *European Journal of Social Security*, 4/2021, 323 ss.).

²⁰ *Justice Puttaswamy v. Union of India*, 26 settembre 2018 D.N. 35071/2012.

²¹ Claim No. 2018HCV01788, 12 aprile 2019.

²² Per approfondimenti: A. MARTIN, L. TAYLOR, *Exclusion and Inclusion Identification: Regulation, Displacement and Data Justice*, 1/2021, 1 ss.; S. MASIERO, S. BAILUR, *Data-Driven Identities*, in S. SRIDHAR, A. PRAKASH, J. SRINIVASAN (eds), *Data-Centric Living: Algorithms, Digitisation and Regulation*, NY, 2022.

Dinnanzi a numerose *petitions* provenienti dalla società civile – che hanno denunciato la carenza di normative chiare e precise in grado di assicurare garanzie dei diritti nonché efficaci meccanismi di controllo avverso malfunzionamenti o utilizzi illegittimi di dati biometrici –, le Corti supreme sono intervenute con decisioni estremamente complesse e lunghe. Pur non potendo in questa sede ripercorrerne i profili principali, ciò che merita nondimeno evidenziare è l’attenzione posta dai giudici alla dimensione della salvaguardia dei diritti, in primis quelli alla privacy e alla protezione dei dati, nonché agli effetti sui principi cardine del *rule of law* causati da disposizioni vaghe e imprecise, capaci infine di consentire fenomeni di *function creep*²³ e di abuso di potere da parte delle autorità pubbliche, nelle maglie larghe lasciate dal legislatore. Non è un caso che in entrambe le pronunce richiamate, i giudici costituzionali abbiano dedicato ampio spazio alla ricostruzione del significato di *rule of law*, ripartendo da Dicey e dalla concezione di uno Stato di diritto funzionale alla limitazione di poteri arbitrari²⁴.

Proprio prendendo avvio da simili considerazioni, le Corti hanno individuato profili di illegittimità costituzionale nelle normative oggetto di ricorso: pur riconoscendo la proporzionalità dei sistemi di riconoscimento biometrico nel loro complesso, infatti, in entrambi i casi è stata rinvenuta la «vagueness and arbitrariness» di talune previsioni normative nonché l’assenza di specifiche salvaguardie in grado di garantire i diritti fondamentali e di circoscrivere l’ambito e i poteri di intervento delle pubbliche autorità²⁵. In questo senso pare determinante il monito dei giudici jamaicani: «the rule of law necessitates the upholding of the Constitution. We do not doubt the good intentions of the policy makers but chaos and the need for order has, all too often in history, been the justification for policies which curtail freedom and ultimately undermine democracy» (para. 374).

Del resto, nel caso indiano, a muovere i *petitioners* a richiedere l’intervento dei giudici era inizialmente stata l’assenza di disposizioni volte a regolare il funzionamento del sistema *Aadhaar*, che ha conosciuto una prima disciplina normativa solo nel 2016, a distanza di anni dalla prima realizzazione del sistema. Un vuoto normativo, quello delineato, che, peraltro, riguardava – e riguarda – la stessa tutela della privacy e protezione dei dati digitali: questi cruciali diritti in India non trovano ancora posto in una legislazione generale e omnicomprensiva²⁶. Ed è proprio dinnanzi a tale assenza che i giudici costituzionali indiani hanno svolto un ruolo di promozione e “spinta” di un

²³ Si fa riferimento al trattamento di dati per scopi che eccedono le finalità per le quali essi sono stati originariamente raccolti e conservati (ad es. dati raccolti per scopi di riconoscimento utilizzati per esigenze securitarie o indagini).

²⁴ *Justice Puttaswamy v. Union of India*, 106; similmente, *Julian J. Robinson v. The Attorney General of Jamaica*, para. 167, che effettua peraltro espressi richiami alla sentenza indiana nel caso *Aadhaar* e, in particolare, alla *Dissenting opinion* del Justice Chandrachud.

²⁵ Ad es., circoscrivendo in maniera dettagliata e puntuale la possibilità di accedere ai dati biometrici conservati nel database statale; disponendo *opt-out* e soluzioni alternative in caso di malfunzionamenti; ponendo limiti all’utilizzo dei dati biometrici e alla obbligatorietà dell’*Aadhaar number* per servizi privati. Su questi profili, v. L. SCAFFARDI, *Dati genetici e biometrici: nuove frontiere per le attività investigative*, in L. SCAFFARDI (a cura di), *I profili del diritto*, Torino, 2017, 37 ss.

²⁶ Il *Draft Bill on Data Protection*, presentato dal governo indiano solo nel novembre 2022, non è ancora giunto ad approvazione parlamentare.

intervento normativo *tout court* o riformatore di quanto esistente²⁷, fornendo peraltro al legislatore un vero e proprio *vademecum* e puntuali linee guida, indicando salvaguardie e garanzie precise, necessarie per assicurare la costituzionalità degli strumenti tecnologici²⁸.

Richiamando Governo e Parlamento a delineare precise cornici normative, i giudici costituzionali hanno quindi affermato la necessità di un approccio di c.d. *policy before technology*, ancor più essenziale quando in gioco vi sono strumenti sofisticati e pervasivi che rendono possibile l’invasione su scala massiva della sfera privata nonché, come nel caso dei sistemi di riconoscimento biometrici, addirittura l’instaurazione di forme di biosorveglianza. Assicurare norme chiare che delimitino il potere pubblico di trattamento e accesso ai dati diviene essenziale per far sì che «constitutional guarantees cannot be subject to the vicissitudes of technology», e per predisporre una efficace garanzia del *digital rule of law*²⁹.

Se l’intervento delle Corti dinnanzi al diffondersi di strumenti di *digital welfare* non è certamente limitato ai casi sopra riportati³⁰, è interessante notare altresì come il ruolo delle giurisdizioni costituzionali sia risultato determinante anche in altre decisioni attinenti alla esigenza di sancire specifici limiti all’azione delle autorità pubbliche nella società digitale. È il caso delle sentenze in materia di c.d. *Internet shutdowns* aventi ad oggetto la legittimità di provvedimenti determinanti il controllo della rete da parte dello Stato mediante il blocco all’accesso ad Internet. Anche con riferimento a tali interventi giurisprudenziali, le pronunce della Corte Suprema indiana si pongono certamente quali

²⁷ A seguito delle pronunce indiana e jamaicana, infatti, modifiche sostanziali alle normative in materia di sistemi di riconoscimento biometrici sono state promosse, disponendo l’inserimento di previsioni maggiormente garantiste evidenziate dai giudici costituzionali. In questo senso devono essere letti l’*Aadhaar and other laws (Amendment) Bill 2019* (n. 86/2019 del 24 giugno 2019) nonché la riformata versione del *National Identification and Registration Act* del 2021. Questi interventi normativi non sono comunque stati certamente esenti da osservazioni critiche da parte di commentatori e ONG (v. V. BHANDARI, R. SANE, *A Critique of the Aadhaar Legal Framework*, in *National Law School of India Review*, 1/2019, 72-97; JAMAICANS FOR JUSTICE et al., *Submission to the Joint Select Committee of Parliament Reviewing the NIRA*, 2021).

²⁸ Per una lettura più ampia della pronuncia e delle condizioni stabilite dalla Corte suprema, v. G. BATHIA, *The Aadhaar Judgement: A Round-Up*, in *Indian Constitutional Law and Philosophy*, 5 ottobre 2018; U. RAO, V. NAIR, *Aadhaar: Governing with Biometrics*, in *Journal of South Asian Studies*, 3/2019, 469-481; sia consentito anche il rimando a G. FORMICI, *Sistemi di riconoscimento biometrico e dati biometrici: una nuova sfida per i Legislatori e le Corti*, in *DPCE Online*, 2/2019, 1107 ss.

²⁹ Così il Justice Chandrachud nella sua *Dissenting Opinion*, para. 269, nella quale peraltro afferma come «The case is hence as much about the rule of law and institutional governance. Accountability is a key facet of the rule of law (...) The absence of a regulatory framework leaves the law vulnerable to challenge on the ground that it has failed to meet the requirements of fair institutional governance under the rule of law», paras. 16 e 236.

³⁰ Si pensi alle pronunce della *High Court Kenya (Nubian Rights Forum et al. v. The Cabinet Secretary et al.*, 30 gennaio 2020), nella quale i giudici hanno affermato come «an inadequate legislative framework for the protection and security of the data is not only a clear limitation to the right to privacy (...) but also contrary to the principles of democratic governance and the rule of law», para. 922; o alla sentenza della Corte suprema polacca, K 53/16 del 6 giugno 2018, attinente alla legittimità costituzionale di un sistema di profilazione riguardante i soggetti disoccupati. In Serbia, la Corte costituzionale è attualmente chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità della *Law on Social Card* del marzo 2022 che mira a creare un sistema digitalizzato di *social security* (EDRI, *Legal Challenge: The Serbian Government Attempts to Digitise Social Security System*, 14 dicembre 2022).

interessanti casi-studio, per l’ampiezza delle argomentazioni e il numero di sentenze adottate in materia³¹.

Similmente a quanto detto per i sistemi di *digital welfare state*, il pericolo rilevato dai numerosi *petitioners* dinnanzi allo “spegnimento” della rete è da ravvisarsi nella sussistenza di disposizioni normative vaghe e generiche, che consentono ai pubblici poteri di fare sovente ricorso a misure che dovrebbero assumere, al contrario, natura emergenziale e straordinaria e che dovrebbero essere unicamente motivate da scopi di garanzia della sicurezza nazionale e pubblica. Nel noto caso *Anuradha Bhasin v. Union of India and others*³², i giudici indiani non hanno mancato di sottolineare come «emergency does not shield the actions of Government completely; disagreement does not justify destabilization; the beacon of rule of law shines always» (para. 102), giungendo a determinare l’illegittimità dell’impiego illimitato e arbitrario di *Internet shutdowns* e della mancata possibilità per i cittadini di ricorrere alle autorità giurisdizionali³³. Come già rilevato nella sentenza riguardante il sistema *Aadhaar*, la Corte suprema ha indicato con precisione e nel dettaglio tutti i principi cui il legislatore e le autorità pubbliche devono attenersi al fine di «uphold the rule of law» (para. 138); tra questi principi spiccano conoscibilità, determinatezza, proporzionalità, trasparenza, la possibilità di ricorrere a meccanismi di *judicial review*, l’espressa previsione di elementi di fatto posti alla base dei provvedimenti restrittivi e l’istituzione di apposite autorità di controllo, capaci di limitare la discrezionalità dei poteri pubblici e il pericolo di abusi.

Anche con riferimento al controllo *della* rete da parte di autorità statali, allora, i giudici costituzionali hanno realizzato una significativa forma di attivismo giudiziale, inteso come «comportamento dei giudici volto a sindacare o influenzare, con forza e sotto rigidi vagli, le azioni e le omissioni degli altri Poteri (..) con l’obiettivo di concretizzare norme costituzionali e diritti fondamentali»³⁴, così spronando l’intervento del legislatore e l’adozione di normative chiare e precise. Ciò nella consapevolezza che il potere di bloccare la rete e impedirne dunque l’accesso a tutti gli utenti, così come l’impiego di strumenti di riconoscimento biometrico automatizzato per l’accesso a servizi pubblici essenziali per la garanzia dei diritti sociali, rappresentano «mechanisms of expanding coercive practices of states in the online realm»³⁵.

Dinnanzi a tale deriva, lungi dall’essere meramente ipotetica, il ruolo delle Corti costituzionali nel “rileggere” e rafforzare il *rule of law* nel contesto di Internet e della

³¹ Per uno studio ampio della casistica in tema, si v. UN High Commissioner for Human Rights, *Internet Shutdowns: Trends, Causes, Legal Implications and Impacts on a Range of Human Rights*, A/HRC/50/55, che, tra gli altri, riporta l’interessante giurisprudenza della Corte ECOWAS e delle Corti supreme indonesiana e pakistana.

³² *Anuradha Bhasin v. Union of India*, No. 1031/2019, 10 gennaio 2020.

³³ Per una ricostruzione di tale pronuncia, sia consentito il rinvio a G. FORMICI, *Access denied: gli Internet shutdowns alla prova del diritto. Spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza della Supreme Court indiana*, in *DPCE Online*, 1/2023, 105 ss.

³⁴ B. SALLES, P. CRUZ., N. BASIGLI, *Attivismo giudiziale e dialoghi transgiudiziali: parametri per l’interazione tra decisioni nazionali e straniere*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 225. Per diverse letture e riflessioni sul tema, S.P. POWERS, S. ROTHMAN, *The Least Dangerous Branch? Consequences of Judicial Activism*, Londra, 2002; S. LINDQUIST, F. CROSS, *Measuring Judicial Activism*, Cambridge, 2009; S. GROVER, *Judicial Activism and Democratic Rule of Law*, Cham, 2020.

³⁵ V. GOLUNOVA, *Digital Constitutionalism Reversed?*, cit.

automazione della funzione pubblica diviene sempre più centrale; ciò specialmente dinnanzi ad un legislativo spesso silente o incapace, come nei casi esaminati, di disporre previsioni normative in grado di rappresentare un’efficace tutela dei diritti e una barriera agli ampliati poteri di uno Stato sempre più “tecnologico”.

3. Corti costituzionali europee e CGUE dinnanzi a sistemi di sorveglianza massiva e nuovi poteri privati

Il dibattito giurisprudenziale e legislativo analizzato nel previo paragrafo ha caratterizzato, pur con sfumature differenti, anche il Vecchio Continente. Qui l’intervento delle Corti costituzionali nazionali nonché, nello specifico contesto eurounitario, della CGUE si è realizzato tanto con riferimento all’impiego di strumenti di sorveglianza massiva basati sulla raccolta, conservazione e trattamento di enormi quantità di dati e metadati³⁶, quanto su un ulteriore e delicato profilo, in grado di incidere significativamente sulla tenuta del *rule of law*: l’emergere dei forti poteri privati delle Big Tech.

Volendo così brevemente richiamare alcuni casi paradigmatici di entrambi gli ambiti di azione appena delineati, pare utile prendere avvio dalla c.d. *data retention saga*. La previsione normativa di obblighi – posti in capo ai *service providers* privati – di conservazione generalizzata ed indiscriminata dei dati esterni delle comunicazioni elettroniche, al fine di garantire il successivo accesso e acquisizione di informazioni da parte di autorità di *intelligence* e *law enforcement* per scopi securitari, ha infatti sin da subito fatto emergere profonde preoccupazioni. La società civile – e non solo³⁷ – ha avanzato seri dubbi quanto alla proporzionalità di disposizioni estremamente invasive della sfera privata, nella consapevolezza che la lettura aggregata di semplici metadati è in grado di consentire una profilazione precisa di preferenze, stili di vita e abitudini di tutti gli utenti, creando così una sorveglianza diffusa e pervasiva³⁸.

Numerose normative nazionali in materia di *data retention* sono state dunque sottoposte – ancor prima della storica pronuncia della CGUE nel caso *Digital Rights Ireland* che ha invalidato la *Data Retention Directive*³⁹ – al vaglio di legittimità di Corti costituzionali degli Stati membri⁴⁰. Queste ultime hanno in molteplici casi rilevato la

³⁶ Più ampiamente sul tema, *ex multis*, L.E. RIOS VEGA, L. SCAFFARDI, I. SPIGNO (a cura di), *I diritti fondamentali nell’era della digital mass surveillance*, Napoli, 2021.

³⁷ Anche la *Venice Commission of the Council of Europe*, nel suo documento *Rule of Law Checklist* (n. 512/2016), ha infatti citato la raccolta e conservazione di metadati come un perfetto esempio delle nuove sfide che il *rule of law* è chiamato ad affrontare.

³⁸ Come più volte ribadito dalla CGUE, innanzitutto nella storica sentenza CGUE 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications et al.* Tra i numerosi commenti, v. A. VEDASCHI, *Data retention and its implications for the fundamental right to privacy*, in *Tilburg Law Review*, 20/2015, 19 ss.; G. Caggiano, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in *MediaLaws*, 2/2018, 64 ss.

³⁹ Direttiva 2006/24/CE.

⁴⁰ Tra cui si evidenzia l’intervento delle Corti (amministrative, supreme o costituzionali) di Bulgaria, Romania, Germania, Repubblica Ceca, Cipro; per dettagli: E. KOSTA, *The Way to Luxembourg: National*

carezza di idonee salvaguardie e garanzie – anche in termini di adeguati controlli affidati *ex ante* ad autorità giurisdizionali o amministrative indipendenti e terze – volte a limitare il rischio di abusi da parte del potere pubblico. Il vuoto normativo lasciato a livello sovranazionale a seguito della sentenza *Digital Rights* e il completo immobilismo del legislatore europeo⁴¹ hanno condotto poi ad una lunga serie di decisioni dei giudici di Lussemburgo relative all’interpretazione dell’art. 15 Direttiva *e-Privacy*, il cui testo, vago e ampio, ha portato all’adozione, da parte dei Parlamenti nazionali, di normative estremamente varie e disomogenee e tutte determinanti forme di *bulk data retention*. A partire da *Tele2* e *Ministerio Fiscal*, sino a *Privacy International* e *La Quadrature du Net*, sino alle più recenti *Garda Siochana* e *SpaceNet*⁴² la CGUE è quindi intervenuta dettando veri e propri *vademecum*, estremamente dettagliati e precisi, quanto alle salvaguardie e ai limiti che devono accompagnare la disciplina della *data retention* e del successivo accesso ai metadati.

Questa giurisprudenza, che ha portato in diversi casi le Corti costituzionali nazionali a pronunciarsi sulla illegittimità della regolamentazione interna⁴³, ha senza dubbio «contribuito a rafforzare la tenuta della *rule of law* lì dove la serietà della minaccia e le potenzialità dei mezzi rischierebbero di far arretrare delle conquiste di civiltà che innervano la cultura giuridica europea. I parametri individuati in via ermeneutica, infatti, con il tempo si stanno affermando come una sorta di paradigma: criteri per valutare non solo la bontà delle normative interne ma anche il livello di tutela assicurato dai Paesi terzi»⁴⁴.

Court Decisions on the Compatibility of the DRD with the Rights to Privacy and Data Protection, in *SCRIPTed*, 3/2013, 339 ss.

⁴¹ Ad oggi, nessuna iniziativa legislativa *ad hoc* in materia di *data retention* è stata promossa a livello sovranazionale; anche la Proposta di Regolamento (COM/2017/010 final) che punta a riformare l’ormai vetusta Direttiva 2002/58/CE (c.d. *Direttiva e-Privacy*) e quindi l’Art. 15 che attualmente rappresenta l’unica fonte normativa europea sulla conservazione dei metadati, risulta lontana dal trovare approvazione finale. La disciplina della *data retention* rappresenta uno dei profili maggiormente dibattuti e divisivi della proposta (v. European Data Protection Board, *Statement 3/2021 on the e-Privacy Regulation* del 9 marzo 2021).

⁴² CGUE, 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB e Secretary of State c. Post-och telestyrelsen (PTS) e Tom Watson et al.*; CGUE, 2 ottobre 2018, C-207/16, *Ministerio Fiscal*; CGUE, 6 ottobre 2020, C-623/17, *Privacy International v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs et al.*; CGUE, 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net et al. v. Premier Ministre et al.*; CGUE 2 marzo 2021, C-746/18, *HK v. Prokuratuur*; CGUE, 5 aprile 2022, C-140/20, *GD v. Commissioner of An Garda Siochana et al.* e CGUE, 20 settembre 2022, cause riunite C-793/19 e C-794/19, *Bundesrepublik Deutschland v. SpaceNet AG e Telekom Deutschland GmbH*. Per un’analisi complessiva di tali pronunce, R. FLOR, S. MARCOLINI, *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico. La tutela dei diritti fondamentali quale limite al potere coercitivo dello Stato*, Torino, 2022; sia altresì consentito rinviare a G. Formici, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un’analisi comparata*, Torino, 2021 e alla bibliografia *ivi* richiamata.

⁴³ Certamente emblematico è il caso del Belgio, la cui Corte costituzionale si è pronunciata ben tre volte, a seguito delle sentenze della CGUE, dichiarando l’illegittimità costituzionale della disciplina interna in materia di *data retention* (C. VAN DE HEYNING, *The Belgian Constitutional Court’s Data Retention Judgment: A Revolution that Wasn’t*, in *Diritti comparati*, 19 aprile 2022) e determinando così un impulso all’intervento del legislatore nazionale.

⁴⁴ E. SPILLER, *La sentenza Tele2 Sverige: verso una digital rule of law europea?*, in *IANUS*, 15/2017, 279 ss.

Nella vasta e complessa *case-law* qui tratteggiata, così come nella *Schrems saga* e nelle pronunce riferite al trasferimento di *Passenger Name Records*⁴⁵ riguardanti anche la tutela dei dati nella dimensione “esterna” ai confini dell’UE⁴⁶, emerge pertanto il forte contributo della CGUE alla “incorporazione” dei principi del *rule of law* nella regolamentazione di strumenti di sorveglianza massiva e, più in generale, del trattamento dei dati per scopi securitari. I giudici di Lussemburgo hanno così più volte evidenziato come «the absence of clear and precise rules preventing the risks of abuses as well as the lack of legal remedies and effective judicial review prevented the respect of the EU rule of law values»⁴⁷.

L’apporto significativo della giurisprudenza sovranazionale spicca poi con estrema evidenza nel dialogo con gli altri poteri, quali in primis il Parlamento e la Commissione europei, ma anche con i legislatori degli Stati membri, spesso inerti o incapaci di includere i requisiti e principi indicati dalla *case law* della CGUE all’interno di una cornice normativa compiuta. Ecco allora che, come alcuni autori hanno posto in rilievo, i giudici di Lussemburgo hanno assunto un approccio definito “para-legislativo”, che esalta cioè «la dimensione costruttiva dell’attività del giudice, laddove non si limita ad invalidare (o censurare) le norme che è chiamato a vagliare ma, nell’intento di concretizzare principi espressi dalla pregressa giurisprudenza, tenda di riscriverne di nuove, anche con il piglio tipico del comitato di tecnica legislativa»⁴⁸. In tale contesto, il contributo della CGUE e delle Corti costituzionali nazionali sta peraltro iniziando ad ampliarsi sempre più, comprendendo il controllo di legittimità di sofisticati quanto inediti strumenti di *predictive policing* e di automatizzazione delle decisioni assunte dai poteri pubblici⁴⁹, richiedendo anche in tal caso regole chiare e precise e apposite tutele ai diritti fondamentali compresi.

L’intervento della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale non si limita tuttavia a casi in cui i rischi di abusi e le necessità di salvaguardie normative sono poste in carico a soggetti pubblici bensì si è esteso, non senza difficoltà, anche al vaglio dell’azione di soggetti privati. Alle nostre latitudini, infatti, la questione del controllo della rete da parte di pubbliche autorità non ha assunto importanza centrale nel dibattito normativo e giurisprudenziale, diversamente da quanto avvenuto in India dinnanzi al

⁴⁵ CGUE, 6 ottobre 2015, C-362/14, *Maximillian Schrems v. DPC*; CGUE 26 luglio 2017, *Parere 1/15*; CGUE, 16 luglio 2020, C-311/18, *DPC v. Facebook Ireland Ltd v. Maximillian Schrems*.

⁴⁶ Sul “profilo esterno” dell’azione dell’UE in materia di protezione dei dati, *ex multis*, D. COLE, F. FABBRINI, S. SCHULHOFER (eds), *Surveillance, Privacy and Transatlantic Relations*, Londra, 2017; V. ZENO-ZENCOVICH, G. RESTA (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali*, Roma, 2016.

⁴⁷ *Maximillian Schrems*, para. 95. Sul punto sia permesso richiamare G. FORMICI, *The External Dimension of the EU Rule of Law in the Digital Age*, in *Cahiers Jean Monnet* 6/2020, Tolosa, 2020, 215 ss.

⁴⁸ A. VEDASCHI, *L’accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell’Unione Europea*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4/2017, 1925; similmente H. HIJMANS, *PNR Agreement EU-Canada Scrutinised: CJEU Gives very Precise Guidance to Negotiators*, in *EDPL Review*, 3/2017, 406 ss.

⁴⁹ Emblematico è il caso deciso dal Tribunale costituzionale federale tedesco il 16 febbraio 2023 che ha dichiarato l’incostituzionalità delle normative adottate dai Land di Hesse e Hamburg riguardanti l’implementazione di «automated data analysis for the prevention of criminal acts» (v. Press Release No. 18/2023, *Bundesverfassungsgericht*); anche la CGUE è attualmente chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di sistemi di *automated decision-making* rispetto alla Carta di Nizza, nel caso C-634/21.

frequente ricorso ad *Internet shutdowns*; piuttosto, nell’UE una sfida profonda per la sussistenza del *rule of law* anche nella dimensione digitale è rappresentata, negli ultimi decenni, dalle dimensioni e limiti del controllo *in rete*, attraverso la regolamentazione del potere degli attori privati.

All’interno dello spazio di Internet, la sottrazione del tradizionale *imperium* statale operato dai gestori di piattaforme e *social network*⁵⁰, ormai capaci di incidere profondamente sui diritti fondamentali degli utenti – dalla libertà di espressione a quella politica, dalla autodeterminazione alla protezione dei dati –, ha indotto taluni studiosi a parlare dell’affermazione di un *rule of platforms*, contrapposto al *rule of law*⁵¹. In questo senso «il consolidamento del potere privato delle piattaforme costituisce un’opportunità per le democrazie costituzionali ai fini di riflettere su come arginare la marginalizzazione della *rule of law* nell’ambiente digitale»⁵². Quella che è stata chiamata *lex digitalis* o *platform law*⁵³, ovvero l’insieme di regole e condizioni che gli stessi *service providers* hanno sancito, rappresenta una forma di auto-regolamentazione che, «like constitutional documents, grant powers, but unlike constitutions, rarely limit those powers or regulate the ways they are exercised»⁵⁴. Non stupisce che «the Terms of Service of major platforms are almost universally designed to maximize their discretionary power and minimize their accountability»⁵⁵, ponendo evidenti problemi in termini di garanzia del *rule of law*. Proprio per questo l’esercizio di funzioni “para-costituzionali” da parte di attori privati, attraverso operazioni quali il *deplatforming* o la *content moderation*, mostra i limiti di quella primigenia concezione della rete come di un *freemarketplace of ideas*, rendendo invece necessario un intervento, certamente complesso e ancora da determinarsi nella sua portata, dei pubblici poteri⁵⁶.

È dinnanzi a questa complessa prova che, ancora una volta, l’attivismo giudiziale, in particolare della CGUE, ha contribuito ad innescare una «nuova stagione di regolamentazione»⁵⁷. La pronuncia *Google Spain*⁵⁸ «demonstrates a first judicial attempt to cope with the power of online platforms and answer to the legislative inertia of the Union, thus contributing to the rise of European digital constitutionalism»⁵⁹. L’attribuzione anche ai motori di ricerca della qualifica di *data controller* ha determinato innanzitutto la sottoposizione anche di soggetti come *Google* agli obblighi sanciti dal diritto dell’UE in materia di *data protection*. Mediante il riconoscimento di quello che è

⁵⁰ In questi termini, N. SUZOR, *Lawless. The Secret Rules that Govern our Digital Lives*, Cambridge, 2019.

⁵¹ G. DE GREGORIO, *Il diritto delle piattaforme digitali: un’analisi comparata dell’approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione*, in *DPCE Online*, No. Spec./2021, 1456 ss.

⁵² *Ibid.*, 1464.

⁵³ E. CELESTE, *Digital Constitutionalism. The Role of Internet Bill of Rights*, Londra, 2022, 50 ss.

⁵⁴ N. SUZOR, *Digital Constitutionalism: Using Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms*, in *Social Media+Society*, July-September/2018, 1 ss.

⁵⁵ *Ibid.*, 9.

⁵⁶ M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. *Spunti di comparazione*, in *MediaLaws*, 2/2021, 67 ss.; D. D’ORAZIO, *Deplatforming in Theory and Practice*, in E. MacFarlane (ed), *Dilemmas of Free Expression*, Toronto, 2022, 269 ss.

⁵⁷ G. DE GREGORIO, *Il diritto delle piattaforme digitali*, cit., 1468.

⁵⁸ CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL*. Tra i tanti, v. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all’oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015.

⁵⁹ G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe*, cit., 341.

stato definito il diritto all’oblio o, meglio, alla deindicizzazione, si è attribuito in capo ai *service providers* il dovere di intervenire e prendere una decisione dinnanzi alla richiesta dell’utente. Pur attribuendo così a soggetti privati un potere ampio, da molti criticato, di bilanciamento tra interesse della collettività e diritto dell’individuo, la CGUE ha certamente per la prima volta operato nel senso di una “responsabilizzazione” del motore di ricerca, aprendo un dibattito, anche legislativo, sui limiti della autoregolamentazione dello spazio digitale e sugli obblighi cui essa deve invece attenersi al fine di garantire i diritti degli utenti⁶⁰.

Mentre tale intervento è risultato determinante per la trasposizione del diritto alla deindicizzazione, pur con qualche criticità, all’interno del Reg. UE 2016/679, merita solo brevemente evidenziare come anche a livello nazionale non siano mancati gli interventi di Corti costituzionali volti a delimitare la portata della *platform law* e riportarla entro i confini della *rule of law* e della garanzia dei diritti fondamentali. Riconoscendo l’importanza di talune piattaforme anche per l’esercizio di diritti e libertà politiche, il *Bundesverfassungsgericht* tedesco, ad esempio, ha ordinato a Facebook di ripristinare il profilo di un partito politico di estrema destra che il gigante blu dei *social* aveva sospeso sulla base delle proprie condizioni contrattuali e regole interne di *content moderation*⁶¹. Particolare attenzione viene quindi dedicata dai giudici al «*periculum* che un atto di censura privata (..) avrebbe potuto determinare rispetto all’esercizio della libertà di espressione ma anche (e forse soprattutto) in relazione al regolare svolgersi dell’allora imminente competizione elettorale»⁶². Insomma, il pronunciamento dei giudici costituzionali⁶³ quanto alla legittimità dell’eliminazione di contenuti o profili dalla rete ha rappresentato un primo antidoto per arginare una senza dubbio preoccupante tendenza alla «privatizzazione della giustizia digitale»⁶⁴. Non possono tuttavia essere ignorati i limiti di un simile approccio *case-by-case*, che ben potrebbe essere superato da un intervento normativo ampio e deciso, mediante la previsione di «un insieme di regole che specificchino meglio quali sono gli obblighi nella rete, le responsabilità delle piattaforme, e che prevedano, in caso di conflitto, un rapido intervento di istituzioni terze rispetto alle parti»⁶⁵.

⁶⁰ Sul punto, M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms: la libertà d’espressione e i nuovi censori dell’agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2019, 35 ss.; L. SCAFFARDI, *Internet fra auto-limitazione e controllo pubblico*, in corso di pubblicazione.

⁶¹ 1 BvQ 42/19, ord. 22 maggio 2019.

⁶² Per un’analisi di tale pronuncia, v. M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network*, cit., 92-93.

⁶³ L. RULLO, *Corti costituzionali e social media. Una panoramica europea*, in questa Rivista, Fasc. Spec. 3/2021, 607 ss. Di interesse sono anche le decisioni delle corti ordinarie in tema di restrizioni poste dai gestori di piattaforme: in Italia, ad es., si legga Trib. Roma, ordinanza 12 dicembre 2019, caso *Casa Pound c. FB* e Trib. Roma, ord. 23 febbraio 2019, caso *Forza Nuova c. FB*.

⁶⁴ Così O. POLLICINO, *Facebook e il pericoloso passo in avanti verso la privatizzazione della giustizia digitale*, in *Diritto e web*, 18 settembre 2019.

⁶⁵ G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in *MediaLaws*, 1/2018, 45.

Se taluni Stati membri⁶⁶ e il legislatore europeo stanno muovendo alcuni importanti passi in questa direzione, forse ancora timidi e dagli effetti tutti da determinarsi⁶⁷, è certo che la spinta propulsiva delle Corti costituzionali e della CGUE ha portato gli organi legislativi, a diversi livelli e con diverse soluzioni, ad interrogarsi e ad attivarsi per stabilire norme – talvolta nell’ottica della co-regolamentazione⁶⁸ – volte a scongiurare il rischio, tutt’altro che ipotetico, che la salvaguardia di diritti, libertà e i principi alla base dello Stato di diritto sia rimessa unicamente nelle mani di soggetti privati, svincolati da qualsiasi scrutinio e limite democraticamente sancito.

4. Corti e legislatori tra interventi immediati e risposte sistemiche: il complesso percorso verso l’affermazione di un digital rule of law

I casi paradigmatici sopra esaminati dimostrano innanzitutto, pur nella loro diversità e considerando le peculiarità degli ordinamenti entro cui si inseriscono, la capacità delle giurisdizioni costituzionali di cogliere le sfide poste dalla società tecnologica. In tale giurisprudenza è possibile rinvenire l’avvio di un serio percorso – certamente ancora incompiuto – di determinazione, nella specifica dimensione digitale, del *rule of law*; ciò nella consapevolezza che quest’ultimo non si inverte in un concetto statico, bensì «grows and changes its profile with the evolution of society due to economic, social, technological, and political factors»⁶⁹.

L’intervento delle Corti nelle pronunce esaminate ha stabilito quindi decisivi passi verso il riconoscimento di nuovi limiti a ciò che è stato definito ormai il *tecnopotere*⁷⁰ – pubblico e privato – che promana dal controllo delle nuove tecnologie, dall’automazione o della sfera *online*. Così, attraverso la previsione di specifiche garanzie costituzionali, capaci di coinvolgere non solo poteri pubblici ma anche privati, le giurisdizioni costituzionali si stanno ponendo quale motore di un «process of constitutionalisation of

⁶⁶ Ad es. la normativa tedesca NetzDG (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) del 1 ottobre 2017 (V. CLAUSSEN, *Fighting Hate Speech and Fake News. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the Context of the EU Legislation*, in *MediaLaws*, 3/2018, 110 ss.).

⁶⁷ Pensiamo al *Code of conduct on countering illegal hate speech online* del 2016 o al *Code of practice on disinformation* del 2018, adottati dalla Commissione europea ma anche, più recentemente, ad atti di *hard law* quali il Reg. (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (Regolamento sui servizi digitali) e Reg. (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Regolamento sui mercati digitali) (v. M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2022, 49 ss.).

⁶⁸ In questi termini, P. BONINI, *L’autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, 11/2020, 265 ss.; G. MOBILIO, *L’intelligenza artificiale e i rischi di una “disruption” della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, 401 ss.; R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, 1376 ss.

⁶⁹ T. VON DANWITZ, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ*, in *Fordham ILJ*, 37/2014, 1332.

⁷⁰ Di deriva tecnocratica parla E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, cit., 36, che evidenzia come «La giustizia costituzionale, tracciando la ‘misura’ della scienza, riconduce l’agire umano, che si realizza nell’applicazione tecnica, al piano dei valori condivisi».

the digital society» ancora in fieri⁷¹ ma che ha contribuito a determinare una «evolution and adaptation of the legal order, by re-elaborating existing norms in light of the peculiarities of the digital society»⁷².

Occupandosi dei diversi profili di pericolo per il *rule of law* – da quelli determinati dall’impiego espansivo di strumenti tecnologici da parte di pubblici poteri, a quelli dettati dall’espandersi del *rule of platforms*⁷³ –, i giudici costituzionali hanno saputo sollecitare un più attento intervento regolatorio, dinnanzi ad un legislatore sovente – e scientemente – latitante o restio a attuare un approccio di *policy before technology*. In altre parole, le decisioni delle Corti hanno avuto un solido riverbero nelle scelte normative di parlamenti nazionali e sovranazionali: questi, nella gran parte dei casi, a seguito delle pronunce dei giudici, hanno provveduto a riformare le discipline esistenti integrandovi – con diverso grado di intensità – i principi del *rule of law* enucleati dalla giurisprudenza, nonché sancendo tutele chiare e precise anche mediante il riconoscimento del controllo giurisdizionale o di una autorità indipendente quale strumento di garanzia dei diritti fondamentali e di limitazione del rischio di discrezionalità e abusi da parte dei poteri pubblici. L’apporto delle Corti costituzionali ha inoltre determinato una maggiore e più puntuale regolamentazione della rete, non solo spronando il legislatore ad interventi – di *soft o hard law* – volti ad una responsabilizzazione dei *service providers* digitali ma anche spingendo gli stessi attori privati in tale direzione. Non è un caso che a seguito di sentenze quali *Google Spain* o *Schrems*, diverse *Big Tech* – ma anche operatori di più ridotte dimensioni – abbiano istituito organi indipendenti di controllo⁷⁴ o adottato *policies* e accordi improntati alla trasparenza e *accountability* nonché orientati, almeno sulla carta, ad una più solida tutela dei diritti fondamentali e del *rule of law*⁷⁵.

Se la dinamica sin qui descritta – che vede prima l’intervento delle Corti e, successivamente e conseguentemente, quello del legislatore – consente di ravvisare l’avvio di un positivo percorso, anche regolatorio, essa non è tuttavia esente da critiche e

⁷¹ E. CELESTE, *Digital Constitutionalism*, cit., 74.

⁷² *Ibid.*, 58. Pollicino ha affermato come «judicial activism has been playing a critical role in incorporating the relevance of constitutional law into the framework of the information society», O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Londra, 2021, 184.

⁷³ Questa rischia di consentire ai poteri privati di autoregolare il proprio spazio di intervento e di sfuggire così ai principi del *rule of law* nel mondo della rete; così L. VIOLANTE, *Introduzione*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Vol. I, 1 ss.

⁷⁴ Tra cui merita citare l’*Oversight Board* di Facebook o il Comitato etico di Google (A. GIUBILEI, *Il nuovo Oversight Board istituito per il controllo dei contenuti su Facebook alla luce delle sue prime decisioni: tra natura paragiurisdizionale e tutela della libertà d’espressione*, in questa Rivista, Fasc. Spec. 3/2021, 179 ss.).

⁷⁵ Sul fronte del trasferimento di dati verso Paesi terzi, ad es., la *Schrems saga* ha prodotto diversi effetti positivi, identificabili nell’adozione, da parte di *service providers* di standard e *privacy policies* più rigorosi ma anche nell’implementazione di normative nazionali, quali il *California Consumer Privacy Act*, ispirati al GDPR europeo. Su tali profili, riconducibili al c.d. *Brussels effect* e determinati dalla forte spinta propulsiva della giurisprudenza della CGUE, sia permesso rinviare a G. FORMICI, *La disciplina della data retention*, cit., in particolare Cap. 3.

impone, anzi, riflessioni approfondite quanto al rapporto – invero già discusso anche nel contesto analogico⁷⁶ – tra potere legislativo e giurisdizionale.

L’irrompere della tecnologia e dei processi di “datificazione” e automazione nella società ha reso infatti evidente la difficoltà dei Parlamenti di tenere il passo di una rapida innovazione, a fronte della quale le lungaggini del procedimento legislativo nonché del dibattito politico mostrano tutta la loro inefficacia e, talvolta, inadeguatezza. Dinanzi a sfide, quelle del controllo *di* e *in* rete e della disciplina delle nuove tecnologie, emerge senza dubbio la complessità di individuare soluzioni normative nazionali in grado di tutelare adeguatamente i diritti e le libertà dei cittadini; parimenti l’inconoscibilità ed elevata tecnicità di talune tecnologie, quali i sempre più sofisticati sistemi di AI, rendono arduo trovare risposte regolatorie capaci di favorire trasparenza, completezza e chiarezza dei processi decisionali.

In questo scenario, che evidenzia le problematiche caratterizzanti il potere legislativo, le giurisdizioni e, in particolare, quelle costituzionali, hanno finito con l’assumere rilievo centrale, non solo per l’“*hyper-activism*” che contraddistingue talune Corti, tra cui la CGUE⁷⁷, ma anche per la capacità dei giudici di «promptly react» e di rappresentare così «the bodies best equipped to provide an initial answer»⁷⁸. La capacità di fornire una reazione relativamente rapida⁷⁹ e una tutela puntuale dei diritti fondamentali è del resto emersa con evidenza nelle pronunce proposte nel presente lavoro, nelle quali i giudici hanno delineato significativi principi e requisiti, prestando una garanzia e una prima definizione dei contorni del *rule of law* digitale. Ed è proprio per tali ragioni che in futuro le Corti saranno nuovamente e sempre più spesso chiamate ad intervenire.

L’emergere di tali risposte da parte delle Corti costituzionali, rinvenibili in diversi ordinamenti e rispetto a diverse minacce allo Stato di diritto, non può però portare ad identificare nell’intervento giurisdizionale l’unica e definitiva soluzione alle sfide poste dalla società tecnologica. La determinazione, da parte dei giudici, di veri e propri *vademecum* e principi sempre più specifici ai legislatori – aprendo peraltro a significativi quesiti sui pericoli di un simile intervento⁸⁰ – deve essere anzi letta come il riconoscimento di una necessaria ed imprescindibile (re)azione normativa.

⁷⁶ In tema, *ex multis*, B. ACKERMAN, *The New Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, 3/2000, 633 ss.; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, Cambridge, 2007.

⁷⁷ F-G. WILMAN, *Two emerging principles of EU Internet Law: a comparative analysis of the prohibitions of general data retention and general monitoring obligations*, in *Computer Law & Security Review*, 46/2022, 1 ss.

⁷⁸ O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet*, cit., 188.

⁷⁹ Rapida soprattutto a confronto con il ben più lento, quando non del tutto immobile, intervento normativo: si pensi a quanto complesso e rallentato sia il percorso che sta portando in India all’adozione di una normativa generale in materia di protezione dei dati, ma anche all’accidentato cammino della Proposta di Regolamento *e-privacy* nell’UE o ancora, nel medesimo contesto, della Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull’AI (COM/2021/206 fin).

⁸⁰ Ciò soprattutto con riferimento al complesso rapporto tra potere legislativo e giudiziario e ai limiti all’interventismo di quest’ultimo rispetto al principio di separazione dei poteri. Più ampiamente sulle sfide a tale principio chiave, anche per l’affermazione del *rule of law*, v., oltre a quanto richiamato *supra*, A. BARAGGIA, C. FASONE, L.P. VANONI (eds), *New Challenges to the Separation of Powers*, Londra, 2020.

La complessità e lunghezza di alcune “saghe” giurisprudenziali e il continuo ricorso alle Corti denotano l’impossibilità intrinseca nelle giurisdizioni – anche costituzionali – di fornire una “risposta sistematica” all’esigenza di ripensare tutele e limiti al potere nell’era digitale⁸¹. Una risposta ampia e preventiva dovrebbe essere piuttosto frutto di scelte, anche politiche, di bilanciamento tra interessi e diritti, di determinazione delle modalità di responsabilizzazione dei soggetti privati nonché di istituzione, eventualmente, di autorità apposite di vigilanza.

L’abilità dei parlamenti di cogliere questo monito e di far proprio lo sforzo di incorporare nelle scelte legislative i principi emersi dalle prime e più rapide reazioni giurisdizionali, determinerà tanto il futuro dei rapporti tra organi dello Stato dinnanzi alla pressione esercitata dal progresso e dell’innovazione, quanto la tenuta dei nostri sistemi costituzionali. Solo l’interazione e cooperazione tra potere legislativo e giurisdizionale, ancor più essenziale nell’era del cambiamento e dell’erosione delle funzioni pubbliche, potrà efficacemente reagire a quel sempre più urgente «*need of rule of law in the digital environment*»⁸².

⁸¹ «When the current law, or the lack thereof, is insufficient to address present conditions, then it is for the legislature to take appropriate action. This principle surely applies to uncertainties resulting from technological change. But what happens if the legislature is not responding?», A. SAJÒ, C. RYAN, *Judicial Reasoning and New Technologies*, in O. Pollicino, G. Romeo (eds), *The Internet and Constitutional Law. The Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe*, Londra, 2016.

⁸² Come evidenziato dal High Commissioner for Human Rights Navi Pillay nella *Lecture* intitolata *Human Rights and the Rule of Law in a Digital Age*, 2013, <https://www.law.kuleuven.be/home/media/navi-pillay/leuven-internet-and-rule-of-law-final-may.pdf>.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA DISAPPLICAZIONE PER CONTRASTO CON IL DIRITTO UE E LA TUTELA
DEI DIRITTI FONDAMENTALI. UN CONFRONTO TRA I PIÙ RECENTI
ORIENTAMENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA E DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SPAGNOLO

PAOLO GAMBATESA

SOMMARIO: 1. L'intreccio tra il piano delle fonti e quello della tutela dei diritti: due facce della stessa medaglia. – 2. La “svolta” della sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale italiana: verso una maggiore cooperazione con il Giudice dell'Unione, a discapito della “immediata” disapplicazione. – 3. Il *Tribunal Constitutional*, la Carta di Nizza e il potere di disapplicazione nell' “era” post Melloni. – 4. Considerazioni conclusive: limiti all'enucleazione e al consolidamento dei diritti costituzionali attraverso lo strumento della disapplicazione.

1. *L'intreccio tra il piano delle fonti e quello della tutela dei diritti: due facce della stessa medaglia*

La cooperazione in ambito giudiziario tra giudici nazionali e Corte di Giustizia si è radicata grazie allo strumento del rinvio pregiudiziale, la cui disciplina rappresentava già nel 1957 un tratto peculiare delle neonate tre Comunità europee (cfr. art. 177 Trattato CEE, oggi tramutato nell'art. 267 TFUE)¹.

¹ Sul tema, per tutti, F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020 e, più recentemente, per una analisi quantitativa in relazione all'uso dello strumento pregiudiziale da parte dei giudici italiani, si v. J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona al 31.12.2021: uno studio sulla prassi e sulle prospettive*, in *Eurojus*, 4/2022, 26 ss.

Come noto, negli anni il canale diretto con il Giudice dell’Unione ha agevolato, anzitutto, una maggiore cementificazione dei due principi di struttura dell’Unione, effetto diretto e primato, attraverso una sempre più uniforme applicazione del *diritto delle Comunità* negli ordinamenti nazionali, resa possibile dall’intensa attività ermeneutica della Corte di Lussemburgo.

In quest’ottica, a divenire determinante è stato il ruolo del giudice comune abilitato a risolvere “direttamente” le antinomie tra norma nazionale e norma europea facendo immediato uso del meccanismo della non applicazione o disapplicazione². Ed è stato proprio il consolidamento di tale strumento nelle mani del giudice comune che ha condotto autorevole dottrina a definire quest’ultimo come il “giudice naturale” dell’Unione³.

Si è così creato un sempre più ricco e ampio *spazio giudiziario europeo*⁴, basato sulla cooperazione tra attori giurisdizionali che, seppur operando su piani ordinamentali differenti, ha fortemente inciso sulla risoluzione delle controversie nazionali.

² Occorre chiarire che nel proseguo della trattazione i due termini in questione – «disapplicazione» e «non applicazione» – verranno adoperati come sinonimi, dal momento che entrambe le terminologie possono validamente riferirsi a quello specifico fenomeno giuridico che, su un piano concreto, conduce alla mancata applicazione di una norma nel corso di una controversia. Ciò premesso, non sarebbe possibile individuare una esatta coincidenza di significato tra i due termini. Come ha precisato la Corte costituzionale italiana nella nota pronuncia *Granital* (n. 170 del 1984), l’antinomia che viene a generarsi tra due norme che appartengono ad ordinamenti «distinti e autonomi», ancorché «coordinati» (sent. *Granital*, cit., n. 4 *Cons. in dir.*, primo cpv), si risolverà fornendo prevalenza a quella europea. Con la dovuta specificazione per cui siffatta prevalenza produrrà l’effetto «non già di caducare, nell’accezione propria del termine, [della] norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale» (sent. *Granital*, cit., n. 5 *Cons. in dir.*, secondo cpv). È questa una delle conseguenze legate alla parziale cessione di sovranità disposta in favore dell’UE e, conseguentemente, la norma interna non applicata conserverà «intatta la propria efficacia e il proprio valore al di fuori dei limiti materiali e temporali di applicazione della normativa comunitaria» (M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *Unione Europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, 139). Non potrà, pertanto, escludersi in linea teorica che se lo Stato dovesse riappropriarsi in futuro di quella pozione di sovranità ceduta, la norma non applicata (se non successivamente abrogata), tornerebbe ad applicarsi regolarmente.

Mentre, il termine «disapplicazione» evocerebbe i «vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell’autonomia dei due ordinamenti». Per maggiori approfondimenti sulle implicazioni teoriche relativa alla distinzione menzionata, si v. V. ONIDA, *A cinquanta anni dalla sentenza «Costa/Enel»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant’anni dopo*, Milano, 2012, 29 ss. In argomento, si v. anche M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *Unione Europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, cit., 137 ss., e A. AMATO, *La disapplicazione giudiziale e Carta di Nizza. Profili costituzionali*, Napoli, 2021, 138 ss.

³ G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, Padova, 2012, 290.

⁴ In argomento si rinvia alle più ampie riflessioni di M. D’AMICO, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, 3/2017, 1 ss., che si sviluppano intorno alla complessità di tale spazio di giudici e di tutele nella dimensione sovranazionale. In quest’ultima, in particolare, il sistema composito non è costituito solo dall’Unione Europea e dal “suo” Giudice, ma assumono rilievo anche gli organi giudiziari del Consiglio d’Europa, quale la Corte EDU e il Comitato europeo dei diritti sociali. Posta questa fondamentale premessa circa le ampie coordinate proprie dello spazio giudiziario europeo, si precisa che il presente contributo mira a vagliare solo l’ambito di tutela proprio dell’ordinamento dell’Unione Europea.

In tale circuito giudiziario, le Corti costituzionali degli Stati Membri⁵ si sono inserite piuttosto tardi⁶, faticando a riconoscersi nella nozione di "giurisdizione" abilitata al rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE⁷. Ciò in quanto il rinvio pregiudiziale è stato considerato per molto tempo uno strumento solo a disposizione del giudice comune, il quale si trovava a dirimere questioni legate all'applicabilità di norme giuridiche nazionali in conflitto con le norme europee.

Questa considerazione ha condizionato anche alcune scelte processuali adottate dalle Corti costituzionali nazionali. Tra quest'ultime, in particolare, il Tribunale Costituzionale spagnolo (d'ora in poi anche "TC") ha escluso che il diritto europeo possa costituire parametro di validità nell'ambito del giudizio di costituzionalità⁸. Similmente, la Corte costituzionale italiana⁹ (in seguito anche "Corte cost.") ha per lungo tempo dichiarato inammissibile, per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione a profili di diritto dell'UE¹⁰, sia pure fatta salva l'ipotesi eccezionale relativa all'antinomia con una norma europea non dotata di effetti diretti¹¹.

Pertanto, tanto la Corte costituzionale italiana quanto il Tribunale costituzionale spagnolo hanno consolidato le rispettive giurisprudenze nel senso che il potere di disapplicare la norma nazionale confliggente con la previsione europea fosse di esclusiva spettanza dei giudici comuni.

Ma se l'utilizzo della disapplicazione non ha posto, e non pone tutt'oggi, problemi per il Giudice costituzionale nelle ipotesi di conflitto tra *regole* nazionali ed europee, lo stesso non può dirsi nei casi in cui tale meccanismo venga adoperato dal giudice comune per disapplicare una *regola* nazionale in contrasto con un *principio* europeo, posto a presidio di un diritto fondamentale consacrato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. In quest'ultima ipotesi, la necessità di procedere ad un'operazione di bilanciamento fa riemergere il ruolo delle Corti costituzionali.

⁵ In argomento, si v. le autorevoli riflessioni di F. BALAGUER CALLEJÓN, *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 2006.

⁶ Tra le prime Corti costituzionali che hanno operato un rinvio pregiudiziale troviamo la Corte costituzionale belga (già denominata *Court d'arbitrage*, dal 2007 *Cour constitutionnelle*) nel 1997 (C-93/97, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins c. Gouvernement flamand e a.*, sentenza del 16 luglio 1998), la Corte Austriaca (*Verfassungsgerichtshof*) nel 1999 (C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e a. c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, sentenza del 8 Novembre 2001), la Corte costituzionale della Lituania (*Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas*) nel 2007 (C-239/07, *Julius Sabatauskas e a.*, sentenza del 9 ottobre 2008). Più recentemente, a titolo meramente esemplificativo, si considerino anche i rinvii pregiudiziali del Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*) e della Corte Suprema Danese (*Højesteret*), che hanno trovato esito nelle sentenze del Giudice europeo, rispettivamente, del 16 giugno 2015 (causa C-62/14, *Peter Gauweiler e a. c. Deutscher Bundestag*) e del 19 aprile 2016 (C-441/14, *Dansk Industri c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*).

⁷ Cfr. Corte cost. (ita), ord. n. 536 del 1995; TC (esp), sent. n. 28 del 1991.

⁸ Così TC, sent. n. 28 del 1991 "*evidente que ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el Derecho de éstas integra, en virtud del referido art. 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español*"; posizione ribadita anche nell'ambito del giudizio de *amparo*, cfr. sent. n. 64 del 1991.

⁹ Per analisi approfondita sul tema, si v. N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, e saggi *ivi* contenuti.

¹⁰ *Ex multis*, Corte cost. ord. nn. 8, 79, 269 del 1991.

¹¹ Cfr. Corte cost., sent. *Granital*, cit., n. 170 del 1984, n. 5 *Cons. in dir.*, ultimo cpv.; sul punto, in senso concorde, anche il TC, ord. n. 168 del 2016.

E dunque, la disapplicazione, se adoperata per risolvere un contrasto tra una norma nazionale e un diritto fondamentale europeo, presenta un impatto diretto sul giudizio di costituzionalità. Per la precisione, in tali ipotesi il giudice comune potrebbe evitare di sollevare la questione di legittimità costituzionale sulla norma nazionale, che risulterà parimenti indubbiata con riguardo al “corrispondente” diritto protetto dalla Costituzione nazionale, e risolvere direttamente siffatta antinomia facendo ricorso agli strumenti forniti dal diritto UE.

Fissato il presupposto dell’analisi, obiettivo del presente contributo sarà quello di vagliare le differenti e più recenti risposte fornite dalla Corte costituzionale italiana e dal *Tribunal Constitucional* spagnolo, al fine di rivitalizzare il proprio ruolo nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali.

2. La “svolta” della sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale italiana: verso una maggiore cooperazione con il Giudice dell’Unione, a discapito della “immediata” disapplicazione

Dopo anni di resistenze e “scontri” tra le giurisprudenze della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia in tema di adattamento del diritto dell’UE nell’ordinamento italiano, nel 1984 con la sentenza *Granital* (n. 170), il Giudice costituzionale italiano allinea la Sua posizione a quella del Giudice europeo, espressa qualche anno prima nel caso *Simmenthal*¹². Ed in particolare, il Giudice delle Leggi italiano, oltre a riaffermare il principio del primato del diritto comunitario, “abilita” il giudice comune ad applicare direttamente alla fattispecie, oggetto del suo giudizio, la norma europea, in luogo di quella interna in conflitto con la prima¹³.

Il consolidamento della giurisprudenza *Simmenthal-Granital* ha prodotto conseguenze sul giudizio di costituzionalità, che poteva essere attivato nella sola ipotesi in cui l’antinomia veniva a generarsi con una norma europea espressiva di effetti diretti. In tutti gli altri casi, come già evidenziato, la questione sollevata andava incontro ad una inammissibilità per difetto di rilevanza, se si era certi degli effetti diretti della norma

¹² Come noto, plurime sono state le decisioni che hanno determinato il c.d. *cammino comunitario* (espressione coniata da P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 2406 ss.) della Corte costituzionale italiana. Sul tema la letteratura scientifica sul tema risulta particolarmente vasta, per tutti, si v. V. ONIDA, *“Armonia tra diversi” e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2002, 549 ss., e R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione Europea*, Torino, 2020, 921 ss.

¹³ Cfr. V. ONIDA, *A cinquanta anni dalla sentenza «Costa/Enel»*, cit., 40, ove l’A. precisa che nelle ipotesi di contrasto tra una norma europea e una nazionale, quest’ultima, «più che venir “disapplicata”, non ha ragione di essere applicata perché la fattispecie è interamente ed esclusivamente regolata dalla norma comunitaria, la quale opera per forza propria a prescindere da qualsiasi intervento del legislatore nazionale, che la recepisca, la riproduca o eventualmente la contraddica: donde la “irrilevanza” della eventuale questione di costituzionalità sollevata o prospettata sulla norma interna. La prevalenza della norma comunitaria non discende dunque dal “rango” che essa occupi in un sistema delle fonti unitariamente considerato, e dalle connesse regole intese a risolvere le antinomie normative nell’ambito dello stesso ordinamento, ma esclusivamente dal fatto che, nella singola fattispecie, la disciplina applicabile è dettata solo dalle norme comunitarie (trattandosi di un ambito rimesso dai Trattati alla competenza degli organi comunitari e da questi effettivamente disciplinato)».

europea, oppure venivano restituiti gli atti al giudice *a quo*, nell'ipotesi in cui vi fosse incertezza circa l'esplicazione di tali effetti. In quest'ultima eventualità la restituzione degli atti trovava giustificazione nella circostanza per cui solo il rimettente poteva rivolgersi incidentalmente alla Corte di Giustizia per l'accertamento della natura della norma europea, mentre tale rinvio era precluso al Giudice delle Leggi.

A distanza di trentatré anni dalla pronuncia *Granital*, emergono delle piccole "crepe" nel sistema dei rapporti interordinamentali che conducono la Corte costituzionale a porre una "deroga" a questa regola giurisprudenziale¹⁴.

La prima origina dal mutamento¹⁵ della giurisprudenza costituzionale circa la possibilità per lo stesso Giudice delle Leggi di effettuare un rinvio al Giudice dell'Unione¹⁶. L'assenza di tale circostanza si poneva in stretta connessione con la

¹⁴ Sull'argomento si sono registrati numerose riflessioni da parte degli studiosi e delle studiose italiane di diverse discipline. Limitando l'attenzione alla dottrina costituzionalistica, si v., per tutti, N. ZANON, *Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della "precisazione" contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla "grande regola" Simmenthal-Granital*, in *Giornata di studio su "Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali"*, Roma, Palazzo della Consulta, 5 Settembre 2022, disponibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it; A. RUGGERI, *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *Federalismi.it*, 6/21, 211 ss.; A. MORRONE, *Oltre Granital: divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto nazionale*, Bologna, 2020, 215 ss.; G. REPETTO, *Judgment No. 269/2017 and Dual Preliminary in the Evolution of the Jurisprudence of the Italian Constitutional Court*, in D. GALLO, G. PICCIRILLI (a cura di), *Dual Preliminary through National, EU and Comparative Case Law*, in *The Italian Journal of Public Law*, Vol. 15, Special Issue No. 15/2023, 8 ss.; G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea* in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, 147 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 642 ss.

¹⁵ Mutamento già auspicato in precedenza da autorevole dottrina. Per tutti, si v. M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, 2006, 112 ss.

¹⁶ Il primo rinvio della Corte costituzionale italiana è avvenuto nell'ambito di un giudizio in via principale, con l'ordinanza di rinvio del 15 aprile 2008, n. 103, che ha trovato esito nella sentenza del 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna* (C-169/08). A fondamento del primo *revirement* vi è la considerazione secondo cui la Corte nel giudizio in via d'azione, a differenza di quello sollecitato in via incidentale, «è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia». Le ragioni non sono però confinate a quest'ultima considerazione, ma come è stato autorevolmente osservato da S. BARTOLE (in *Pregiudiziale comunitarie ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 4-5/2008, 898 ss.) investono anche «la materia dei rapporti fra Stato e Regioni» (903). Infatti, secondo l'A., per quanto tale materia «metta in giuoco la stessa quota di sovranità interna esercitabile in base alla Costituzione dallo Stato (artt. 1 e 117 Cost.), la Corte è forse meno preoccupata dei vincoli che possono derivare al suo giudizio dalla pronuncia interpretativa dei giudici del Lussemburgo di *quanto non tema questi vincoli in altre materie per le quali preferisce lasciare agli altri giudici il compito (e il rischio?) di investire la Corte di Giustizia di un giudizio che può avere effetti incisivi sul nostro ordinamento costituzionale*» (*ibidem*, enfasi aggiunta). In altri termini, la scelta di operare un rinvio pregiudiziale «implica semplicemente che essa [la Corte costituzionale] forse preferisce non trovarsi esposta nelle altre materie all'impatto diretto da una pronuncia interpretativa della Corte di Giustizia. L'intermediazione di altro giudice, un possibile giudice a quo può rendere meno drammatica la prospettiva di un eventuale conflitto» (904).

Mentre il primo rinvio pregiudiziale nel corso di un giudizio in via incidentale si è registrato nel 2013, con l'ordinanza di rinvio n. 207 (C-418/13), decisa in sede europea con la pronuncia *Mascolo e a.*, resa dal Giudice europeo il 26 novembre 2014 a seguito di una riunione delle cause iscritte al ruolo della Corte di Giustizia (C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13). Sui profili di rilievo che investono il caso, tanto su un piano sostanziale quanto su quello relativo alle implicazioni nell'ambito dei rapporti interordinamentali, si v. M. P. IADICICCO, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul*

giurisprudenza *Simmenthal-Granital*, che consentendo il giudice comune a disapplicare, lasciava conseguentemente in capo a quest’ultimo tutte le occasioni di dialogo con Corte di Giustizia. E pertanto, la Corte, autodefinendosi “autorità giurisdizionale” abilitata al rinvio ai sensi dell’art. 267 TFUE, si è dimostrata maggiormente incline a cooperare con la Corte di Giustizia e, conseguentemente, le maglie del Suo giudizio hanno subito una espansione, nel cui novero ora possono ricomprendersi anche “nuove” questioni concernenti il diritto UE¹⁷.

La seconda “crepa” concerne le innovazioni del sistema delle fonti conseguenti all’art. 6 Trattato di Lisbona, che ha dotato la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea dei medesimi effetti giuridici delle norme di rango primario del diritto UE. Ciò ha comportato la possibilità di applicare lo schema *Simmenthal-Granital* alle previsioni della Carta dotate di effetti diretti.

Occorreva, pertanto, rimuovere alcune delle “vecchie” cause ostative, che impedivano di considerare praticabile la strada del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale. Specificatamente, con il suo nuovo orientamento in tema di doppia pregiudizialità, il Giudice delle Leggi “ristabilisce” – o quanto meno tenta di ristabilire – l’ordine delle pregiudizialità nelle situazioni in cui il giudice comune sospetti del contrasto di una norma nazionale con i diritti fondamentali parimenti presidiati dalla Costituzione italiana, da un lato, e dalla Carta dei Diritti fondamentali dell’UE, dall’altro.

Di tale “nuovo corso” della giurisprudenza costituzionale, come noto, la prima traccia si rinviene nell’*obiter dictum*¹⁸ della sentenza n. 269 del 2017.

La pronuncia si pone il duplice obiettivo di evitare che «la non applicazione trasmod[i] inevitabilmente in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge»¹⁹ e, allo stesso tempo, di «valorizzare il dialogo con la Corte

primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell’ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale, in *Osservatorio AIC*, 2014.

¹⁷ Cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2/2019, 11 ss.

¹⁸ La scelta di operare tale “svolta” in un *obiter dictum* è stata a lungo dibattuta sia in giurisprudenza sia in dottrina, per via della possibile incapacità di un *obiter* di vincolare le scelte di rinvio dei giudici comuni. Tale dibattito verrà sopito nel 2019, con la sent. n. 20, ove il Giudice delle Leggi eleva a *ratio decidendi* la sua precedente “precisazione” (così, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta opportuna della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 5), così restringendo le maglie del filtro di rilevanza in relazione alle questioni di legittimità con profili europei. A testimonianza delle diverse posizioni emerse nel 2018, a titolo d’esempio, si considerino le diverse scelte assunte dalla Corte di Cassazione, la quale in una pronuncia (sez. lav., sent. del 17 maggio 2018, n. 12108) ha affermato che l’*obiter* costituisce una mera «proposta metodologica», e in quanto tale resta priva di «natura obbligante per il Giudice ordinario» (pt. 13), in altra decisione, invece, ha ritenuto di dare seguito al nuovo “schermo pregiudiziale” proposto nell’*obiter* e rimette gli atti al Giudice (cfr. sez. sez. II civ., ord. di rimessione del 24 gennaio 2018, n. 3831; sul tema, R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018; S. CATALANO, *La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale: un esempio di “buon dialogo” fra Corti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2021, 296 ss.; ed infine, sia consentito un rinvio a P. GAMBATESA, *Riflessioni sulla prima occasione di “dialogo” tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in *Federalismi.it*, 23/2021, 64 ss.).

¹⁹ Corte cost., sent. n. 269/2017, pt. 5.3. *Cons. in dir.*, primo cpv. Specificatamente, il suddetto rischio, nella prospettiva della Corte, è da rintracciarsi in quella che è stata definita l’applicazione «*traboccante*» delle disposizioni della Carta di Nizza ad opera dei giudici comuni (cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 1 ss.), i quali – facendo

di giustizia [...], affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico»²⁰.

Ma se nella pronuncia del 2017 pare emerga il carattere obbligatorio della nuova regola²¹, nelle decisioni successive – in particolare a partire dalla sentenza n. 20 del 2019 – “tempera” la portata obbligatoria della stessa, enfatizzando l’opportunità fornita ai giudici di operare un rinvio *anche* alla Corte costituzionale e lasciando così intatta la discrezionalità del giudice rimettente di interrogare – anche in prima battuta – la Corte di Giustizia, nonché di procedere eventualmente alla disapplicazione della norma nazionale “doppiamente” indubbiata (cfr. sent. 63 del 2019).

Con il carattere non obbligatorio della rimessione degli atti viene rafforzata la finalità cooperativa che si prefigge la Corte costituzionale; ciò a dimostrazione che Essa «non pare mossa dalla volontà di “chiudere” il nostro ordinamento ai diritti protetti a livello sovranazionale, ma solo dalla volontà di non essere estromessa dai relativi giudizi, e allo stesso tempo dalla volontà di valorizzare la Costituzione italiana come fonte di tutela dei diritti fondamentali»²².

In tal senso, milita anche l’atteggiamento assunto dalla Corte negli ultimi anni, nel corso dei quali il dialogo con la Corte di Giustizia è stato sollecitato già in tre occasioni²³.

Ciò porta a dedurre che la Corte costituzionale italiana, pur apparendo piuttosto critica nei confronti delle prassi disapplicative invalse presso i giudici comuni, chieda di essere investita della questione ove il caso “sconfini” nella protezione dei diritti fondamentali e, quindi, in eventualità anche quando la norma europea sia espressiva di effetti diretti²⁴.

Pertanto, il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale mira a fornire una tutela integrata, da ottenersi tramite la combinazione della portata dei diritti fondamentali che

leva su una norma ad effetto diretto della CdfUE – davano prevalenza allo strumento della disapplicazione, in luogo del sollevamento della questione di legittimità costituzionale.

²⁰ *Ivi*, pt. 5.2. *Cons. in dir.*, quarto cpv.

²¹ *Ivi*, pt. 5.2. *Cons. in dir.* ult. cpv., ove si legge che «questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, *debba* essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 267 del TFUE» (corsivo aggiunto).

²² M. D’AMICO, *L’Europa dei diritti: tra “aperture” e “chiusure”*, in A. PÉREZ MIRAS, G. M. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA, M. P. IADICICCO (a cura di), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, BOE, 2020, 403 ss.

²³ Cfr. rinvii pregiudiziali nei casi *Consob* (Corte cost., ord. di rinvio n. 117/2019; Corte di Giustizia, sent. del 2 febbraio 2021 [GC], *Consob*, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84; Corte cost., sent. n. 84/2021), *bonus bebè* (Corte cost., ord. di rinvio n. 182/2020; Corte di Giustizia, sent. del 2 settembre 2021 [GC], *O.D. c. INPS*, C-350/20, ECLI:EU:C:2021:659; Corte cost. sent. n. 54/2022) e, più di recente, in tema di *MAE* (Corte cost., ord. di rinvio nn. 216-217/2022; Corte di Giustizia, sent. del 18 aprile 2023 [GC], *E.D.L.*, C-699/21, ECLI:EU:C:2023:295; Corte cost. sent. nn. 177-178/2023).

²⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3/2017, 234 ss. L’A. precisa che, sottesa alla “svolta” della decisione n. 269, vi sarebbe l’intento della Corte costituzionale di affermare un nuovo criterio risoluzione delle antinomie di tipo assiologico-sostanziale, che fa perno sulla “carica di valore” espressa dalla norma UE, in luogo del precedente criterio strutturale, incentrato invece sul carattere autopplicativo delle norme UE.

trovano protezione sia al livello costituzionale sia al livello eurounitario²⁵. L’effetto innovativo della tutela integrata finisce per impattare sulla stessa *enucleazione* dei diritti operata dalla Corte costituzionale, che nell’ambito della Sua attività ermeneutica si ritroverà a combinare un duplice standard di tutela (costituzionale ed europeo). Combinazione che, in altri termini, finisce per impattare sulla stessa determinazione del parametro costituzionale, che sottenderà anzitutto la conformità tra le “medesime” norme “super primarie” della Costituzione e della Carta di Nizza (quest’ultima, per la precisione, quale norma interposta che trova spazio nel giudizio costituzionale per mezzo dei parametri interposti *ex artt. 11 e 117, co. 1*).

In definitiva, la immediata disapplicazione giudiziale per contrasto con la Carta di Nizza, consentendo di aggirare l’“ostacolo” dell’incidente di costituzionalità, impedirebbe al Giudice costituzionale di proferire la Sua “prima parola”²⁶, e così anche un controllo sulla portata delle due tutele menzionate. In quest’ottica, l’opera di *enucleazione* dei diritti da parte della Corte costituzionale si traduce nella integrazione e combinazione delle due tutele (costituzionale ed europea), cui seguirebbe – in caso di violazione dello standard condiviso e *consolidato* – una espunzione con effetti *erga omnes* della norma nazionale dall’ordinamento italiano.

3. Il Tribunal Constitutional, la Carta di Nizza e il potere di disapplicazione nell’*“era” post Melloni*

Nell’ambito della giurisprudenza del *Tribunal Constitutional*, in più occasioni è stata evidenziata la autonomia tra la pregiudiziale europea e quella costituzionale, sicché il giudice comune è stato invitato dal Giudice costituzionale spagnolo ad accordare precedenza ai rimedi del diritto europeo²⁷. Questa impostazione trova fondamento nella circostanza secondo cui nel giudizio di costituzionalità spagnolo, al contrario di quello italiano, il diritto europeo non assume la veste di parametro interposto. Tale differenziazione si ripercuoterà sul significato assunto dalla disapplicazione nell’ordinamento spagnolo.

Per vagliare la peculiarità di tale strumento, occorre tracciare alcune coordinate sviluppate dal *Tribunal Constitucional* in materia di applicazione della Carta di Nizza da parte di giudici comuni.

²⁵ A tal proposito, G. REPETTO (in *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2995 ss.) afferma che la Corte costituzionale intenda contrapporre al classico monismo affermato dalla Corte di Giustizia un «monismo costituzionale rovesciato». Ciò in quanto, la Corte, «parafrasando a parti invertite il tradizionale adagio in tema di *incorporation* fatto proprio a Lussemburgo nel corso degli anni, [...] reclamerebbe (pur se non in via esclusiva) giurisdizione su tutto quanto rientra nell’ambito di applicazione dei diritti garantiti dalla Costituzione».

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 20 del 2019, pt. 2.3. *Cons. in dir.*, primo cpv.

²⁷ Per una ricognizione della giurisprudenza del *Tribunal Constitutional* in tema di applicazione nazionale del diritto dell’Unione Europea, si v. lo studio del Servizio Studi del TC, *Prontuario de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea*.

A tal riguardo, inizialmente il Giudice delle Leggi spagnolo ha distinto due differenti regimi²⁸, che fanno perno su due differenti norme costituzionali: gli artt. 93 e 10, comma 2, della Costituzione spagnola (in seguito anche “CE”).

In primo luogo, in virtù del principio del primato, il giudice comune accorda precedenza alle norme della Carta di Nizza provviste di effetto diretto nell’ipotesi in cui si trovi a dirimere una controversia regolata da una norma nazionale che rientra nell’ambito di applicazione diritto dell’Unione (cfr. art. 51, par. 1, CdfUE). Il fondamento costituzionale si rinviene nell’art. 93 CE²⁹, che consente le limitazioni di sovranità a seguito della ratifica con legge organica di Trattati internazionali³⁰. Conseguentemente, in tali ipotesi, il giudice comune dovrà disapplicare la norma nazionale e non potrà, invece, investire della questione il Giudice costituzionale che non invaliderà una volta per tutte la previsione interna.

In secondo luogo, vi sono tutte le altre controversie in cui non si fa applicazione di norme nazionali approvate in attuazione del diritto UE. In tali ipotesi, ai sensi dell’art. 10, comma 2, CE³¹, la Carta – sebbene non formalmente applicabile – svolge comunque un ruolo ermeneutico di rilievo, specie in relazione al significato e alla portata dei diritti e delle libertà sancite nella Costituzione spagnola³².

Ad ogni modo, si afferma che la Carta dei Diritti rappresenta una “*garantía de mínimos*”, per la quale «il contenuto di ogni diritto e libertà può essere sviluppato fino a raggiungere la densità di contenuto assicurata in ogni caso dal diritto interno». Ciò implica che «l’applicazione da parte del giudice nazionale, in quanto giudice europeo, dei diritti fondamentali della Carta deve, quasi senza eccezioni, presupporre la contemporanea applicazione della corrispondente legge fondamentale nazionale»³³.

Ricapitolando, la Carta, benché in linea teorica non possa collocarsi a un livello inferiore di quello occupato dalle previsioni costituzionali, presenta un duplice regime di

²⁸ A. AGUILAR CALAHORRO, *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Union Europea*, Madrid, 2021, 228.

²⁹ Art. 93 CE: «Mediante legge organica si potrà autorizzare la stipulazione di trattati con cui si attribuisca a un’organizzazione o istituzione internazionale l’esercizio di competenze derivate dalla Costituzione. Spetta alle Cortes Generali o al Governo, a seconda dei casi, garantire l’attuazione di questi trattati e delle risoluzioni emanate dagli organismi internazionali o supranazionali titolari della cessione».

³⁰ Sulla natura *cooperativa* dell’art. 93 si v. le autorevoli riflessioni di M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Madrid, 2002, 63 ss. L’A., enfatizzando il “sentido político-constitucional” dell’art. 93, ritiene che «el objeto de atribución, las competencias constitucionales, refiere inmediatamente a la idea de poder público manifestado a través del Derecho: ceder el ejercicio de competencias constitucionales no es otra cosa que habilitar el ejercicio de poder público, bien tome éste la forma de potestad normativa, de acción administrativa o de función jurisdiccional. En definitiva, el artículo 93 CE autoriza la integración del Estado español en instituciones supranacionales, donde los problemas internacionales se afrontan de forma cooperativa (jurídicamente y con ejercicio de poder público). Pero el artículo 93 CE no sólo determina la naturaleza cooperativa de nuestro Estado en cuanto que licita la atribución de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones internacionales. Impone también, al requerir para la autorización ley orgánica, que esa atribución se realice por la fuente que mejor refleja el consenso constitucional» (63-64).

³¹ Art. 10, comma 2, CE: «Le norme relative ai diritti fondamentali e alla libertà, riconosciute dalla Costituzione, s’interpreteranno in conformità alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo e ai Trattati e Accordi internazionali nelle stesse materie ratificate dalla Spagna».

³² *Ex multis*, TC, sent. n. 61 del 2013. Cfr. *Prontuario jurisprudencia constitucional*, cit., 9 ss.

³³ TC, sent. n. 1 del 2004, come riporta, A. AGUILAR CALAHORRO, *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Union Europea*, cit., 229.

applicazione³⁴ che consta, da un lato, nella sua primazia applicativa ai sensi dell’art. 93 CE e, dall’altro, nel suo valore ermeneutico ai sensi dell’art. 10, comma 2, CE.

Questo “doppio” binario si restringe e diventa “unico” in seguito al noto caso *Melloni* (2010). In particolare, il *Tribunal Constitutional* rivedrà «la sua dottrina del 2004 sull’efficacia della Carta sul piano interno, tendendo a generalizzare la sua mera efficacia ermeneutica -10.2 CE- rispetto al suo primato -93 CE-»³⁵.

Nel caso *Melloni*³⁶ il *Tribunal Constitutional* si è ritrovato, nell’ambito di un *recurso de amparo*³⁷, a far fronte ad una situazione in cui il medesimo diritto incontrava standard di tutela differenti. Più precisamente, il fatto che lo standard nazionale risultava essere più elevato di quello europeo ha giustificato il primo rinvio pregiudiziale del Giudice delle Leggi spagnolo. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha ritenuto che nel caso di specie si dovesse applicare lo standard imposto dall’Unione, sebbene più basso di quello nazionale, in quanto altrimenti sarebbe stata messa a rischio l’uniformità del diritto dell’Unione.

Singolare è stata la “risposta” dal TC a seguito del pronunciamento della Corte di Giustizia³⁸. Sebbene il *Tribunal* abbia ribadito la possibilità *in extremis* di applicare i “suoi” controlimiti, ha preferito aderire a quanto deciso dalla Corte di Lussemburgo, optando per un *overruling* della Sua giurisprudenza. In altri termini, re-interpreta, ai sensi dell’art. 10, comma 2, il “suo” diritto in conformità allo standard della CdfUE, la quale invece non “prevale” in forza del principio del primato (e dunque, nel solco dell’art. 93 CE).

Di conseguenza, il TC colloca la CdfUE su “unico” binario, che è quello che si sviluppa sul piano ermeneutico. Una precisa scelta di politica costituzionale che in realtà produce effetti sul solo versante del consolidamento dei diritti costituzionali, mentre resta priva di conseguenze sul tema della creazione di nuovi diritti.

Questa conseguenza trova, anzitutto, ragion d’essere nel fatto che viene esclusa (come ricordato nelle prime righe del presente paragrafo) la possibilità che le previsioni della CdfUE costituiscano canone di validità. Quest’ultime, infatti, potranno trovare ingresso nel giudizio di costituzionalità solo se “legate” al “corrispondente” diritto prescritto nella Costituzione spagnola, il quale pertanto andrà interpretato alla luce della CdfUE.

Questo meccanismo, però, potrà aversi solo con riferimento al *numerus clausus* dei soli diritti sanciti nella Costituzione spagnola. Sul punto, in particolare, il TC ha affermato

³⁴ A tal proposito, A. AGUILAR CALAHORRO (in *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cit., 226) parla di “*bifuncionalidad*” della Carta dei Diritti.

³⁵ *Ivi*, 231 (traduzione dell’A.).

³⁶ A commento della vicenda si v. C. AMALFITANO, *Mandato d’arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 1 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l’interpretazione dell’art. 53 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea tra Corte di Giustizia e Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, 1/2013; e nella medesima rivista v. anche A. AGUILAR CALAHORRO, *Riflessioni sul primo rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale costituzionale spagnolo*, fasc. monografico su “*Rinvio pregiudiziale*”, 2014.

³⁷ Cfr. F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, *Cuestión de inconstitucionalidad y derecho de la Unión Europea. El Tribunal Constitucional como juez «ad quo»*. *El caso español*, in J.M. MORALES ARROYO (a cura di), *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional*, Madrid, 2014, 143 ss.

³⁸ TC, sent. n. 26 del 2014.

che «i motivi sottesi al ricorso *de amparo* dovranno riguardare sempre la lesione dei diritti fondamentali e delle libertà previste dall’art. 14 all’art. 30 della Costituzione spagnola»³⁹.

Non però l’unica conseguenza che si viene a produrre a seguito del caso *Melloni*. Il fallimento del primo tentativo di “dialogo” sollecitato Giudice costituzionale spagnolo ha generato anche una più generale “disaffezione”⁴⁰ di quest’ultimo a far uso del rinvio pregiudiziale. Non a caso il primo rinvio del TC, sino ad oggi, è rimasto un caso isolato⁴¹.

Ne deriva, dunque, il c.d. binario unico di tutela sommandosi all’assenza di rinvio abbia ristretto l’ambito applicativo della Carta di Nizza al livello costituzionale.

Da ultimo, occorre interrogarsi sul ruolo dei giudici comuni, che dispongono dello strumento della disapplicazione.

Sulla questione, due sono i fenomeni che si sono registrati.

Da una parte, successivamente alla sentenza *Melloni*, anche la giurisdizione comune ha maggiormente valorizzato la Carta sul piano ermeneutico (ai sensi dell’art. 10, comma 2, CE), evitando di procedere alla immediata disapplicazione per contrasto con la Carta⁴².

Dall’altra parte, i giudici si trovano sempre più sollecitati ad ingaggiare il dialogo con la Corte del Lussemburgo. A questo proposito, assume rilievo un altro orientamento del TC che investe esclusivamente il novero delle decisioni rese a seguito di ricorso in via diretta⁴³. Si pensi, in particolare, ai ricorsi intentati per invocare la presunta violazione dell’art. 24 CE (diritto ad un rimedio effettivo) in situazioni in cui il giudice di ultima istanza abbia disapplicato senza aver prima esperito un rinvio pregiudiziale.

In tali ipotesi, attraverso il *recurso de amparo*, la parte ha modo di proporre un “ultimissimo” ricorso al Giudice costituzionale, a motivo del fatto che il giudice di ultima istanza si sia determinato per la disapplicazione della norma nazionale senza aver previamente investito della questione pregiudiziale la Corte di Giustizia. Come noto, il giudice di ultimo grado è soggetto ad obbligo di rinvio a Lussemburgo ai sensi del par. 3 del 267 TFUE, a cui può sottrarsi solo in specifiche casistiche (cfr. giurisprudenza della Corte di Giustizia su *Cilfit*).

Pertanto, in caso di una disapplicazione “non voluta” la parte può invocare il suo “diritto al giudice UE” dinnanzi al *Tribunal Constitucional*. Secondo il Giudice costituzionale spagnolo, infatti, così come la Costituzione ha sottratto al giudice comune la possibilità di disapplicare una norma in contrasto con il dettato costituzionale, e all’uopo ha istituito un *Tribunal* in grado di espungere la norma con efficacia *erga omnes*,

³⁹ Così già TC sent. n. 64 del 1991, più recentemente sent. n. 41 del 2013, ove peraltro si fa espresso richiamo alla CdfUE. Cfr. *Prontuario jurisprudencia constitucional*, cit., 13 ss.

⁴⁰ In questi termini, v. P. CRUZ VILLALÓN, *¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1/25, 2021, 57 ss.

⁴¹ A. AGUILAR CALAHORRO, *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cit., 231 e ss.

⁴² *Ivi*, p. 248 ss.

⁴³ In argomento, si v. i plurimi contributi in J.M. MORALES ARROYO (a cura di), *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional*, cit.; E. CRIVELLI, *Il recurso de amparo e la sua più recente evoluzione nella giustizia costituzionale spagnola*, in M. IACOMETTI, C. MARTINELLI (a cura di), *La Costituzione spagnola quarant’anni dopo*, 2020, Santarcangelo di Romagna, 231 ss., e EAD, *La tutela dei diritti fondamentali e l’accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, 2003, 93 ss.

della stessa maniera, «l'eventuale giudizio di incompatibilità di una norma giuridica interna con il diritto comunitario non può dipendere esclusivamente da un giudizio soggettivo di chi applica la legge, cioè dalla sua autorità, ma deve essere coperto da alcune precauzioni e garanzie»⁴⁴. Tra garanzie figura lo strumento del rinvio pregiudiziale, il quale sarà «essenziale per rispettare il sistema delle fonti stabilito come garanzia intrinseca del principio di legalità, cui sono soggette le azioni dell'amministrazione e dei giudici»⁴⁵.

Con la dovuta precisazione per cui, nell'ambito di questo particolare giudizio, il TC non viene chiamato a vagliare se il giudice di ultima istanza abbia proceduto correttamente alla non applicazione, ma invece solo quello di capire se in capo al suddetto giudice residui un margine di discrezionalità nella scelta di disapplicare; oppure se tale scelta sia "imposta" dai precedenti analoghi della Corte di Giustizia.

Gli orientamenti sulla violazione dell'art. 24 CE hanno subito alcune oscillazioni. Essi sono stati in sostanza due.

Il primo, affermatosi nel 2004 e recentemente ripreso con la sent. n. 37 del 2019, impone un giudizio più stingente che mira ad evitare che il giudice di ultima istanza non disapplichi se non nelle ipotesi in cui è certo di poterlo fare; così facendo, l'obiettivo è incoraggiare sempre di più il giudice di ultima istanza a ingaggiare il dialogo con la Corte di Giustizia.

Il secondo orientamento sviluppato nel 2010 intorno alla violazione dell'art. 24 della Costituzione si fonda un giudizio più generico volto semplicemente a "sanzionare" solo l'uso manifestamente irragionevole dello strumento disapplicativo. E quindi, permane una maggiore discrezionalità in capo all'autorità giudiziaria che rende una decisione inoppugnabile.

In definitiva, questo filone giurisprudenziale pone nel prisma di costituzionalità non già il vaglio sul "corretto" l'impiego di uno strumento "tipico" del giudice comune, ovverosia quello della disapplicazione, bensì mira a regolare il grado di discrezionalità del giudice comune di effettuare il rinvio pregiudiziale, che secondo l'orientamento ora prevalente sarebbe ridottissimo. Se quest'ultimo orientamento, che di fatto invoglia sempre più il giudice a sollevare quesiti pregiudiziali dinnanzi alla Corte europea, lo collocassimo a seguito del caso *Melloni*, probabilmente si potrebbe dedurre una tendenza sempre maggiore del Giudice costituzionale a delegare le possibili occasioni di dialogo che Egli potrebbe avere con la Corte di Giustizia.

In questa prospettiva, la disapplicazione fungerebbe da strumento non già solo per la risoluzione delle antinomie tra *regole*, che non investono la competenza del Giudice costituzionale, ma non vi è da escludere che essa possa inglobare nella sua sfera di applicazione anche le controversie concernenti la tutela dei diritti fondamentali.

⁴⁴ TC sent. n. 58 del 2004. Cfr. *Prontuario jurisprudencia constitutional*, cit., 20 (traduzione dell'A.).

⁴⁵ TC sent. n. 194 del 2006. Cfr. *Prontuario jurisprudencia constitutional*, cit., 20 (traduzione dell'A.).

4. Considerazioni conclusive: limiti all'enucleazione e al consolidamento dei diritti costituzionali attraverso lo strumento della disapplicazione

Se, da un lato, risulta condiviso, tanto dal Giudice costituzionale italiano quanto da quello spagnolo, l'assunto per cui il diritto europeo non produce più solo i suoi effetti sul piano dell'adattamento normativo negli ordinamenti costituzionali, ma esso si lega inevitabilmente anche alla sfera della tutela integrata dei diritti fondamentali⁴⁶, dall'altro lato, è differente l'approccio che le Corti costituzionali assumono in relazione a questo presupposto comune.

Una conferma di questa duplice tendenza la si riscontra anche nella giurisprudenza delle due giurisdizioni costituzionali esaminate.

Specificatamente, a caratterizzare l'approccio della Corte costituzionale italiana è la sempre più spiccata propensione a voler cooperare con la Corte di Giustizia e, conseguentemente, a non lasciare che il dialogo con quest'ultima venga sollecitato solo dal giudice comune. In questa prospettiva, la disapplicazione è stata vista come ostacolo al consolidamento degli stessi diritti fondamentali, nel cui ambito la Corte costituzionale ha tentato di "recuperare" terreno. Per far ciò, a partire dal Trattato di Lisbona, la Corte italiana ha valorizzato la Carta dei Diritti attraverso il meccanismo delle norme interposte, garantendo così alle previsioni europee la dignità di parametro costituzionale.

Dunque, le norme europee poste a presidio dei diritti fondamentali unionali assumono il ruolo di veri e propri canoni di validità, i quali dovranno per forza di cose combinarsi ed integrarsi, su un piano sostanziale, con i parametri di validità "classici", ovvero quelli costituiti dalle previsioni della Carta costituzionale italiana.

In una diversa ottica si colloca la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo, che invece sul punto non ha mai preso in considerazione la possibilità di qualificare le norme della Carta dei diritti come canone di validità. Sicché, nel giudizio di costituzionalità spagnolo, le previsioni europee espressive dei diritti fondamentali esplicheranno effetti solo sul piano ermeneutico.

Ne deriva, pertanto, che le norme della Carta di Nizza potranno incidere sulla portata di diritti sanciti in Costituzione, ma in alcun ruolo potranno giocare nella enucleazione dei "nuovi". E tale orientamento si è consolidato maggiormente a seguito del noto caso *Melloni*, culminato in uno scontro tra la Corte di Giustizia e il Giudice costituzionale spagnolo, sebbene (fortunatamente) tale scontro non sia deflagrato nell'attivazione dei controlimiti.

Un ulteriore aspetto che l'analisi comparata ha offerto ha riguardato il ruolo sussidiario che giocano in Spagna le controversie sollecitate nell'ambito del giudizio di *amparo*, nei casi in cui il giudice di ultima istanza abbia disapplicato, senza prima operare un rinvio pregiudiziale. Il profilo che maggiormente interessa di questa casistica, che si radica sulla eventuale lesione del diritto ad un giusto processo (art. 24 Cost. spagnola), riguarda la possibilità del Giudice costituzionale di "sanzionare" *in extremis* il mancato "dialogo" con la Corte di Giustizia che avrebbe dovuto attivare il giudice comune. Ed è

⁴⁶ Cfr. V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.

interessante notare come il vaglio del *Tribunal*, sul punto sempre più stringente, finisca per favorire (se non addirittura incoraggiare) la proposizione di quesiti pregiudiziali dinnanzi alla Corte di Giustizia da parte del solo giudice comune⁴⁷.

In conclusione, nella complessità che caratterizza lo spazio costituzionale europeo, gli strumenti di tutela offerti dalle singole giurisdizioni costituzionali incidono sulla effettiva protezione dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza. Pertanto, valorizzare il contributo dei Giudici costituzionali consentirebbe di aggiungere al *mosaico* della costruzione europea quell'indefettibile tassello che è rappresentato da una sempre più solida Comunità di diritti⁴⁸.

⁴⁷ E così facendo resta sempre più remota la possibilità che sia il Tribunal Constitucional a sollevare il rinvio pregiudiziale. Come riporta P. CRUZ VILLALÓN, *¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE*, cit., 78, nt. 55, l'Avv. Generale Bobek ha affermato che, in tali eventualità, il Giudice costituzionale eredita il ruolo di giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE (pt. 40 «se il giudice nazionale di grado superiore o costituzionale adito con un mezzo di ricorso straordinario inizia a verificare se il giudice di ultima istanza abbia applicato correttamente o meno l'eccezione CILFIT dell'«acte clair», è alquanto probabile che tale giudice del ricorso proceda esso stesso all'interpretazione del diritto dell'Unione. Tuttavia, in tale momento, detto giudice del ricorso diviene una «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Inoltre, poiché tale giudice del ricorso sarà, per definizione, un organo giurisdizionale ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, esso erediterà tutti gli obblighi e le responsabilità che derivano da tale posizione, ivi compreso, eventualmente, l'obbligo di sollevare esso stesso una questione pregiudiziale»).

⁴⁸ M. D'AMICO, *Comunità di diritti*, in G. AMATO, N. VEROLA (a cura di), *Europa tra presente e futuro*, Roma, 2023, 110 ss.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

SCONTRO FRA LE CORTI E RIVITALIZZAZIONE DEL PRINCIPIO DI
LEGALITÀ PENALE

ILARIA GIUGNI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso Taricco e la riaffermazione della portata garantistica della legalità penale. – 3. Le ripercussioni dello scontro nella giurisprudenza costituzionale successiva. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Il dialogo fra le Corti può certamente annoverarsi fra i fattori che maggiormente hanno inciso sul sindacato di costituzionalità negli ultimi anni. La concorrenza offerta dalle Carte dei diritti fondamentali e dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali ha senza dubbio contribuito all'arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali. Nonostante *in astratto* si registri una sovrapposibilità soltanto parziale dei contenuti delle Carte europee e della Costituzione, e sussista una profonda diversità fra le funzioni attribuite alla nostra Corte costituzionale e alle Corti sovranazionali, *in concreto* le distanze si sono spesso accorciate determinando una sempre maggiore compenetrazione fra i principi sanciti nei diversi testi legislativi e una crescente interazione fra i giudici europei e quelli nostrani, comuni e costituzionali, con ricadute non indifferenti sul sindacato (anche) di questi ultimi.

Se è vero che la nostra Costituzione e le Carte EDU e di Nizza presentano un catalogo di diritti e libertà solo in parte coincidenti in ragione della diversa funzione che assolvono, delle differenti tradizioni giuridiche, storiche e sociali che vi confluiscono, e

della distinta natura compromissoria che le caratterizza¹, non v'è dubbio che l'avvenuta costituzionalizzazione delle Carte europee² abbia determinato i giudici comuni a ricorrere sempre più spesso ai principi ivi contenuti quali parametri interposti nel giudizio di costituzionalità in via incidentale, così obbligando la Corte costituzionale a confrontarsi di frequente con le declinazioni sovranazionali di diritti e libertà fondamentali, a familiarizzare, cioè, non soltanto con fonti diverse, ma anche con l'interpretazione di esse fornite dalle rispettive Corti.

A rivelarsi particolarmente fecondi, nell'ottica di una piena garanzia dei diritti e delle libertà riconosciute in Costituzione, tuttavia, non sono stati unicamente gli scambi dialogici e concilianti fra istanze giurisdizionali intorno a principi costituzionali e convenzionali i cui profili di garanzia apparivano sostanzialmente assimilabili. Altrettante opportunità, in questo senso, sono scaturite da momenti di confronto serrato e dai toni fermi e ultimativi³, originati da divergenze di vedute intorno alla portata garantistica dei principi contenuti nelle Carte.

Da un'interazione «*garbata nella forma, rocciosa nella sostanza*»⁴, ad esempio, è derivata una vera e propria rivitalizzazione di un principio cardine del diritto penale,

¹ Legge fondamentale di uno Stato *versus* cataloghi dei diritti e delle libertà in cui una comunità di stati si riconosce; carta che rispecchia le tradizioni, sia pure frammentate e variegate, di un unico popolo *versus* testi in cui confluiscono necessariamente tradizioni e storie diverse; compromesso fra le diverse forze politiche presenti nell'Assemblea costituente *versus* compromesso fra diversi stati sovrani.

² In argomento, nella dottrina penalistica, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 7 ss.; ID., *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Note di un penalista*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 551 ss.; ID., *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; S. MANACORDA, *'Doppia pregiudizialità' e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 572 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, ivi, 2012, 839 ss.; ID., *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto penale, tra primauté e controlimiti*, ivi, 2008, 780 ss.; V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 295 ss.; F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2019, 481 ss.; ID., *Diritto UE: incidenza sul diritto penale sostanziale. Il diritto penale sostanziale*, in *Diritto penale e processo*, 2011, 22 ss.

³ Il riferimento è, come chiarito *infra*, alla vicenda Taricco. Sul tono assertivo della Corte costituzionale negli scambi con la Corte di Giustizia dell'Unione europea, v. D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2017, *passim*. Hanno evidenziato la perentorietà delle osservazioni espresse dalla Corte costituzionale nell'ord. n. 24 del 2017 di rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017; A. BERNARDI, *Note critiche sull'ordinanza Taricco della Corte costituzionale*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, 18; M. CAIANIELLO, *L'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco*, *ibidem*, 73; R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, *ibidem*, 406; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, in *Consulta OnLine*, 2018.

⁴ Così V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 1.

Nello stesso senso, sottolinea come, lungi dal rappresentare «*l'ennesima puntata, sempre più romanzata, del "dialogo tra le Corti"*», la saga Taricco sia stata «*una prova di forza ispirata semmai al brocardo si vis pacem, para bellum*», F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto*

materia che si conferma «banco di prova particolarmente attendibile del modo complessivo di essere delle relazioni tra le Corti»⁵. Il riferimento è evidentemente alla nota vicenda Taricco, occasione non soltanto per ripensare lo strumento dei c.d. controlimiti⁶ e per ri-accentrare le funzioni della Corte⁷, ma anche per riaffermare – anche per raffronto e differenza rispetto alla declinazione del principio accolta dai giudici di Lussemburgo – il valore identitario del *nullum crimen sine lege* nel nostro ordinamento costituzionale, aprendo una nuova stagione di declinazione forte del canone di precisione linguistica e di ritrovata centralità della legalità penale costituzionale.

2. Il caso Taricco e la riaffermazione della portata garantistica della legalità penale

Rinviando alla copiosa bibliografia in argomento per la ricostruzione della vicenda⁸, e concentrando l'attenzione unicamente sulle pieghe delle pronunce della

penale costituzionale: una sentenza davvero "rivoluzionaria", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 1314.

⁵ Cfr. A. RUGGERI, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consulta Online*, 2019, 157.

⁶ Evidenzia, nell'ord. n. 24 del 2017, l'avvenuta esposizione (seppur non ancora l'opposizione) dei controlimiti A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, cit., *passim*. Nella dottrina penalistica, ritiene, invece, che la Corte si sia avvalsa di una nuova tecnica di attivazione 'indiretta' dei controlimiti C. CUPELLI, *L'epilogo del caso Taricco: l'attivazione 'indiretta' dei controlimiti e gli scenari del diritto penale europeo*, in www.criminaljusticenetwork.eu, 2018.

Sui più recenti sviluppi della teoria dei controlimiti v., da ultimo e per tutti, A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, in *Federalismi*, 2021, *passim*, e *spec.*, sulla vicenda Taricco, 105 ss.

⁷ Cita l'affaire Taricco come un caso in cui la giurisprudenza costituzionale ha realizzato un «momento di accentramento» R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 14-15. Recentemente, sulla tendenza al ri-accentramento del giudizio costituzionale E. MALFATTI, *La tendenza a un nuovo accentramento*, in AA. VV., *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*. A Roberto Romboli dai suoi allievi, Torino, 2020, 243 ss.

⁸ Cfr., *ex multis*, A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit.; C. AMALFITANO, O. POLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti comparati*, 2018; A. BERNARDI, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della 'pareidolia'*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 48 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di un dialogo a senso unico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 266 ss.; ID., *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018; ID., *La pareidolia del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione 'indiretta' dei controlimiti e i possibili scenari 'costituzionali' del diritto penale europeo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 1821 ss.; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 40 ss.; M. GAMBARDELLA, *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in *Archivio penale*, 2017; ID., *La sentenza Taricco 2: obbligo o disapplicazione 'in malam partem' "a meno che" non comporti una violazione del principio di legalità*, in *Cassazione penale*, 2018, 114 ss.; ID., *Inapplicabile senza eccezioni la "regola Taricco" nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale?*, *ivi*, 2018, 2786 ss.; F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale*, cit.; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a*

Corte costituzionale che qui interessano, sui passaggi, cioè, che attengono alla legalità e al ruolo del giudice, è possibile evidenziare come le decisioni nn. 24 del 2017⁹ e 115 del 2018¹⁰ segnino, ad un tempo, «una sorta di ripensamento della giurisprudenza costituzionale in relazione al vizio di indeterminatezza»¹¹ e una riconferma della testualità del diritto penale, con conseguente ridimensionamento del ruolo dell'interprete e ripermetrazione dei compiti dei vari attori istituzionali. Contenuti, questi ultimi, ricavabili dal testo dell'art. 25, comma 2, Cost., ma riaffermati dalla Corte costituzionale con particolare vigore nel confronto con la Corte di Giustizia dell'Unione europea in uno scambio in cui si partiva da premesse diverse su fonte e corollari del *nullum crimen* rispetto ad un istituto – quello della prescrizione – le cui *rationes* e natura giuridica non sono univocamente riconosciute.

Dalla lettura delle osservazioni contenute nelle richiamate pronunce, e della strategia messa in campo dai giudici costituzionali, si ricava, in primo luogo, come anticipato, una rimeditazione della valenza del corollario della precisione linguistica. La Corte costituzionale, infatti, impedendo l'accesso della c.d. regola Taricco nel nostro ordinamento¹², sembra statuire – più in generale – la non ammissibilità di regole astrattamente vaghe precisate in concreto dalla giurisprudenza in un sistema penale come il nostro, fondato sulla pietra angolare della riserva di legge. Il confronto con la Corte di Lussemburgo, allora, diventa per la Consulta l'occasione per rivolgere un monito non soltanto all'"esterno", ma anche a diversi destinatari "interni": al Parlamento, perché produca disposizioni penali chiare e precise; ai giudici, perché non si sostituiscano al legislatore nella descrizione dei comportamenti penalmente rilevanti, sollevando piuttosto, nei casi dubbi, questione di legittimità costituzionale per

Lussemburgo, in *Osservatorio AIC*, 2017; ID., *La dura realtà e il "caso Taricco"*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 1284 ss.; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit.; A. MASSARO, *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del "diritto penale europeo": chi è la causa del suo mal pianga se stesso? Riflessioni su "Taricco" e dintorni*, in *Archivio penale*, 2017; D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 228 ss.; F. VIGANÒ, *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 1281 ss.

⁹ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, Pres. Grossi, red. Lattanzi, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, con nota di A. BERNARDI, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della 'pareidolia'*, cit.

¹⁰ Corte cost., 10 aprile 2018, n. 115, Pres. red. Lattanzi, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, con nota di C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"*, cit.

¹¹ Così F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale*, cit., 1316.

¹² Come noto, nella prima sentenza Taricco, resa il 5 settembre 2015 dalla Corte di Giustizia (CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B., C-42/17, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, con nota di C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di giustizia*), i giudici di Lussemburgo avevano affermato l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la disciplina in materia di atti interruttivi della prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p. ove ritenesse che tali disposizioni, fissando un limite massimo al corso della prescrizione, impedissero allo Stato italiano di adempiere all'obbligo di effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione di cui all'art. 325, TFUE, nei casi di *frodi tributarie di rilevante entità* altrimenti impunte in un numero considerevole di casi. Espressioni, queste ultime, di esegesi incerta e suscettive di interpretazioni diverse, come sospettato dai giudici *a quibus* e concluso dalla Corte costituzionale nello scambio con la Corte di Giustizia.

violazione dell'art. 25, comma 2, Cost.; a se stessa, affinché sia meno cauta nel rendere giustizia costituzionale se chiamata a vagliare fattispecie tacciate d'indeterminatezza¹³.

Se, dunque, la Corte si dichiara non più disposta ad accogliere soluzioni ermeneutiche suppletive delle lacune originarie del dato normativo, nel confronto con la Corte di Giustizia si riafferma anche, a ben vedere, la prevalenza del «*diritto scritto di produzione legislativa*». Non può, difatti, secondo i giudici costituzionali, rinunciarsi ad una base legislativa certa e determinata a copertura delle scelte politico-criminali, poiché è al Parlamento che spetta il compito di definire l'area del penalmente rilevante, rispetto alla quale «*l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterior incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo*» (§ 11, sent. n. 115 del 2018).

Ecco, allora, che, come evidenziato in apertura, il caso Taricco si presta a dimostrare come non soltanto il dialogo, ma anche il confronto fra due posizioni ferme e distanti fra istanze giurisdizionali possa rivelarsi particolarmente fecondo nell'ottica di una implementazione dei profili di garanzia dei principi costituzionali. In questo caso, dall'ennesima conferma della natura sostanziale della prescrizione – risultato di per sé già meritorio, perché in grado di blindare la rilevanza di un istituto irrinunciabile nel nostro ordinamento in ragione delle *rationes* di primaria importanza che assolve¹⁴ – si è pervenuti alla bocciatura di una regola improntata ad obiettivi di politica criminale non fissati *ex ante* dal legislatore, ma rimessi all'individuazione caso per caso dall'interprete¹⁵. Tali considerazioni riferite all'oggetto del giudizio di costituzionalità, tarate, dunque, sulla disciplina di una discussa causa di estinzione del reato, hanno consentito alla Corte di esprimere considerazioni 'di sistema' relative al novero delle fonti del diritto penale e, dunque, alla perimetrazione dei compiti dei suoi interlocutori primari, tali da influenzare, come si vedrà fra breve, la giurisprudenza costituzionale successiva.

¹³ Cfr. M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018, La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 26.

¹⁴ La prescrizione, come noto, prova a farsi carico delle ragioni del presunto autore del reato e del progressivo affievolimento dell'interesse della comunità alla punizione della condotta penalmente illecita. Si ricollega, inoltre, alle funzioni della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost. – evitando in radice che una sanzione sia irrogata a distanza di anni vista l'impossibilità, in quel caso, di assolvere a funzioni di prevenzione positiva di tipo generale e speciale – e all'art. 24 Cost. – dal momento che il decorso del tempo rende certamente più ardua la ricostruzione dei fatti e, dunque, limita il diritto di difendersi provando, riverberandosi, peraltro, anche sulla possibilità che la parte pubblica riesca a sostenere vittoriosamente l'accusa in giudizio. *Amplius* sulla *ratio* garantistica della prescrizione F. GIUNTA - D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, Torino, 2003, 28 ss.

¹⁵ Nel caso Taricco, infatti, la Corte costituzionale mirava ed è riuscita ad impedire la trasformazione del giudice comune in un 'giudice di scopo', cui possano rimettersi obiettivi di politica criminale da perseguire. In questo senso, L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 40 ss.; D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, *ivi*, 2016, 228 ss.; C. CUPELLI, *La pareidolia del caso Taricco*, *cit.*, 1821 ss.

3. Le ripercussioni dello scontro nella giurisprudenza costituzionale successiva

I principi affermati nel caso Taricco hanno trovato, infatti, terreno fertile in pronunce più recenti, nelle quali la Corte costituzionale ha dato prova di adempiere al monito rivolto a se stessa in occasione dello scontro con la Corte di Lussemburgo, mostrando di perseverare nel cammino di valorizzazione dei tratti caratteristici della legalità penale costituzionale.

Una declinazione "in senso forte" del principio di determinatezza pare cogliersi, innanzitutto, nella di poco successiva sentenza n. 25 del 2019¹⁶, resa in materia di misure di prevenzione, anche in questo caso, su impulso della giurisprudenza sovranazionale. I giudici costituzionali, difatti, a seguito di una nota sentenza questa volta della Corte EDU – la decisione De Tommaso c. Italia¹⁷ –, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle prescrizioni generiche del «vivere onestamente» e del «rispettare le leggi», oltre che del reato consistente nella violazione dei medesimi obblighi imposti al sorvegliato speciale, in quanto contrarie al principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, parametro interposto ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., perché assolutamente carenti di precisione e determinatezza. Se nelle decisioni rese nella vicenda Taricco la Corte costituzionale aveva valorizzato la testualità del diritto penale, in questa occasione, ha concluso nello stesso senso che l'individuato deficit di determinatezza non poteva ritenersi colmato dalla precisazione semantica operata negli anni dalla giurisprudenza, così come non poteva accogliersi la soluzione della interpretazione abrogatrice avanzata dalle Sezioni Unite Paternò¹⁸ dopo la condanna di Strasburgo. Tanto la tipizzazione della *figura criminis*, quanto la sua eventuale abrogazione – ribadisce la Corte – sono di competenza dell'organo rappresentativo, a nulla valendo la supplenza dei giudici di merito e di legittimità a fronte del principio *eius est abrogare cuius est condere*.

Ancora, nella successiva sentenza n. 98 del 2021¹⁹ la Corte costituzionale, in una vicenda questa volta tutta interna, ha insistito sulla necessità di garantire una netta separazione dei poteri e di riservare il monopolio delle scelte di criminalizzazione al

¹⁶ Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 25, Pres. Lattanzi, red. Amoroso, in *Diritto penale e processo*, 2020, con nota di V. MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione 'ante delictum' nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, 107 ss.

¹⁷ Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*. In argomento, cfr. V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 1039 ss.; F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 2017, 133 ss.; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 370 ss.

¹⁸ Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), n. 40076, Pres. Canzio, rel. Fidelbo, ric. Paternò, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, con nota di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, 146 ss.

¹⁹ Corte cost., 15 maggio 2021 n. 98, Pres. Coraggio, red. Viganò, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, con nota di C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, 1807 ss. In argomento, anche L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *DisCrimen*, 2021, 11 ss.

Parlamento, valorizzando il diverso corollario del divieto di interpretazione analogica. Replicando a taluni recenti e discussi indirizzi della giurisprudenza penale di legittimità²⁰, la Corte ha ammonito i giudici dal compiere operazioni ermeneutiche sganciate dal tipo, anche in vista di obiettivi di tutela ritenuti particolarmente importanti. Come nello scontro con la Corte di Giustizia, i giudici costituzionali hanno finito per ribadire che è «*il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore*» (§ 2.4., sent. n. 98 del 2021).

Nelle ancor più recenti sentenze nn. 8²¹ e 105²² del 2022, infine, i giudici costituzionali, tornando sull'annosa questione dell'ammissibilità del sindacato di costituzionalità *in malam partem*²³, confermano come la rimozione di vizi *in procedendo* con successivo ripristino della legislazione vigente, se anche finisce per determinare conseguenze pregiudizievoli per il reo, è pienamente ammissibile perché ha la funzione di assicurare la *ratio* democratica della riserva di legge, restituendo vigore a scelte di politica criminale espressive, almeno in teoria, di un largo consenso dei rappresentati (per il tramite dei loro rappresentanti) e sottoposte al vaglio critico delle minoranze e dell'opinione pubblica. Anche in tali decisioni dello scorso anno, dunque, viene ribadito il sostrato del *nullum crimen sine lege*, il principio, cioè, di separazione dei poteri: è al Parlamento che spettano le scelte incidenti sulle libertà fondamentali dei cittadini, in quanto organo che li rappresenta, non potendosi rinunciare al dibattito nelle assemblee elettive, unica garanzia di ponderazione, uso dello strumento penale come *extrema ratio*, e controllo delle forze di opposizione e dei *mass media*.

²⁰ Segnala come la sentenza n. 98 del 2021 della Corte faccia seguito a diverse prese di posizione della giurisprudenza di legittimità di segno analogico, tanto a favore quanto a sfavore del reo, C. CUPELLI, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale*, cit., 1810 ss.

²¹ Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8, Pres. Coraggio, red. Modugno, in *Guida al diritto*, 2022, n. 4, con nota di G. AMATO, *Una norma di difficile applicazione che non è uno "scudo burocratico". La riforma del 2020*, 92 ss.

²² Corte cost., 22 aprile 2022, n. 105, Pres. Amato, red. Amoroso, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2022, con nota di A. ALBERTI, *Deleghe al riassetto e natura dei principi/criteri direttivi. Riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 105 del 2022*.

²³ Sul punto cfr., *ex multis*, M. GAMBARELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008; F. GIUNTA, *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore*, in L. ZILLETTI, F. OLIVA (a cura di), *Verso un sindacato di legittimità delle scelte politico criminali*, Pisa, 2007, 13 ss.; G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Diritto penale e processo*, 2007, 671 ss.; V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 408 ss.; G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le zone franche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 4166 ss.; D. MICHELETTI, *L'incensurabilità delle «riforme penali di favore»: un limite tecnico o di moderazione politica?*, *ivi*, 2008, 3488 ss.; C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008; ID., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 343 ss.; D. PULITANÒ, *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore*, in *Corriere del merito*, 2007, 209 ss.; P. VENEZIANI, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia* 2007, 233 ss.

4. Conclusioni

Come evidenziato in apertura, la concorrenza offerta dalle Carte europee dei diritti fondamentali e dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali rappresenta uno dei fattori che maggiormente ha inciso *ab externo* sul sindacato di costituzionalità, contribuendo alla sua evoluzione. Il confronto fra i giudici costituzionali e i giudici europei ha fortemente influenzato la dimensione e la declinazione dei diritti e delle libertà riconosciute nella Carta costituzionale anche in ambito penalistico, oltre a concorrere ad una sempre maggiore polarizzazione del controllo di costituzionalità sulla loro salvaguardia «*ben più che sulla verifica "giurisdizionale" della costituzionalità della legge*»²⁴. Lo scambio tra le Corti ha consentito di implementare l'ambito applicativo e i contenuti di diversi principi fondamentali di marca costituzionale del diritto penale, basti pensare alla rilevanza assunta dalla nozione di *matière pénale* scaturente dall'applicazione dei c.d. *Engel criteria*²⁵, oppure ai nuovi profili garantistici dell'accessibilità dei comandi penali e della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie acquisiti dall'esegesi dell'art. 7 della Carta EDU²⁶.

Come si è provato a dimostrare nelle poche pagine che precedono, un arricchimento dei parametri alla cui stregua valutare la legittimità costituzionale delle norme penali è derivata anche da un episodio di scontro, da una interazione dialogica più nella forma che nella sostanza. Il caso Taricco, nel quale la Corte costituzionale, pur utilizzando una strategia apparentemente conciliante, ha poi di fatto ribaltato la soluzione originariamente offerta dai giudici di Lussemburgo quanto all'applicazione della disciplina degli atti interruttivi della prescrizione per le frodi tributarie, rappresenta una ipotesi paradigmatica di come, anche nel caso in cui si fronteggino posizioni molto distanti, possa ugualmente giungersi ad un risultato di potenziamento delle garanzie riconosciute ai cittadini.

Tale vicenda, come pure si è tentato di mettere in luce, risulta peculiare anche perché il dialogo fra le Corti ha portato ad un rafforzamento del contenuto garantistico

²⁴ Così V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., 37-38. Nella dottrina penalistica, sulla recente tendenza della Corte alla salvaguardia incondizionata dei diritti fondamentali cfr. anche F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in *Legislazione penale*, 2020, *passim*.

²⁵ Il riferimento è ai parametri elaborati dalla Corte EDU per individuare la sostanziale natura penale di un determinato illecito, a prescindere dal *nomen iuris* adottato dal legislatore nazionale, nella celebre pronuncia Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976.

²⁶ Sulle differenze fra legalità penale costituzionale e convenzionale, e sui richiamati profili caratteristici del *nullum crimen* come risultante dall'interpretazione della Corte EDU, cfr., *ex multis*, G. AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in www.criminaljusticenetwork.eu, 2018; R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 293 ss.; A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 93 ss.; V. MANES, "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cassazione penale*, 2017, 955 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Legislazione penale*, 2016; I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 172 ss.; F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017.

di un parametro di legittimità costituzionale, quello di cui all'art. 25, comma 2, Cost., non nel senso dell'assimilazione di un profilo nuovo derivante dalla interpretazione offerta dalla CGUE: in questo caso, lo scontro fra Corti ha condotto i giudici costituzionali a riscoprire piuttosto tratti identitari della legalità costituzionale e a declinare in senso forte tale principio interno, attraverso la riaffermazione dei suoi corollari che attengono alla fase di gestazione della legge penale, *i.e.* la riserva di legge e il canone di precisione linguistica.

La necessità di assicurare la salvaguardia di tale principio fondamentale del diritto penale da possibili erosioni provenienti dall'esterno pare, dunque, aver prodotto effetti benefici anche sull'atteggiamento della nostra stessa Corte rispetto alla tutela del *nullum crimen* nella sua giurisprudenza successiva. Come dimostrano le pronunce posteriori alla sentenza n. 115 del 2018 passate in rassegna, la vicenda Taricco sembra aver determinato non soltanto un'inversione di rotta nella declinazione debole del principio di precisione, ma anche aver spinto la Corte a ribadire – per il tramite del divieto di analogia e della censura dei vizi relativi all'*iter* procedurale degli atti aventi forza di legge – la centralità del corollario della riserva di legge.

Il caso Taricco, in definitiva, suggerisce l'opportunità di proseguire uno scambio tanto proficuo nell'ottica di una massimizzazione delle tutele, ricordando altresì che può fornire frutti altrettanto fecondi se si tiene a mente quali sono le premesse irrinunciabili da cui si parte nel rapportarsi al proprio interlocutore. In questo modo, un confronto, anche a denti stretti, consente di ottenere il risultato forse in assoluto maggiormente auspicabile: che il dialogo fra le Corti ci conduca a fare nostri profili di garanzia nuovi e inediti suggeriti dalla giurisprudenza sovranazionale, senza dimenticare lo statuto di garanzia che caratterizza la loro declinazione costituzionale e, soprattutto, senza rinunciarvi.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

RIFLESSIONI SULLA L. COST. 1/2022 IN UNA «PROSPETTIVA ORIENTATA AL
FUTURO»: VERSO LA CONFIGURAZIONE DI UNA TUTELA DEL CLIMA?

CHIARA PADRIN

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le future generazioni come soggetto giuridico nel solco della l. cost. 1/2022. – 3. Ambiente e clima nella *Climate change litigation*. La visione del *Bundesverfassungsgerichts*. – 3.1. ...e in Italia? Prime riflessioni sulla configurazione di un diritto ad un clima stabile e sicuro. – 4. Il binomio ambiente-future generazioni e la Corte costituzionale. L’inevitabile riflessione sul principio di separazione dei poteri.

1. Considerazioni introduttive

In una lettera del 1789 Thomas Jefferson scriveva a James Madison che «la questione se una generazione di uomini abbia il diritto di vincolarne un’altra [...] è una questione di tali proporzioni da meritare non solo una decisione, ma anche un posto tra i principi fondamentali di ogni governo». Muovendo dalla considerazione secondo cui la Terra appartiene «in usufrutto ai vivi» e che ciascuna generazione vivente può vincolare solo sé stessa e non quella successiva a pagare i debiti da essa contratti, Jefferson sosteneva come tale assunto dovesse trovare applicazione non solo nel rapporto tra i singoli consociati, ma riflettersi anche sulla sfera pubblica e, nello specifico, sulla legislazione. Da qui finanche discendeva, secondo l’Autore, la necessità di limitare la durata della stessa Costituzione. Invece di essere concepita come perpetua, essa avrebbe dovuto contenere una sorta di *sunset clause* naturale che la avrebbe portata ad estinguersi al termine della durata media di vita di una generazione (circa 19 anni), evitando così –

dentro una applicazione prolungata nel tempo – di degenerare da atto di diritto e di giustizia ad atto di forza. A queste osservazioni, Madison rispondeva manifestando molteplici perplessità. Non solo egli evidenziava come una revisione periodica di questo tipo avrebbe potuto creare “fazioni perniciose” ma si interrogava sui possibili risvolti di «un governo che dipendesse per la sua esistenza, oltre una data stabilita, da un intervento positivo ed autentico della Società stessa» chiedendosi, in particolare, se questo potesse divenire soggetto alle conseguenze di un vero e proprio interregno. Ed ancora, nel ricordare che «il rapporto che lega una generazione alla seguente, e la trasmissibilità degli obblighi da una all'altra, sembrano [...] avere qualche fondamento nella natura delle cose», Madison metteva in luce la ragionevolezza di una distribuzione intertemporale del debito contratto dallo Stato per lo sviluppo della nazione, in virtù del fatto che le generazioni future si avvantaggerebbero dei risultati raggiunti grazie alle spese precedentemente sostenute.

Questo scambio epistolare tra Jefferson e Madison, oltre a far comprendere come la questione intergenerazionale non sia un tema nuovo alla riflessione giuridica, offre numerose sollecitazioni che rivivono nel vastissimo dibattito sviluppatosi nella contemporaneità – soprattutto a partire dalla crisi economica del 2008 – attorno alla tutela dei diritti (o degli interessi) delle future generazioni. Pur nei cambiamenti di contesto che si sono susseguiti, l'individuazione di una fittizia e limitata durata della vita politica di ogni generazione che esalta Jefferson implica il riconoscimento – seppur inconsapevole – del concetto di sostenibilità, ancor oggi fortemente connesso alle questioni intergenerazionali, e che nella lettera si estrinseca nell'atteggiamento custodiale richiesto dall'usufrutto, accompagnato da un utilizzo ragionevole e sostenibile delle risorse¹.

Di fronte alle molteplici crisi che hanno interessato la nostra epoca, quale quella sanitaria, economica e ambientale, la solidarietà intergenerazionale (che viaggia, per l'appunto, sullo stesso binario della sostenibilità²) è riaffiorata nel dibattito giuridico come una delle diverse possibili risposte, portando anche – nel nostro ordinamento – alla recente revisione costituzionale operata con l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, che ha incluso la tutela degli interessi delle generazioni future nel novero dei principi fondamentali.

Ed è a partire da questa prospettiva orientata al futuro che si articolerà il presente contributivo, prendendo le mosse proprio dalla citata riforma del 2022. Quest'ultima s'inserisce in un più ampio processo di trasformazione che interessa tanto il panorama nazionale quanto quello internazionale, in cui il paradigma della sostenibilità, nelle sue tre accezioni (economica, sociale e ambientale), assume una trasversale e rinnovata fundamentalità negli ordinamenti giuridici, esercitando anche un riflesso in chiave intergenerazionale. La riforma costituzionale riesce infatti ad “importare” sul piano nazionale alcune delle domande già sorte oltre confine che riguardano le future

¹ A. D'ALOIA, voce *Generazioni future*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, 2016, 334.

² La correlazione tra solidarietà intergenerazionale e sviluppo sostenibile emerge da una delle prime (ed ancor oggi più accreditate) definizioni date a quest'ultimo, quella del Rapporto Brundtland del 1987, ove viene definito come «lo sviluppo che è in grado di soddisfare i bisogni delle generazioni attuali senza compromettere le possibilità che le generazioni future riescano a soddisfare i propri». Approfondisce il tema nel panorama italiano, A. MOLFETTA, *L'interesse delle future generazioni oltre la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2/2023, spec. 237.

generazioni come soggetto giuridico e, parallelamente, stimola la riflessione circa la possibile tutela di “nuove” situazioni giuridiche – a queste fortemente connesse – quale la tutela del clima. Ma non solo, la stessa riforma costituzionale fa emergere alcune torsioni che interessano la separazione dei poteri orizzontale, specie con riguardo al rapporto tra Corti e legislatori, su cui occorre soffermare l’attenzione.

Per assecondare questa duplice prospettiva, il percorso che seguirà si concentrerà sulla dimensione ambientale delle future generazioni e, in questa direzione, sul fenomeno della c.d. *climate change litigation* che rappresenta un laboratorio sperimentale in cui testare se e come la solidarietà intergenerazionale sia spesso invocata per spingere le autorità giudiziarie ad incrementare – anche oltre il perimetro delineato dal legislatore – la tutela di un determinato bene o interesse, facendo aggio su un’interpretazione evolutiva delle Carte costituzionali. A tale scopo, verrà dato particolare rilievo ad uno specifico caso afferente a questo ramo di contenzioso, ossia la sentenza del Tribunale federale costituzionale tedesco del 24 marzo 2021 in materia di emissioni di gas serra, ove ben emerge questo dialogo (se così possiamo definirlo) tra Corte e legislatore.

2. Le future generazioni come soggetto giuridico nel solco della l. cost. 1/2022

La nota modifica degli artt. 9 e 41 Cost., con la quale viene espressamente inserita la tutela della salute e dell’ambiente quale limite alla libertà d’iniziativa economica (art. 41 Cost.) e viene elevata al rango di principio fondamentale dell’ordinamento la tutela dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi «anche nell’interesse delle future generazioni» (art. 9 Cost.), sta continuando a stimolare un intenso dibattito in dottrina che investe molteplici ed eterogenei fronti.

A motivo della varietà di giudizi che possono essere tratti da tale modifica costituzionale e dai potenziali impatti che essa potrà determinare, quest’ultima è stata definita una riforma «a geometria variabile³»; infatti, se sul piano nazionale può aver costituito, anche se non unanimemente⁴, un passo in avanti per la tutela di beni sempre più percepiti come essenziali (considerate altresì le modalità di approvazione⁵), a livello europeo essa rappresenta perlopiù la conferma di una tendenza consolidata. Esempificativa in tal senso è la tassonomia⁶ delle Carte costituzionali che – seppur non necessariamente allo stesso livello e con la medesima intensità – tutelano l’ambiente il

³ D. AMIRANTE, *La reformette dell’ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2/2022, 5-14.

⁴ Evidenzia gli aspetti critici dell’inserimento dell’«interesse delle future generazioni» nel testo dell’art. 9 Cost. F. RESCIGNO, *Quale riforma per l’articolo 9*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021. Cfr. altresì D. PORENA, «Anche nell’interesse delle generazioni future». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all’indomani della revisione dell’art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 15/2022, 125.

⁵ La l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1 è stata approvata dalla Camera dei deputati in via definitiva in seconda deliberazione nella seduta dell’8 febbraio 2022, con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti. Si è trattato, di fatto, di un sostanziale plebiscito con 468 voti favorevoli, 1 contrario e 6 astenuti. I dettagli di ciascuna votazione sono disponibili al sito: <https://www.riformeistituzionali.gov.it/it/la-legge-costituzionale-in-materia-di-tutela-dell-ambiente/>.

⁶ Per una ricostruzione vedasi D. AMIRANTE, *L’ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, num. spec., 2019, 1-32.

quale, limitandoci al panorama europeo, trova disposizioni dirette alla sua protezione e salvaguardia in ventidue testi su ventisette⁷. Ed ancora, l’inciso inserito a modifica dell’art. 9 Cost. con cui si fa riferimento all’interesse delle future generazioni, dimostra un ulteriore allineamento con la maggior parte delle Costituzioni europee che legano la dimensione ambientale a quella intergenerazionale, per quanto nel nostro caso si tratti di una tutela “debole”⁸, in quanto oggetto di tutela sono gli *interessi* (e non i diritti) *anche* delle generazioni future (dando quindi per assodata la tutela degli interessi di quelle presenti)⁹. In merito a quest’ultimo aspetto della riforma, appare utile dar conto del fatto che lo stesso concetto di “generazioni future”, come anticipato, non è affatto pacifico in dottrina¹⁰ sia per quanto riguarda l’*identità*¹¹ di queste ultime, sia relativamente al raggio d’azione su cui si deve estendere la tutela del loro interesse. A riprova di ciò, anche il momento a cui far risalire il loro inserimento in Costituzione è controverso. Secondo alcuni, infatti, le future generazioni troverebbero un ancoraggio costituzionale grazie ad un richiamo implicito introdotto con la riforma costituzionale dell’art. 81 Cost. avvenuta nel 2012¹² mentre, per altri ancora, si dovrebbe tornare ancora più indietro nel tempo arrivando alla modifica dell’art. 117 Cost. co. 1 nella parte in cui s’impone il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario¹³.

Nelle varie incertezze, un fronte ancora aperto (e altamente problematico) della questione intergenerazionale resta quello identitario. Se le future generazioni sono da individuarsi nell’insieme dei soggetti “non nati”, l’attribuzione di diritti in capo a queste ultime implicherebbe la possibilità di veder loro riconosciuta la titolarità di posizioni giuridiche; tuttavia, si tratterebbe di una titolarità ancora fattualmente inesistente – per quanto si tratti di soggetti costituzionalmente rilevanti– dal momento che questi ultimi sarebbero impossibilitati a far valere i propri interessi¹⁴. Aiuta a comprendere le

⁷ L. CUOCOLO, *Dallo Stato liberale allo “Stato ambientale”. La protezione dell’ambiente nel diritto costituzionale*, in *DPCE online*, 2/2022, 1071 ss.

⁸ Per contrapposizione, alcune Costituzioni, come quella del Portogallo, della Polonia sono testi in cui emerge una tutela “forte” delle future generazioni. Per approfondire, vd. R. BIFULCO, A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

⁹ Sulla rilevanza dell’utilizzo dell’avverbio “anche” vedasi A. MORELLI, *La tutela dell’ambiente tra i principi fondamentali: le ragioni e le potenzialità di una riforma*, in *Passaggi Costituzionali*, 1/2022, 34.

¹⁰ Cfr. L. VIOLINI, G. FORMICI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell’ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in *Il diritto dell’economia - Atti di convegno, Università degli studi di Milano*, 2021; G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale*, in *Osservatorio AIC*, 3/2018, 627. Ed altresì M. LUCIANI, *generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 425; A. D’ALOIA, voce *Generazioni future*, cit.

¹¹ Secondo una delle teorie più diffuse dovrebbero essere ricomprese le generazioni a noi immediatamente successive oppure quelle già nate, potendosi configurare nei confronti delle generazioni più distanti nel tempo, al più, un dovere umanitario ma non dei veri e propri obblighi. Cfr. T. SCHWARTZ, *Obligations to Posterity*, in R.I. SYKORA, E. B. BARRY (a cura di), *Obligations to Future Generations*, Philadelphia, 1978, 3.

¹² Per una ricostruzione in tal senso si rimanda a L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell’ambiente) entrano “espressamente” in Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2022, 25.

¹³ Cfr. *ex multis* G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 633.

¹⁴ A sostegno di ciò è diffuso in dottrina il riferimento all’art. 1 c.c., che riconduce al momento della nascita l’acquisto della capacità giuridica – da intendersi come idoneità alla titolarità di posizioni giuridiche soggettive –, pur riconoscendo al co. 2 diritti anche a colui che ancora non è nato, ma che è stato almeno

dimensioni di tale questione la scelta dei Presidenti delle Corti costituzionali di Italia, Francia, Spagna e Portogallo di fissare un incontro di studio a tema “I diritti delle future generazioni: ambiente e salute” svoltosi il 23 giugno 2023¹⁵. La giornata si è sviluppata a partire da due interrogativi, ossia se «è possibile parlare di diritti soggettivi rispetto alla tutela dell’ambiente e della salute per chi non è ancora nato. E quali possono essere i margini di azione per il giudice costituzionale che si occupi degli effetti che le decisioni assunte oggi dalle autorità pubbliche avranno poi, in futuro, sulle nuove generazioni». Proprio in questo senso, per misurare l’impatto dell’ingresso nell’ordinamento di tale nuova categoria giuridica appare necessario, da un lato, individuare a monte chi possa rientrare nella categoria delle generazioni future e, dall’altro, distinguere attentamente fra la previsione di un dovere (o una responsabilità) delle generazioni presenti¹⁶ verso quelle future, ovvero il riconoscimento di diritti in capo a queste ultime – posto che l’affermazione del primo non corrisponde al riconoscimento del secondo¹⁷.

A queste problematiche non sembra fornire risposta nemmeno il legislatore costituzionale che, nel trasporre tali questioni alla “codificazione” delle future generazioni avvenuta con la l. 1/2022, ha sapientemente aggirato il problema definitorio che caratterizza la locuzione “future generazioni” attraverso una formulazione dell’art. 9 Cost. che, secondo una lettura condivisibile, ci pone di fronte all’affermazione di un principio, anziché di una regola che richiederebbe invece una precisa identificazione dei destinatari¹⁸. Sebbene tale lettura possa essere condivisibile, essa non appare al contempo del tutto risolutiva. Abbracciando questa prospettiva, infatti, scopo della norma diventa quello di orientare le politiche pubbliche imponendo al legislatore, nella fase di programmazione, una riflessione capace di andare oltre gli interessi delle sole generazioni presenti, in un’ottica di medio-lungo periodo e, d’altra parte, quello di fornire ai giudici costituzionali un ulteriore parametro per il giudizio di proporzionalità. Il che non solo può lasciare un margine di aleatorietà nella comprensione di cosa debba intendersi con medio-lungo periodo ma, soprattutto, è persino suscettibile di ampliare e di rendere ancora più incerti gli ampi margini di valutazione impiegati dai giudici costituzionali, proprio alla luce del modo in cui operano il principio di proporzionalità e di ragionevolezza.

concepito. Evidenzia la difficoltà nell’attribuzione di diritti soggettivi alla future generazioni, A. MOLFETTA, *L’interesse delle future generazioni oltre la riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., 234 ss.

¹⁵ Cfr. Ufficio Comunicazione e Stampa della Corte costituzionale, “*I diritti delle future generazioni: ambiente e salute*” un impegno condiviso dalle Corti di Italia, Francia, Spagna e Portogallo, Comunicato del 24 giugno 2023.

¹⁶ In questo senso, la definizione di responsabilità intergenerazionale di Bifulco quale insieme di «possibili forme di tutela giuridica, azionabili dagli uomini appartenenti alla generazione vivente, a favore degli interessi degli uomini ancora non esistenti» pare una lettura coerente dell’inciso dedicato alle future generazioni nel nuovo art. 9 Cost. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, 15.

¹⁷ Avvalorata questa lettura, in relazione all’art. 20A della Costituzione tedesca, F. CIRILLO, *L’interesse delle future generazioni: ragionamenti fallaci e interpretazioni sostenibili*, in *Ambientidiritto.it*, 2/2023, 10.

¹⁸ In questo senso, M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un’occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2022, 352. Dello stesso avviso, R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, 11/2022, 5.

3. Ambiente e clima nella Climate change litigation. La visione del Bundesverfassungsgerichts

La difficoltà di qualificazione delle posizioni giuridiche che ruotano attorno alla categoria delle future generazioni emerge con tutta la sua forza nella c.d. *climate change litigation*¹⁹, una tipologia di contenzioso che s’incanala nel più ampio e consolidato filone della giustizia ambientale e che – adottando una definizione a maglie larghe – può sussumersi nell’insieme di «casi che sollevano questioni rilevanti di diritto o di fatto relative alla mitigazione dei cambiamenti climatici, all’adattamento o alla scienza dei cambiamenti climatici, portati davanti a una serie di organi amministrativi, giudiziari e di altro genere»²⁰.

Ora, prima di entrare nel merito della *litigation*, si rende necessaria una postilla circa la nozione di clima e il rapporto di quest’ultimo con l’ambiente, nonché con le future generazioni. Anzitutto, merita di essere messo in luce sin da subito che ambiente e clima non sono da considerarsi come concetti sovrapponibili, caratterizzandosi piuttosto per un rapporto di forte interdipendenza che trova giustificazione nel fatto che i fattori ambientali influenzano il clima, ch’è per sua natura variabile (non potendosi configurare quindi un obbligo in capo all’uomo di stabilizzazione dello stesso) e che subisce in ragione di ciò alterazioni a causa delle attività antropogeniche (spesso in senso peggiorativo) e, per l’appunto, di fattori naturali (ambientali). Resta quindi da chiedersi come si innesta la questione intergenerazionale nelle controversie climatiche e, a tal proposito, viene in soccorso la stessa definizione di clima, per il quale s’intende il complesso delle condizioni meteorologiche che caratterizzano una località o una regione nel corso dell’anno, mediato su un *lungo periodo* di tempo. È proprio tale “mediazione su un lungo periodo” che apre le porte all’ingresso delle future generazioni nelle controversie afferenti alla *climate change litigation*, ove sovente oggetto dei giudizi è la misurazione dell’appropriatezza delle misure statali di mitigazione dei cambiamenti climatici in una prospettiva orientata “a beneficio della presente e delle future generazioni”²¹.

Diversamente dalla questione intergenerazionale, il contenzioso climatico rappresenta un fenomeno piuttosto recente, posto che inizialmente la materia climatica intercettava prevalentemente il piano regolatorio, anziché quello giudiziale. È con gli

¹⁹ La letteratura in materia di *climate change* è ormai sterminata. Tra i molti, per una ricostruzione europea ed extra-europea dei casi più rilevanti, si rimanda, fra i molti, a B. POZZO, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 2/2021, pp. 271-318, R. MONTALDO, *La neutralità climatica e la libertà di futuro (BVerfG, 24 marzo 2021)*, in *Diritticomparati.it*, 1° luglio 2021. Disponibile al sito: <https://www.diritticomparati.it/la-neutralita-climatica-e-la-liberta-di-futuro-bverfg-24-marzo-2021/>. Ancor più recentemente, vedasi *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto* n. 2/2022, numero dedicato alla pubblicazione dei contributi selezionati in risposta alla Call for Papers – Climate change. Una prova “estrema” per l’etica e per il diritto.

²⁰ Ripercorre le diverse definizioni date alla *climate change litigation*, A. PISANÒ, *Il diritto al clima – il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, 186. La definizione ripresa nel testo è tratta dal report UNEP, *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*, Nairobi, Kenya, 2020, 10.

²¹ Termine ripreso anche dal UNFCCC, *United Nations Framework Convention on Climate Change* del 1992.

Accordi di Parigi del 2015 che si registra un primo cambio di rotta grazie all’espresso riferimento al concetto di “*climate justice*” unitamente alla valorizzazione dell’importanza del dialogo tra i vari livelli di governo e tra le diverse corti in materia di cambiamento climatico. Ne seguiva un approccio dottrinale di sempre maggior accostamento dei casi legati al cambiamento climatico alla protezione dei diritti umani²², rispetto ai quali può intravedersi una «relazione biunivoca» per cui, da un lato, il cambiamento climatico consegue (anche) all’esercizio di taluni diritti fondamentali, quale il diritto di iniziativa economica privata e, dall’altro, il godimento di altri diritti è limitato o persino precluso dall’intervenire di cambiamenti climatici²³.

In tale cornice, si collocano quindi le controversie afferenti alla *climate change litigation* che, pur se eterogenee e diverse tra loro, presentano alcuni tratti comuni. Molte delle controversie afferenti a questo contenzioso sono infatti caratterizzate dall’impugnativa di norme relative alle politiche pubbliche ambientali, rispetto alle quali i ricorrenti domandano l’accertamento della violazione di diritti individuali (propri o di coloro che rappresentano), come il diritto a vivere in un ambiente salubre o il diritto alla vita e alla vita privata. I ricorsi sono poi spesso accompagnati dalla richiesta alle autorità giudiziarie di ordinare all’autorità pubblica convenuta di modificare la normativa impugnata di modo da eliminare i cambiamenti in senso peggiorativo provocati da quest’ultima al sistema climatico. Seguendo tale direzione, una delle controversie ormai considerata un *leading case* in materia, è quella decisa dal Tribunale federale costituzionale tedesco il 24 marzo 2021. La vicenda origina da un ricorso in relazione alla *Klimaschutzgesetz* KSG (la Legge federale sul cambiamento climatico), con cui i proponenti lamentavano una violazione dei doveri di protezione dei diritti fondamentali della *Grundgesetz*, con particolare riguardo all’art. 2 co. 2 frase 1, che sancisce il diritto di ognuno alla vita e all’integrità fisica, e all’art. 14 co. 2, diretto a tutelare la proprietà e il diritto di successione, unitamente al diritto fondamentale ad un futuro degno di un essere umano (art. 2.1 in combinato disposto con l’art. 20A) e ad un livello minimo di sussistenza ecologica (art. 2.1 e art. 1.1 frase 1). Con particolare riferimento all’interpretazione dell’art. 20A nel quale è contenuto il richiamo alle future generazioni²⁴, a partire dalla sua introduzione nel 1994, la giurisprudenza del *BverfG* aveva conosciuto fasi alterne, oscillando tra una lettura della stessa come “disposizione statutale di rango programmatico” sino ad arrivare ad utilizzarla per qualificare la

²² A. BARAGGIA, *Contenzioso in materia climatica e separazione dei poteri: il ruolo delle National Human Right Institutions*, in *DPCE online*, Sp-2/2023, 317. L’accostamento tra cambiamenti climatici e diritti fondamentali vedasi, *ex multis*, V. BELLINKX, D. CASALIN, G. ERDEM TÜRKELLI, W. SCHOLTZ, W. VANDENHOLE, *Addressing Climate Change through International Human Rights Law: From (Extra)Territoriality to Common Concern of Humankind*, in *Transnational Environmental Law*, vol. 11, 1/2022, 69-93 e S. VINCRE, A. HENKE, *Cambiamento climatico e contenzioso giudiziale. Un’analisi di diritto italiano e comparato*, in L. VIOLINI (a cura di), *One Health – Dal paradigma alle implicazioni giuridiche*, 107-116.

²³ Cfr. P. L. PETRILLO, *Il costituzionalismo climatico. Note introduttive*, in *DPCE online*, Sp-2/2023, 236, P. PUSTORINO, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale, in Ordine internazionale e diritti umani*, 3/2021, 596 ss e M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2021, 56 ss.

²⁴ L’art. 20A configura una *responsabilità* dello Stato, *anche* nei confronti delle generazioni future, di tutelare «i fondamenti naturali della vita mediante l’esercizio del potere legislativo, nel quadro dell’ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto».

protezione delle basi naturali della vita come un bene comune di particolare rilevanza²⁵. Filo rosso di queste oscillazioni era stata in ogni caso un’interpretazione dell’art. 20A come norma dalla rilevanza costituzionale contenuta, insuscettibile di divenire fonte diretta di obblighi ulteriori in capo allo Stato²⁶. Ed è proprio in questo solco che si collocano gli aspetti più innovativi della sentenza del 24 marzo 2021.

I giudici tedeschi dichiaravano infatti l’illegittimità di alcuni degli articoli della Legge federale sul cambiamento climatico per incompatibilità con il citato art. 20A della *Grundgesetz*, senza riscontrare una vera e propria violazione diretta di quest’ultimo da parte del legislatore quanto, piuttosto, una violazione del principio di proporzionalità che, nel caso di specie, si traduceva nella distribuzione della riduzione di emissioni di CO2 «costituzionalmente necessaria» in quanto da collocarsi/inquadrarsi «in una prospettiva orientata al futuro»²⁷. Secondo il *Bundesverfassungsgerichts*, le disposizioni in esame non contenevano sufficienti indicazioni e previsioni per la riduzione delle emissioni a partire dal 2031 così che la legislazione nazionale rischiava, *insostenibilmente*, di consentire alla generazione presente di «consumare buona parte del bilancio di anidride carbonica sostenendo un onere relativamente leggero», facendo quindi ricadere sulle future generazioni il peso di «dover sopportare un onere più radicale ed esporre le loro vite a una più ampia perdita di libertà»²⁸.

Ciò che anzitutto colpisce della sentenza è la redazione di un apparato motivazionale estremamente corposo e denso di passaggi argomentativi avanguardistici che distaccano la pronuncia – definita infatti *rivoluzionaria*²⁹ – dagli altri precedenti giudiziali europei. Uno dei punti nodali della decisione risiede infatti nella mancanza di un danno attuale o nella mancata protezione preventiva da parte dello Stato; piuttosto, l’illegittimità si concretizza in una mal gestione statale del tempo quale «variabile determinante della termodinamica del clima nella “determinata zona” di ciascuno Stato ed elemento costitutivo dei “benefici” delle libertà presenti e future dentro quello Stato»³⁰. Ulteriormente rilevante è la sottolineatura posta dal Tribunale sul fatto che i ricorrenti non abbiano reclamato la violazione di diritti di persone non ancora nate, ma dei propri

²⁵ A. DE PRETIS, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali- Karlsruhe for Future?*, in *Ceridap*, 4/2021, 130, spec. 132-3.

²⁶ In tal senso, vedasi la sentenza del 9 marzo 2011, *BVerwG* 4 B 46.10 disponibile in lingua originale al sito: <https://www.bverwg.de/de/090311B4B46.10.0>.

²⁷ L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2021, 4, M. PIGNATARO, *Il dovere di protezione del clima e i diritti delle generazioni future in una storica decisione tedesca*, in *EuBlog.eu*, 17 maggio 2021 e R. MONTALDO, *La neutralità climatica e la libertà di futuro (BVerfG, 24 marzo 2021)*, in *Diritticomparati.it*, 1 luglio 2021.

²⁸ Estratto della sentenza della *Bundesverfassungsgericht* riportato anche nel testo di M.T. ROERIG dell’Area Servizio Studio – Area di Diritto Comparato della Corte costituzionale del 30 aprile 2021, a cui si rimanda per una sintesi più approfondita del provvedimento. Disponibile al sito: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1619774479177.pdf

²⁹ Viene così definita da R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 aprile 2021.

³⁰ M. CARDUCCI, *Libertà “climaticamente” condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, in *LaCostituzione.info*, 3 maggio 2021.

diritti fondamentali³¹, ritenendo che dall’art. 20A discendesse un obbligo (ulteriore) in capo allo Stato di proteggere il clima in una prospettiva intergenerazionale³².

Tra i commenti alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* colpisce quello di Roberto Bin, peraltro precedente all’entrata in vigore della novella costituzionale italiana, il quale osserva che la decisione tedesca incarna un precedente giurisprudenziale nell’individuazione del diritto al clima capace di aprire la porta anche nel nostro ordinamento, se assecondata dai giudici nazionali, ad una svolta fondamentale della tutela dei diritti. La sentenza della Corte tedesca potrebbe agevolare, nella visione di Bin, la pressione per la tutela del diritto al clima a «trovare la strada per incanalarsi e per reperire gli strumenti processuali necessari a portare davanti alla Corte costituzionale la questione della legittimità di leggi troppo compiacenti e timide nel limitare il degrado ambientale»³³.

3.1 ... e in Italia? Spunti sulla configurazione di un diritto ad un clima stabile e sicuro

Un primo banco di prova rispetto a quanto prospettato da Bin circa il riconoscimento di un diritto al clima nel nostro ordinamento è rappresentato dal c.d. Giudizio Universale, un ricorso promosso dall’associazione A Sud e da vari cittadini italiani (alcuni anche minorenni) presentato dinanzi al Tribunale Civile di Roma pochi mesi dopo la sentenza del Tribunale federale costituzionale tedesco. La causa vede come parte convenuta lo Stato italiano, per il tramite della Presidenza del Consiglio dei Ministri. In particolare, i ricorrenti chiedono di accertare la responsabilità³⁴ di quest’ultimo per non aver perseguito una politica climatica conforme alle acquisizioni scientifiche più avanzate e, subordinatamente al riconoscimento di responsabilità, gli stessi ne domandano la condanna ad adottare ogni necessaria iniziativa per l’eliminazione entro il 2030 delle emissioni nazionali di gas serra, coerentemente con gli impegni presi con gli Accordi di Parigi.

Ritornano quindi alcuni dei tratti tipici della *climate change litigation*, che si estrinsecano nell’impugnativa di politiche pubbliche statali e nella richiesta di condanna ad adottare misure idonee a rispettare gli impegni internazionali assunti dallo Stato. Parimenti, ritorna il concetto di future generazioni, menzionate nell’atto di citazione in relazione alle misure impiegate dallo Stato italiano per conformarsi agli obiettivi degli accordi di Parigi, che genererebbero «iniquità intergenerazionale, facendo gravare sulle

³¹ Il passaggio si può ritrovare in *BVerwG*, ordinanza del 24 marzo 2021, par. 109.

³² *BVerwG*, ordinanza del 24 marzo 2021, par. 197 e A. PISANÒ, *Il diritto al clima – il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 271

³³ R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 aprile 2021.

³⁴ Il tipo di responsabilità che i ricorrenti individuano è ex art. 2043 c.c. (responsabilità extracontrattuale) o, in subordine, ex art. 2051 c.c., ovvero sia la responsabilità del danno cagionato da cose in custodia.

future generazioni ingiuste conseguenze negative di impatto e di costi»³⁵. Tale giudizio (ancora in corso³⁶) rappresenterà una prima occasione per osservare se – e in che modo – la sentenza tedesca abbia fatto breccia nel nostro ordinamento, pur tenendo conto di una differenza sostanziale tra i due ordinamenti, ossia la mancanza – nel nostro – di un canale di accesso diretto alla Corte costituzionale³⁷. Ciò nonostante, sono presenti diversi elementi che invece accomunano entrambi i giudizi, quali lo Stato come controparte e la domanda dei ricorrenti di individuare delle misure di mitigazione idonee. Può ravvisarsi, inoltre, un ulteriore allineamento tra i due Paesi considerando che a giudizio in corso è intervenuta la l. cost. 1/2022 che certamente si colloca nella direzione di una tutela in senso rafforzativo dell’ambiente, oltre a riprendere alcuni elementi dell’art. 20A della *Grundgesetz*, quale il richiamo alle future generazioni.

Quest’ultimo aspetto ci riporta alla riflessione che ha aperto questo paragrafo, ossia all’interazione tra ambiente-clima. Viene infatti da domandarsi se una tutela del clima possa ricavarsi in via interpretativa dal nuovo art. 9, co. 3, Cost. che, nel menzionare l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi non fa riferimento espresso al clima e/o al cambiamento climatico, il quale, anche a fronte della lettura dei lavori preparatori, non sembra essere una preoccupazione del legislatore costituzionale³⁸. Ciò si pone in controtendenza rispetto al piano internazionale, ove si registra una progressiva emancipazione del diritto climatico dal diritto ambientale³⁹, con una crescente diffusione di istanze di revisione costituzionale dirette a fornire un ancoraggio agli impegni climatici assunti dagli Stati firmatari dell’Accordo di Parigi (purché prevalentemente – ma non esclusivamente⁴⁰ – in Paesi non-europei), all’insegna del c.d. costituzionalismo climatico⁴¹. D’altra parte, nello spazio europeo spinte verso una maggiore attenzione alle

³⁵ Estratto dell’Atto di citazione, A Sud v. Stato italiano, Tribunale di Roma, 2021, p. 39 disponibile al sito: <https://giudiziouniversale.eu/wp-content/uploads/2023/07/Atto-di-citazione-A-Sud-VS-Stato-Italiano-2021.pdf>.

³⁶ Quanto allo stato del giudizio, la terza e prossima udienza del processo di primo grado si terrà il 13 settembre 2023 con sentenza attesa per la fine del 2023 e l’inizio del 2024. Dà conto dei vari momenti processuali, allegando anche la relativa documentazione, il sito web <https://giudiziouniversale.eu/la-causa-legale/>.

³⁷ Per approfondire più nel dettaglio il caso del c.d. Giudizio universale, si rinvia ad A. PISANÒ, *Il diritto al clima – il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 273-277 e G. CAMPEGGIO, *La causa “Giudizio Universale” e il problema della verità*, in *Diritticomparati.it*, 21 settembre 2022.

³⁸ Approfondisce il tema del mancato inserimento del clima nel testo costituzionale, anche dando conto dei passaggi legislativi in cui si è fatta menzione del cambiamento climatico, pur non trovando poi riscontro nella riforma, F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell’ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *DPCE online*, 2/2022, 1085 ss.

³⁹ Appare utile dar conto che la distinzione tra diritto climatico e diritto ambientale è oggetto di ampi dibattiti. Per approfondire, J. PEEL, *Climate Change Law: The Emergence of a New Legal Discipline*, in *Melbourne University Law Review*, 32/2008, 3, M. MEHLING, *The Comparative Law of Climate Change: A Research Agenda*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 24, 3/2015, 341 ss.; M. FERMEGLIA, *Comparative Law and Climate Change*, in F. FIORENTINI, M. INFANTINO (a cura di), *Mentoring Comparative Lawyers: Methods, Times, and Places*, Cham, 2020.

⁴⁰ In tal senso, un’eccezione degna di nota è il tentativo di modifica della Costituzione francese nel 2018 volto ad inserire nel primo articolo della stessa, tra gli obiettivi primari dello Stato, quello del contrasto ai cambiamenti climatici. Il disegno di legge costituzionale è stato poi ritirato nel luglio 2021 per il mancato raggiungimento di un accordo tra le diverse forze politiche. Sul tema, F. SAVONITTO, *La constitutionnalisation de l’action contre les changements climatiques*, in *Petites Affiches*, 136/2018, 84 ss.

⁴¹ Vedasi sul tema, F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell’ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, cit., 1092 ss., A.O. JEGEDE, *Climate Change and*

questioni climatiche provengono dalla moltiplicazione dei contenziosi afferenti alla *climate change litigation*, sia presso le istituzioni sovranazionali (e nella specie di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴²), sia dinanzi alle Corti nazionali dei singoli Stati membri. Nondimeno, il mancato inserimento di un riferimento al clima e/o al cambiamento climatico nel “nuovo” art. 9 Cost. non significa – secondo parte della dottrina – che da essa non possa ricavarsi, attraverso un'interpretazione evolutiva, un'obbligazione climatica in capo allo Stato. Rispetto a questo, degna di nota è la posizione di Bifulco che intravede nell'inserimento del termine “ecosistemi” all'art. 9, co. 3, Cost. una copertura costituzionale alla tutela del clima, che trova vigore nel rapporto di strumentalità e finalizzazione reciproca che caratterizza l'ambiente (e l'ecosistema, in particolare, quale uno dei suoi elementi costitutivi) e il clima, posto che gli ecosistemi esistono e si diversificano in relazione alle condizioni climatiche di una determinata area geografica. In questa prospettiva, dunque, si potrebbe affermare che l'azione per arrestare il cambiamento climatico – e quindi la tutela del clima – sarebbe preconditione della tutela dell'ambiente nei suoi elementi costitutivi (quale la biodiversità e gli ecosistemi)⁴³. Non mancano tuttavia altrettanto valide teorie dottrinali che parimenti riconoscono una tutela implicita del clima nella Costituzione, ma che ritengono che essa si fondi su diversi parametri. Tra queste, Gallarati individua un'obbligazione climatica in capo allo Stato dal combinato disposto dell'art. 9 co. 3 (nel riferimento alle future generazioni) con gli artt. 2 e 3 Cost. Tali articoli andrebbero a fondare un principio di solidarietà intergenerazionale in nome del quale lo Stato dovrebbe garantire le condizioni, in una prospettiva orientata anche alle future generazioni, per un pieno sviluppo della persona umana⁴⁴.

Pur nella fondatezza delle letture di cui s'è dato conto, ogni considerazione ulteriore, nell'assenza di riferimenti espressi nella Carta costituzionale, impone una necessaria attesa, in quanto solo con le prime pronunce della Corte sul tema sarà possibile carpire anzitutto se i giudici costituzionali saranno concordi nel riconoscimento di quest'implicita tutela, e secondariamente, in caso affermativo, su quali parametri costituzionali quest'ultima potrebbe eventualmente fondarsi.

Environmental Constitutionalism: A Reflection on Domestic Challenges and Possibilities, in E. DALY, J.R. MAY (a cura di), *Implementing environmental constitutionalism: Current global challenges*, Cambridge, 2018, 84-99 e P. VIOLA, *Climate Constitutionalism Momentum: Adaptive Legal Systems*, Cham, 2022, spec. 41 ss.

⁴² Si veda sul punto A. OSTI, *A qualcuno (non) piace caldo. Il caso KlimaSeniorinnen c. Svizzera avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (per non tacer degli altri)*, in *Biolaw Journal*, 2/2023, 237 ss.

⁴³ Le considerazioni di cui sopra sono da riferirsi all'intervento di R. BIFULCO, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale – Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 12 maggio 2023, Roma, disponibile al sito: <https://www.radioradicale.it/scheda/697932/la-cultura-dellambiente-nellevoluzione-costituzionale>.

⁴⁴ Cfr. F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, cit., 1107.

4. Il binomio ambiente-future generazioni e la Corte costituzionale. L'inevitabile riflessione sul principio di separazione dei poteri

Le osservazioni di carattere sostanziale che hanno interessato la riforma costituzionale e a cui si è fatto cenno⁴⁵ si riverberano sul piano dell'attività di interpretazione della Corte costituzionale e, conseguentemente, sul ruolo che quest'ultima potrebbe assumere nel rapporto con il legislatore. Appare dunque interessante dedicare alcune brevi riflessioni conclusive al confronto dottrinale che ruota attorno alla necessità (o meno) della modifica dell'art. 9 Cost., alla luce dell'interpretazione data al binomio ambiente-future generazioni – precedentemente alla riforma – da parte della nostra Corte e, in secondo luogo, all'inevitabile impatto che l'attività interpretativa di quest'ultima – a fronte della riforma costituzionale – potrebbe avere sul principio di separazione dei poteri orizzontale.

Per quanto riguarda il primo profilo, la Corte si è interessata del binomio ambiente-future generazioni sin dalla metà degli anni Ottanta, in un momento che si caratterizza per una «costituzionalizzazione di fatto di nuovi diritti»⁴⁶. A questi anni risalgono infatti due sentenze che rappresentano un vero e proprio *turning point* in materia ambientale proprio per l'interpretazione evolutiva del dettato costituzionale. Con queste pronunce si sono invero inclusi il territorio e l'ambiente, attraverso una lettura dinamica ed estensiva, nella tutela del paesaggio sancita dall'art. 9 Cost. così facendoli rientrare tra i principi fondamentali⁴⁷, consacrando altresì l'ambiente come valore costituzionale primario⁴⁸. Parimenti, negli stessi anni, la Corte costituzionale si è apprestata a calare la tutela dell'ambiente in una dimensione intergenerazionale⁴⁹ inaugurando una linea esegetica confermata dalla stessa anche in una più recente sentenza del 2019 nella quale si riconosce il suolo come «[...] capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, *anche* di natura intergenerazionale»⁵⁰.

⁴⁵ È bene precisare che il presente lavoro si è limitato a dar cenno ad alcuni profili circoscritti, pur investendo la riforma molteplici fronti. Uno fra tutti, la presunta immodificabilità dei principi fondamentali, che approfondisce, *ex multis*, D. PORENA, «*Anche nell'interesse delle generazioni future*». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 15/2022, 125.

⁴⁶ T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 16/2021.

⁴⁷ Nello specifico i giudici costituzionali affermano che «...la tutela del paesaggio non può venire realisticamente concepita in termini statici, di assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un momento dato, ma deve, invece, attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente», Corte cost., 29 marzo 1985, n. 94, punto 3 Cons. dir.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151. Approfondisce questa sentenza A. BUSCEMA, *La sentenza 151/1986 e il dialogo Consulta-Parlamento sull'ambiente*, in *Sentenze che ci hanno cambiato la vita*. Podcast disponibile nella pagina Libreria dei Podcast della Corte costituzionale <https://www.cortecostituzionale.it/podcast.do>.

⁴⁹ Nello specifico, identificate la flora e la fauna selvatica quali componenti del patrimonio naturale, i giudici costituzionali affermano come, data la loro fundamentalità per gli equilibri biologici, esse vadano preservate così da essere trasmesse alle generazioni future (Corte cost., 12 ottobre 1988, n. 1002, punto 3 Cons. dir.). Per individuare un riferimento al binomio ambiente-future generazioni antesignano alla riforma costituzionale del 2022, cfr. *ex multis* Corte cost., 18 aprile 1996, n. 419 e Corte cost., 2 marzo 2017, n. 93.

⁵⁰ Corte cost., 23 maggio 2019, n. 179, nello stesso senso Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 71.

Le menzionate pronunce ci permettono di evidenziare come alcuni elementi chiave della riforma fossero da tempo principi consolidati della Corte, che può dirsi certamente antesignana rispetto all’opera del legislatore nell’instaurazione del binomio ambiente-future generazioni. Per tali ragioni la l. cost. 1/2022 viene definita da alcuni studiosi come un «bilancio consuntivo»⁵¹ del lavoro dei giudici costituzionali, tanto da rappresentare un passaggio – per quanto apprezzabile – non necessario, in quanto lascia immutato lo statuto sostanziale e quello di effettività⁵² che si è affermato e consolidato sul versante giurisprudenziale. Sul punto, si potrebbe tuttavia obiettare che, pur se così qualificata, la codificazione costituzionale potrebbe sortire l’effetto di incoraggiare quel circolo virtuoso che non solo vincolerebbe inderogabilmente i decisori pubblici, ma che potrebbe altresì consentire alla stessa Corte di perseguire nuovi obiettivi e risultati in termini di tutela dei diritti, spingendosi oltre a quanto fatto finora, come ipotizzato con riguardo alla tutela del clima. E il caso deciso dalla *Bundesverfassungsgericht* ne è in tal senso una rappresentazione; la sentenza muta il paradigma alla base dell’art. 20A, inizialmente norma adibita al rango di disposizione programmatica⁵³ e anzi forse fonte – sul pianto testuale – di una tutela debole (come viene qualificata la tutela riconducibile allo stesso art. 9 Cost. post-riforma), attraverso un’interpretazione che rafforza la responsabilità dello Stato e che la rende ancoraggio per una tutela “forte” del binomio ambiente-future generazioni.

A questo punto sorge spontaneo domandarsi se, e in caso affermativo entro quali limiti, l’appena descritto *modus operandi* possa essere definito un circolo virtuoso, quale tra questi due soggetti meglio possa apportare un efficientamento nella tutela di diritti esistenti, oltre che nel riconoscimento di nuovi diritti o interessi in materia ambientale e, soprattutto, quali dovrebbero essere gli spazi di manovra dell’uno e dell’altro. È dunque in questo frangente che viene spesso evocato un principio cardine dello Stato democratico, ossia quello della separazione dei poteri⁵⁴, che impone, da un lato, che non vi siano invasioni di campo della Corte nell’attività del legislatore (dotato di una propria discrezionalità) e, dall’altro, che quest’ultimo accolga i moniti che possono arrivare dalla prima. Rispetto al *modus operandi* di cui sopra, può accadere – ed è accaduto – che la Corte abbia colmato dei vuoti legislativi con pronunce manipolative, con la giustificazione di essersi limitata «a ricorrere, estendendolo, al “lessico” legislativo già in vigore⁵⁵». Si tratta di una torsione che s’inserisce in una tendenza generalizzata, ma che ha una sua dimensione specifica nella materia ambientale. E, ancor più circoscrivendo il

⁵¹ D. PORENA, «Anche nell’interesse delle generazioni future». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all’indomani della revisione dell’art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 15/2022, 125.

⁵² L’utilizzo dei termini statuto di effettività e statuto sostanziale è da attribuirsi a B. VIMERCATI, *Il diritto ai beni vitali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 10 giugno 2016, 19.

⁵³ *Infra* § 3.

⁵⁴ Il tema è stato ampiamente trattato dalla dottrina, tra i molti si consiglia la lettura di G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001; B. ACKERMAN, *The New Separations of powers*, in *Harvard Law Review*, vol. 113, 3/2000, 642 ss. Più recentemente, analizza il principio della separazione dei poteri in tempo di crisi, L. P. VANONI, «Never let a good crisis go to waste» *Il principio della separazione dei poteri*, Torino, 2023, 1-70.

⁵⁵ Vi fa riferimento, criticamente, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 90.

campo di indagine, nella *climate change litigation* sono svariate le riflessioni in materia di separazione dei poteri⁵⁶, molte delle quali intercettano la dottrina del c.d. *political act*, che postula l’insindacabilità delle decisioni del potere politico (esercitato dal parlamento e dal governo) da parte del potere giudiziario⁵⁷. Tale scelta viene giustificata – da parte di taluni Autori⁵⁸ – in ragione dell’assenza di parametri giuridici da utilizzare per valutare la legittimità dell’atto politico, mentre, secondo altre posizioni, la scelta sulla sindacabilità rientra nell’autonomia decisionale del singolo giudice. Nell’applicazione pratica della dottrina del *political act* alle controversie climatiche, questa ha visto in alcuni casi il favore delle Corti nazionali, che l’hanno accolta respingendo *ab origine* i ricorsi; mentre in altri tale teoria è stata formalmente respinta dai giudici, pur riconoscendo la discrezionalità dei governi nell’adozione di misure atte a contrastare il cambiamento climatico. Quest’ultima strada è stata percorsa, a titolo esemplificativo, dal Tribunale costituzionale tedesco nel caso già ampiamente citato del 24 marzo 2021, ove i giudici, da un lato, riconoscono un obbligo statale nel contrasto ai cambiamenti climatici, connotato da un’ampia discrezionalità nell’attuazione delle politiche internazionali climatiche, e dall’altro, ritengono che sia compito della corte quello di verificare la ragionevolezza e la proporzionalità di tali misure⁵⁹ rispetto alla pluralità di interessi di rilievo costituzionale⁶⁰.

Prescindendo dalle soluzioni in concreto adottate dai giudici, appare chiaro che la teoria del *political act* vada di pari passo ad una visione del legislatore quale «interprete della coscienza sociale» in grado di «avere le ‘antenne’ per intercettarla e tradurla in atti normativi⁶¹». In questa direzione, appare ragionevole ritenere che sia il legislatore il soggetto astrattamente meglio deputato a disciplinare materie come quella ambientale, posto che questa scelta porta altresì con sé quella certezza del diritto che non ci si può legittimamente attendere allo stesso modo dalla giurisprudenza, e che rende per tale ragione l’interventismo giurisdizionale fortemente aleatorio, poiché rientra nelle facoltà (e nella discrezionalità) del legislatore di intervenire e ri-disciplinare la materia in qualsiasi momento. Ora, calando (e riportando) queste problematiche al nostro ordinamento, il contesto costituzionale in cui si collocano la tutela ambientale e delle future generazioni presenta aspetti peculiari che meritano particolare attenzione. Entrambe si configurano infatti come un dovere della Repubblica, collocandosi

⁵⁶ Cfr., *ex multis*, M. MORVILLO, *Climate change litigation e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 maggio 2019; E. GUARNA ASSANTI, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Federalismi.it*, 2021, 17.

⁵⁷ Approfondisce il tema della dottrina dell’atto politico in relazione ad alcuni specifici casi legati al contenzioso climatico, L. MAGI, *Giustizia climatica e teoria dell’atto politico: tanto rumore per nulla*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2021, 1036 ss.

⁵⁸ E. GUICCIARDI, *L’atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1937, 291 ss.; C. DELL’ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983 p. 168.

⁵⁹ P. L. PETRILLO, *Il costituzionalismo climatico. Note introduttive*, in *DPCE online*, cit., 247; A. PISANÒ, *Il diritto al clima – il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., 270.

⁶⁰ Nella sentenza viene infatti specificato che la protezione del clima deve essere bilanciata con altri diritti e valori costituzionalmente rilevanti, non avendo una priorità incondizionata su altre pretese giuridiche. Par. 2.a. Sentenza e Pisanò 271

⁶¹ N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 94.

nell’ambito delle c.d. disposizioni di principio, a maggior ragione dopo l’intervento del legislatore costituzionale che ha optato per una vera e propria riforma del testo della Costituzione. Se, come visto, questo permette di aggirare l’annosa questione della definizione di *chi* sono le generazioni future, d’altro canto, l’utilizzo di tali formule vaghe non consente di fornire quella già citata certezza del diritto. Al tempo stesso, benché retoricamente efficaci, le nuove disposizioni non contribuiscono a fornire effettività alla normativa ambientale già esistente, che sconta già di per sé questo limite⁶² e che risulta così ulteriormente depotenziata nella sua portata precettiva.

Volendo tentare a questo punto, senza pretesa alcuna, di ipotizzare quelli che potrebbero essere gli sviluppi futuri alla luce di quanto sinora osservato, appare più realistico che la strada che verrà percorsa (sempre *se* verrà percorsa) per configurare una tutela del clima sarà, ancora una volta, quella di un’interpretazione evolutiva dell’art. 9, co. 3, Cost., piuttosto che quella di un intervento legislativo in grado di tradurre i “nuovi” principi costituzionali in regole cogenti. Su questa traiettoria può già intravedersi, quantomeno, un interesse della stessa Corte costituzionale che, nella relazione annuale riferita all’anno 2022, si dice «attenta ai grandi temi del presente, tra cui il contrasto alle emergenze climatiche»⁶³. È chiaro che ci troviamo certamente di fronte ad un *mare magnum* di dinamiche complesse e di interrogativi ancora aperti; ciò nonostante, a margine di queste incerte previsioni, resta fermo il fatto che stiamo assistendo a continue sollecitazioni da parte della cittadinanza, delle istituzioni europee⁶⁴ e internazionali ad intervenire in materia climatica, a cui non si accompagna un atteggiamento proattivo del legislatore. Tale inerzia si manifesta, ad esempio, nella mancanza ad oggi di una Legge sul clima che riesca a dare contezza agli impegni presi sul piano internazionale. E forse è proprio in tale direzione che dovrebbero convergere gli sforzi tanto del legislatore, quale interprete della coscienza sociale, quanto della Corte costituzionale che – benché sempre più tentata di colmare in autonomia i vuoti legislativi esistenti – avrebbe la facoltà di far pressione con le sue pronunce affinché le istituzioni politiche adottino idonee misure di tutela del clima.

⁶² Cfr. F. CIRILLO, *L’interesse delle future generazioni: ragionamenti fallaci e interpretazioni sostenibili*, in *Ambientidiritto.it*, 2/2023, 9; A. D’ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto all’etica e alla politica*, Napoli, 2017, 303.

⁶³ CORTE COSTITUZIONALE, *Relazione annuale sull’attività della Corte costituzionale nel 2022*, 13 aprile 2023, 7. Disponibile al sito: https://www.cortecostituzionale.it/annuario2022/pdf/Relazione_annuale_2022.pdf.

⁶⁴ Non va infatti dimenticato che le risorse del PNRR, che vedono come pilastro la transizione digitale e quella ecologica, sono fondi erogati e coordinati, di fatto quindi condizionati, dall’Unione europea. Tali priorità non rappresentano quindi il frutto di una scelta discrezionale dello Stato membro.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

CORTI COSTITUZIONALI, DIRITTI E TRANSIZIONE: BOSNIA ED
ERZEGOVINA E KOSOVO A CONFRONTO

EDIN SKREBO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le Costituzioni eteroimposte di Bosnia ed Erzegovina e Kosovo a confronto. – 3. La Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina e la tutela dei diritti. – 4. La Corte costituzionale del Kosovo e la tutela dei diritti. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La giustizia costituzionale riveste un ruolo primario nel funzionamento e nello sviluppo dei moderni sistemi costituzionali. In particolare, tale considerazione trova ulteriore conferma all'interno degli ordinamenti derivanti da procedimenti costituenti eteroimposti, noti anche come internazionalmente guidati o assistiti¹. Infatti, la giurisdizione costituzionale vi assume la funzione di volano trainante la difesa dei diritti

¹ *Ex multis* G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998, 164 ss., V. PIERGIGLI, *Diritto costituzionale e diritto internazionale: dalla esperienza dei procedimenti costituenti eterodiretti alla UN policy framework assistance*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 2 ss; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2019, 237-244; N. MAZIAU, *Le costituzioni internazionalizzate. Aspetti teorici e tentativi di classificazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2002, 1413 ss; N. FELDMAN, *Imposed Constitutionalism*, in *Connecticut Law Review*, vol. 37, 2004, 857 ss.; M. KUMM, *The Legitimacy of International Law: a Constitutionalist Framework of Analysis*, in *European Journal of International Law*, vol. 15, 4/2004, 931 ss.; G. FLORIDIA, *Il costituzionalismo "a sovranità limitata" tra paradosso e necessità*, in R. ORRÙ, L. G. SCIANNELLA (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004, 7 ss.

fondamentali, oltre che favorire ed implementare la transizione democratica². A ciò si unisce la caratteristica della indipendenza, che rende tale organo uno strumento di reale garanzia nel più ampio quadro dell’ordinamento statale³.

Alla luce di quanto affermato sopra, il presente contributo si propone di analizzare, in un’ottica comparatistica, il ruolo delle Corti costituzionali della Bosnia ed Erzegovina e del Kosovo nel consolidamento dei diritti fondamentali e la misura in cui questo processo sia stato influenzato degli *standard* di tutela derivanti dai trattati internazionali. La scelta di comparare proprio questi due ordinamenti scaturisce dal fatto, in primo luogo, che si tratta di due sistemi costituzionali frutto di una eteroimposizione derivante, nel caso della Bosnia ed Erzegovina, dalla conclusione di un conflitto armato e dalla dichiarazione di indipendenza unilaterale dalla Serbia, nel caso del Kosovo. In secondo luogo, una comparazione tra questi ordinamenti permette di analizzare due sistemi in cui la tutela dei diritti fondamentali è affidata – oltre che alle disposizioni costituzionali – ad una serie di trattati e convenzioni internazionali. Prima tra tutte, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la quale trova diretta applicazione nell’ordinamento dei due Paesi, oltre che essere utilizzata quale parametro di legittimità costituzionale da parte dei giudici. Altro aspetto che lega queste due realtà è il fatto che la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali è stata posta al centro del sistema dei valori e dei principi enunciati nelle rispettive Costituzioni. In aggiunta, gli ordinamenti in parola si contraddistinguono per un serrato “dialogo” tra diritto interno ed internazionale in materia di diritti fondamentali, quale conseguenza, anche, della composizione “mista” delle due Corti costituzionali (di cui più approfonditamente nel prosieguo del testo). Il presente contributo intende così illustrare come il consolidamento dei diritti e delle libertà fondamentali all’intero di questi due ordinamenti derivi, in maniera precipua, dal ruolo che vi hanno assunto le Corti costituzionali, soprattutto alla luce degli *standard* di tutela derivanti dal sistema delle convenzioni sulla salvaguardia dei diritti fondamentali.

L’analisi che segue verrà strutturata su tre fulcri principali. Al primo punto, si cercherà di fornire, seppure per sommi capi, le coordinate essenziali sulla storia costituzionale dei due Paesi, mettendo in evidenza il ruolo assunto, negli ordinamenti in questione, dall’esperienza dell’internazionalizzazione del potere costituente. Successivamente, l’analisi si concentrerà sull’assetto e le funzioni delle Corti costituzionali di Bosnia ed Erzegovina e Kosovo: soprattutto, per quanto attiene alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e al ruolo che vi hanno assunto i “giudici internazionali”. Infine, il contributo si chiude con un paragrafo conclusivo in cui si cercherà di evidenziare il ruolo della giurisdizione costituzionale dei due Paesi nella difesa dei diritti umani, rimarcando le affinità e le divergenze tra gli ordinamenti in esame.

² F. BIAGI, *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Bologna, 2016, 58-60.

³ L. MONTANARI, *La composizione della Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina tra influenza del fattore etnico e garanzie internazionali*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le Corti costituzionali: composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011, 118 ss.

2. Le Costituzioni eteroimposte di Bosnia ed Erzegovina e Kosovo a confronto

Le costituzioni internazionalizzate non sono una novità nell’ambito giuspubblicistico⁴. Basti ricordare, a titolo meramente esemplificativo, i procedimenti di redazione della Legge fondamentale tedesca o della Costituzione giapponese, come le Costituzioni di molti Paesi africani emancipatisi dalla dominazione coloniale durante gli anni Cinquanta dello scorso secolo⁵. Ancora più recentemente – soprattutto dopo il crollo del “blocco orientale”, gli attacchi terroristici del 2001 o in seguito alle “primavere arabe” del 2011⁶ – è stato registrato un significativo incremento nell’adozione di nuove costituzioni soggette ad influenze di carattere internazionale, in particolare a guida ONU⁷. Tale contributo “esterno” nell’ambito dei procedimenti costituenti è fondamentale, soprattutto, in quei contesti statali di recente indipendenza o dove sono avvenuti degli scontri armati.

I casi della Bosnia ed Erzegovina e del Kosovo costituiscono ormai due esempi emblematici, in cui il procedimento costituente è il risultato di una importante internazionalizzazione. Infatti, ambedue gli Stati facevano parte della Repubblica federativa socialista di Jugoslavia⁸. La Bosnia ed Erzegovina ha dichiarato la propria indipendenza dalla Jugoslavia nel marzo del 1992 in seguito ad una consultazione popolare, quale prerequisite fondamentale per il riconoscimento internazionale, come sancito dal quarto parere della Commissione arbitrale della Conferenza sulla Jugoslavia del 1991⁹. Tuttavia, il *referendum* fu seguito dall’esplosione del conflitto che vide contrapporsi i serbo-bosniaci, i croato-bosniaci ed i bosgnacchi¹⁰. L’accordo di pace di Dayton, raggiunto nel 1995, è importante perché oltre ad aver posto fine al conflitto ha

⁴ K. SAMUELS, *Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making*, in *Chicago Journal of International Law*, vol. 6, 2006, 663 ss.; P. DANN, Z. AL-ALI, *The Internationalized Pouvoir Constituant: Constitution-Making under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10, 2006, 423 ss.; M. RIEGNER, *The Two Faces of the Internationalized pouvoir constituant: Independence and Constitution-Making Under External Influence in Kosovo*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2/2010, 1035 ss.; C. GREWE, M. RIEGNER, *Internationalized Constitutionalism in Ethnically Divided Societies. Bosnia-Herzegovina and Kosovo Compared*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 15, 2011, 1 ss.

⁵ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 237-240.

⁶ C. SBAILÒ, «Primavera araba» e crisi dello «ius publicum europaeum». *Riflessioni metodologiche*, in E. FAZZINI (a cura di), *Culture del Mediterraneo. Radici, contatti, dinamiche*, Milano, 2014, 229-236; in particolare, sul caso tunisino si rimanda a: T. GROPPI, I. SPIGNO (a cura di), *Tunisia. La primavera della Costituzione*, Roma, 2015, 26 *passim*.

⁷ V. PIERGIGLI, *Diritto costituzionale*, cit., 2.

⁸ Per approfondire il tema dei mutamenti costituzionali in Jugoslavia si rimanda a: D. MONTALBETTI, *L’organizzazione costituzionale della Jugoslavia 1918-1992*, in M. CERMEL (a cura di), *La transizione alla democrazia di Serbia e Montenegro. La costituzione della Repubblica federale di Jugoslavia 1992-2002*, Padova, 2002, 40 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *et al.* (a cura di), *I Balcani occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Torino, 2008, 21 ss.

⁹ P. RADAN, *The Badinter Arbitration Commission and the Partition of Yugoslavia*, in *Nationalities Papers*, vol. 25, 3/1997, 537-557.

¹⁰ Sul conflitto nella ex Jugoslavia si rimanda a: A. LITTLE, L. SILBER, *The death of Yugoslavia*, London, 1995; G. MISHA, *The fall of Yugoslavia: the third Balkan war*, London, 1992; A. LITTLE, L. SILBER, *Yugoslavia: Death of a Nation*, London, 1997; J. PIJREVEC, *Le guerre jugoslave: 1991-1999*, Torino, 2001; A. MARZO MAGNO, *La guerra dei dieci anni. Jugoslavia 1991-1999*, Milano, 2001; P. S. SHOUP, S. L. BURG, *The war in Bosnia-Herzegovina: ethnic conflict and international intervention*, Armonk, 1999.

fornito il Paese di una nuova Costituzione¹¹. Infatti, il quarto allegato del trattato di pace costituisce la Carta fondamentale della Bosnia ed Erzegovina, che è entrata automaticamente in vigore in seguito alla firma dell'accordo di pace¹². Il testo costituzionale si caratterizza per essere il frutto di un procedimento costituzionale diretto dalla comunità internazionale e, in particolare, da parte dell'amministrazione statunitense¹³. Inoltre, l'adozione della Carta costituzionale non è stata né preceduto né seguita da alcun tipo di consultazione popolare diretta¹⁴.

Per quanto riguarda il Kosovo, il Paese, precedentemente Provincia della Serbia, durante il conflitto jugoslavo degli anni Novanta, ha subito importanti limitazioni alla propria autonomia da parte del governo serbo, provocando un forte risentimento della popolazione a maggioranza albanese¹⁵. Tanto da sfociare in una guerra tra le forze di sicurezza della Serbia e l'Esercito di liberazione del Kosovo. Il Conflitto è terminato nel 1999 in seguito alla sottoscrizione dell'accordo di Kumanovo, con cui è stato sancito il ritiro delle forze serbe e lo stanziamento di truppe internazionali, sotto l'egida delle Nazioni Unite¹⁶. Infatti, con l'adozione da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite della Risoluzione 1244 del 1999¹⁷, in Kosovo fu istituito un governo ed una assemblea parlamentare provvisoria con l'intento di normalizzare i rapporti interni. In particolare, la questione dello *status* del Kosovo avrebbe dovuto essere risolta attraverso un processo, prima, di normalizzazione e, poi, un successivo accordo, guidato dall'inviato speciale Martti Ahtisaari, designato dal Segretario Generale dell'ONU.

¹¹ R. HOLBROOKE, *To end a War*, New York, 1999, 231-288, D. CHOLLET, *The Road to The Dayton Accords. A Study of American Statecraft*, London, 2005, 133-183.

¹² Art. XII, par. 1, Costituzione della Bosnia ed Erzegovina.

¹³ P. GAETA, *The Dayton Agreement and International Law*, in *European Journal of International Law*, 7/1996, 148 ss.

¹⁴ Sul tema della Costituzione della Bosnia ed Erzegovina si rimanda a: S. YEE, *The New Constitution of Bosnia and Herzegovina*, in *European Journal of International Law*, 7/1996, 176-191; K. KEIL, *Multinational federalism in Bosnia and Herzegovina*, Farnham, 2013; K. TRNKA, *Specifičnosti ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine*, in *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 9/2009, 44-71; T. BAHCHELI, S. NOEL, *Imposed and proposed federations: issues of self-determination and constitutional design in Bosnia-Herzegovina, Cyprus, Sri Lanka and Iraq*, in *The Cyprus Review*, vol. 17, 1/2005, 13-36; S. SEBASTIÁN, *Constitutional Engineering in Post-Dayton Bosnia and Herzegovina*, in *International Peacekeeping*, vol. 19, 5/2012, 597-611; F. BIEBER, *Bosnia-Herzegovina: Slow Progress towards a Functional State*, in *Southeast European and Black Sea Studies*, vol. 6, 2/2006, 43-64; G. TOAL, J. O'LOUGHLIN, D. DJIPA, *Bosnia-Herzegovina Ten Years after Dayton: Constitutional Change and Public Opinion*, in *Eurasian Geography and Economics*, vol. 47, 1/2006, 61-75; H. L. CLARKE, *Ten Years of Unfinished Change in the Constitutional Structure of Bosnia and Herzegovina*, in N. GELAZIS (a cura di), *The Tenth Anniversary of the Dayton Accords and Afterwards: Reflection on Post-Conflict State – and Nation-Building*, Washington, 2006, 61-69.

¹⁵ Sulla storia del Kosovo si rimanda a: N. MALCOLM, *Kosovo. A Short History*, London, 2018; sul conflitto in Kosovo si rimanda a: J. PIRJEVEC, *Le guerre jugoslave*, cit., 553-662; S. TROEBST, *The Kosovo Conflict*, in *Die Konfliktentwicklung auf dem südlichen Balkan Information zur Sicherheitspolitik*, 17/1999; L. FREEDMAN, *Victims and victors: reflections on the Kosovo War*, in *Review of International Studies*, 26/2000, 335-358; H. KRIEGER (a cura di), *The Kosovo Conflict and International Law*, Cambridge, 2014.

¹⁶ Il testo dell'accordo è consultabile al seguente link: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/990615_MilitaryTechnicalAgreementKFORYugoslaviaSerbia.pdf.

¹⁷ Il testo della Risoluzione è consultabile al seguente link: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/990610_SCR1244%281999%29.pdf.

Nonostante gli sforzi profusi, il piano Ahtisaari non ha trovato il favore né degli attori locali né di quelli internazionali¹⁸. Così, nel 2008, il governo kosovaro ha dichiarato unilateralmente la propria indipendenza dalla Serbia¹⁹, non senza creare fratture a livello internazionale per quanto riguarda il suo riconoscimento²⁰. Tuttavia, nel 2010, la Corte internazionale di giustizia, dopo essere stata interpellata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, ha sentenziato che la dichiarazione d'indipendenza del Kosovo non contrastava con il diritto internazionale e neanche con la precedente Risoluzione 1244²¹.

Il primo tentativo di adozione di una Costituzione per il Kosovo si è avuto nel 1991, quando l'*élite* politica albanese del Kosovo ha redatto e adottato la cosiddetta Costituzione di Kacanik, dopo aver dichiarato la propria indipendenza nell'ambito del più vasto processo di disgregazione della Repubblica socialista federativa di Jugoslavia²². In realtà, questo Testo è stato quasi ignorato dalla comunità internazionale, all'epoca impegnata nel placare il conflitto in Croazia e nello scongiurare quello in Bosnia ed Erzegovina. Nonostante il fatto, occorre ricordare, che la Costituzione di Kacanik era stata adottata in maniera democratica e pacifica, in risposta all'abolizione dell'autonomia territoriale del Kosovo, voluta dal governo di Belgrado²³.

Successivamente, con l'insediamento della Missione di Amministrazione *ad interim* della Nazioni Unite in Kosovo (UNMIK) in seguito all'adozione della Risoluzione 1244, una delle più urgenti questioni era proprio quella di creare delle «institutions of self-governance»²⁴ e di trasferire a queste istituzioni locali il potere. Così, l'ufficio legale dell'UNMIK ha adottato, nel 2001, un *Constitutional Framework*²⁵, in modo tale da fornire al Kosovo un sistema istituzionale locale in materia di potere legislativo, esecutivo e giudiziario parallelo e indipendente da quello di Belgrado e basato sui principi dello Stato di diritto e della separazione dei poteri. Occorre precisare che l'istituzione di una Corte costituzionale fu osteggiata dalla Serbia, a livello locale, e dalla Russia, presso le Nazioni Unite²⁶. Nonostante gli sforzi della comunità internazionale, ben presto, fu chiaro che la tattica di creare delle istituzioni prima di aver risolto lo *status* giuridico del Kosovo non poteva sortire gli effetti sperati. Così si rese necessaria l'ideazione di una soluzione giuridica per il Kosovo con la proposta del piano Ahtisaari, di cui si è accennato sopra. La Proposta generale per la soluzione dello status del Kosovo

¹⁸ Sul punto si rimanda alla dettagliata descrizione di: H. H. JR. PERRITT, *The Road to Independence for Kosovo. A Chronicle of the Ahtissari Plan*, Cambridge, 2009, 163-170.

¹⁹ Il testo completo della dichiarazione di indipendenza è consultabile al seguente link: https://www.files.ethz.ch/isn/125409/8009_Kosovo_Independence.pdf.

²⁰ C. J. BORGES, *Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination, Secession and Recognition*, in *American Society of International Law*, 5 February 2008; N. TSAGOURIAS, *The Inevitable Independence of Kosovo*, in *Amsterdam Law Forum*, 2/2009, 39-41; D. FIERSTEIN, *Kosovo's Declaration of Independence: an Incident Analysis of Legality, Policy and Future Implication*, in *Boston University International Law Journal*, vol. 26, 2008, 433-435.

²¹ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*.

²² J. MARKO, *The New Kosovo Constitution in Regional Comparative Perspective*, in *Review of Central and East European Law*, vol. 33, 2008, 439.

²³ *Ivi*, 440.

²⁴ Risoluzione 1244, par. 23.

²⁵ Il testo è consultabile al seguente link: <https://www.esiweb.org/pdf/bridges/kosovo/12/1.pdf>.

²⁶ J. MARKO, *The New Kosovo Constitution*, cit., 441.

era strutturata in maniera molto affine al trattato di pace di Dayton: con una serie di principi generali e dodici allegati²⁷. Infatti, quattro allegati stabilivano principi costituzionali come la laicità e la multietnicità, facevano riferimento a strumenti internazionali per i diritti umani da incorporare nel futuro quadro costituzionale e seguivano il sistema di protezione e rappresentanza politica delle comunità etniche già stabilito dal Quadro costituzionale. Il capitolo sul sistema giudiziario comprendeva anche disposizioni per la creazione di una Corte costituzionale internazionalizzata. Infine, erano previste disposizioni dettagliate per il mantenimento della presenza civile e militare internazionale. Dopo il mancato raggiungimento di un accordo sul piano Ahtisaari nella regione e presso il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, molti degli elementi della Proposta sono serviti, poi, come modello per il processo di stesura della Costituzione del Kosovo indipendente²⁸. Infatti, seguendo la proposta Ahtisaari, che prevedeva un gruppo di ventuno esperti che combinassero competenze professionali e rappresentatività politica, tra cui i rappresentanti dei principali partiti politici, è stato istituito il Gruppo di lavoro costituzionale. Dopo la dichiarazione di indipendenza, tale organo è stato trasformato in Commissione costituzionale del Kosovo, affiancata dai consulenti dello USAID²⁹.

La Commissione costituzionale, divisa per gruppi di lavoro, ha presentato una prima bozza della Carta da sottoporre a un processo di consultazione pubblica, che si è protratto dal 19 febbraio al 4 marzo 2008 e che ha portato ad alcune modifiche. Il 2 aprile del 2008, la versione finale della Costituzione è stata certificata dall'*International Civil Representative* e adottata dall'Assemblea parlamentare del Kosovo il 9 aprile del 2008.

È interessante sottolineare le affinità che legano le Costituzioni dei due Paesi in questione. Infatti, sia per il Kosovo che per la Bosnia ed Erzegovina, il testo della Costituzione è stato il diretto risultato di una pregnante influenza esterna. Come ricordato anche poco sopra, tanto il *Constitutional Framework for Provisional Self-Government* del 2001 quanto, il primo Allegato del piano Ahtisaari sono il risultato diretto dell'intervento delle Nazioni Unite nell'ambito del procedimento costituzionale³⁰. Soprattutto quest'ultimo tentativo dell'Inviato speciale delle Nazioni Unite paga un pegno importante al *General Framework Agreement for Peace in Bosnia ed Erzegovina*, in quanto ne ricalca in pieno non solo la scansione – con un accordo quadro declinato in dodici allegati – ma addirittura per la somiglianza del contenuto. Basti ricordare, a titolo meramente esemplificativo, la forma di governo proposta, l'adozione di una democrazia consociativa, la particolare tutela delle etnie presenti, che si manifesta anche nella loro paritaria rappresentanza all'interno delle istituzioni statali e, infine, il ruolo centrale dei diritti umani e delle libertà fondamentali, come spina dorsale dell'intera struttura ordinamentale del Kosovo. A questo, inoltre, si potrebbe aggiungere anche il ruolo diretto che la comunità internazionale ha ricoperto all'interno delle stesse istituzioni. Si può concludere affermando che la comunità internazionale e le Nazioni unite, in particolare,

²⁷ V. *supra* nota 17.

²⁸ J. MARKO, *The New Kosovo Constitution*, cit., 442.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 242.

avevano come modello per la risoluzione della situazione kosovare la medesima “medicina” adottata in Bosnia ed Erzegovina³¹.

Tuttavia, ciò non preclude una lettura nel segno della discontinuità tra le due Costituzioni eterodirette. Infatti, la redazione del testo costituzionale della Bosnia ed Erzegovina è il risultato di un intervento dovuto, sostanzialmente, all’impegno dell’amministrazione statunitense e, in via secondaria, di alcuni Paesi della comunità internazionale costituiti, all’epoca, nel Gruppo di Contatto³². Invece, nel caso kosovaro – nonostante l’importante sostegno politico statunitense a livello internazionale, anche attraverso lo USAID – il procedimento costituente ha subito una guida internazionale da parte delle Nazioni Unite. Ciò è dovuto, soprattutto, al fatto che dopo il conflitto in Bosnia ed Erzegovina si è registrato un incremento al ricorso di missioni a guida ONU nelle aree in via di transizione. Infatti, tali missioni – che avevano originariamente il mandato di contribuire alla limitazione dei conflitti, alla riconciliazione sociale e alla promozione della costruzione degli Stati e all’acquisizione della piena sovranità – hanno, con il trascorrere del tempo, assunto un ruolo centrale nell’affiancare, se non addirittura sostituire, il potere costituente locale nelle procedure definite di *constitutional-building* e *constitutional-making*.

Altro ed ultimo aspetto di divergenza tra i due procedimenti costituenti internazionalizzati, è costituito dal diverso grado di partecipazione popolare nell’adozione del testo. Infatti, se in entrambi gli ordinamenti nel momento della redazione della Costituzione hanno influito in maniera preponderante le indicazioni fornite dall’esterno: accordo di Ginevra³³ e New York³⁴ per la Bosnia ed Erzegovina e piano Ahtisaari per il Kosovo³⁵. Ciò che invece li differenzia è il fatto che la Costituzione bosniaco-erzegovese non è passata attraverso un diretto coinvolgimento della popolazione locale. Infatti, né vi è stata una Assemblea costituente appositamente convocata o un intervento diretto dell’Assemblea parlamentare nella redazione del testo costituzionale. Neppure si è avuto una conferma popolare, attraverso lo strumento del *referendum*, della Costituzione. L’unico momento di espressione, seppure indiretta, della popolazione si è avuto quando le Assemblee parlamentari delle due entità federali che costituiscono la Bosnia ed Erzegovina hanno adottato con voto favorevole l’accordo di Dayton³⁶ che, appunto, all’Allegato IV, contiene il testo della Costituzione³⁷.

Per quanto riguarda il caso del Kosovo, invece, come già in parte accennato sopra, il testo costituzionale che il Paese ha adottato in seguito alla dichiarazione di indipendenza, non solo è stato redatto da una apposita commissione, definita appunto Commissione costituzionale del Kosovo, ma vi è stata anche una consultazione popolare,

³¹ J. MARKO, *The New Kosovo Constitution*, cit., 440-441.

³² Sul punto si rimanda a: H. LEIGH-PHIPARD, *The Contact Group on (And in) Bosnia: A Exercise in Conflict Mediation?*, in *International Journal*, vol. 53, 2/1998, 306-324.

³³ Il testo dell’Accordo è consultabile al seguente link: http://www.ohr.int/ohr_archive/ohr-principles-geneva-8-sept-95/.

³⁴ Il testo dell’Accordo è consultabile al seguente link: http://www.ohr.int/ohr_archive/further-principles-new-york-26-sept-95/.

³⁵ V. *supra* nota 17.

³⁶ *Official Gazette of RBiH*, 20 Dec. 1995, at. 540.

³⁷ S. YEE, *The New Constitution*, cit., 180-181.

che ha sortito delle modifiche alla bozza originaria della Commissione. Inoltre, il testo, nella sua stesura definitiva, ha passato il vaglio dell'*International Civil Representative* – organo di rappresentanza della Nazioni Unite in Kosovo – per essere, poi, votato e approvato dall'Assemblea parlamentare del Kosovo³⁸.

In conclusione, emerge come entrambi i testi costituzionali siano, nel loro contenuto, ampiamente frutto delle soluzioni e dei valori provenienti dal diritto internazionale, soprattutto nell'ambito della tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Tuttavia, ciò che li differenzia è la modalità o, se si preferisce, la forma con cui questi Documenti sono stati adottati. Infatti, la Costituzione della Bosnia ed Erzegovina non solo è stata determinata nel contenuto dal diritto internazionale, ma la stessa modalità di adozione si integra nell'ambito di un accordo internazionale. Conclusione che, come visto sopra, non può essere attribuita anche al Kosovo.

3. La Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina e la tutela dei diritti

Prima di esaminare la Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, appare opportuno – anche al fine di comprenderne meglio la struttura e il funzionamento – accennare brevemente ad alcune caratteristiche peculiari dell'ordinamento statale entro cui essa si inserisce.

In primo luogo, la tutela dei diritti fondamentali e dei diritti umani assume un ruolo centrale all'interno della Costituzione del Paese³⁹. L'esordio del Preambolo della Costituzione è indicativo in tal senso, in quanto pone le basi del nuovo ordinamento sul rispetto della dignità umana, della libertà e dell'equità⁴⁰. Inoltre, nel prosieguo del Preambolo, viene affermata la diretta ispirazione ai principi sanciti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dalla Convenzione internazionale sui diritti civili e politici e in altri strumenti di protezione dei diritti umani a livello internazionale⁴¹.

Il secondo articolo della Costituzione è integralmente dedicato ai diritti umani e alle libertà fondamentali. In particolare, al primo paragrafo, viene dichiarato che la Bosnia ed Erzegovina e le entità federali, che la compongono, si obbligano a garantire il più alto livello di difesa dei diritti umani e delle libertà fondamentali, riconosciuti a livello internazionale. Inoltre, al fine di garantire tale impegno, nel secondo paragrafo, viene sancita la diretta applicazione nell'ordinamento del Paese dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione EDU e dei suoi Protocolli aggiuntivi. Precisando, inoltre, che

³⁸ J. MARKO, *The New Kosovo Constitution*, cit., 443.

³⁹ Z. PAJIĆ, *A Critical Appraisal of Human Rights Provisions of the Dayton Constitution of Bosnia and Herzegovina*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 20, 1/1998, 128-129.

⁴⁰ «Based on respect for human dignity, liberty, and equality», Preambolo Costituzione della Bosnia ed Erzegovina.

⁴¹ «Inspired by the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights, and the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, as well as other human rights instruments», Preambolo Costituzione della Bosnia ed Erzegovina.

tali previsioni hanno un valore gerarchicamente superiore alle leggi nazionali⁴². Inoltre, viene sancito che la Bosnia ed Erzegovina applica una serie di diritti umani e libertà fondamentali derivanti dalle Convenzioni internazionali⁴³, appositamente integrate nell'ordinamento del Paese all'interno del primo allegato alla Costituzione. Tutto ciò dimostra che i costituenti hanno voluto porre al centro del nuovo testo costituzionale la tutela dei diritti umani, quale strumento per rifondare le basi di una convivenza pacifica tra le varie componenti etniche del Paese e per ricostruire il tessuto sociopolitico su valori comuni ed universalmente condivisi. Tanto da poter affermare che i diritti umani costituiscono l'identità costituzionale stessa della Bosnia ed Erzegovina post-bellica, come ricostruita sulla base della Costituzione del 1995. Tale affermazione è suffragata, anche, da quanto previsto dall'articolo X, secondo paragrafo della stessa Costituzione. Infatti, tale disposizione contiene la clausola di eternità per cui «*no amendment to this Constitution may eliminate or diminish any of the rights and freedoms referred to in Article II of this Constitution or alter the present paragraph*»⁴⁴. Dimostrando che l'unico limite esplicito al procedimento di revisione costituzionale sta proprio nella immodificabilità dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione stessa⁴⁵.

In secondo luogo, occorre ricordare che la Costituzione del 1995 ha creato uno Stato federale a prominente carattere etnico⁴⁶. Infatti, la Bosnia ed Erzegovina è composta da due entità⁴⁷: la Federazione di Bosnia ed Erzegovina, con una popolazione a prevalenza bosgnacca e croato-bosniaca e la *Republika srpska*, a maggioranza serbo-bosniaca. A questa divisione di carattere territoriale, però, si aggiunge anche una partizione della popolazione in tre principali gruppi etnici, definiti come "popoli costitutivi" della Bosnia ed Erzegovina, rispettivamente: bosgnacchi, serbo-bosniaci e croato-bosniaci⁴⁸. A questi, si aggiungono anche gli "altri", cioè quella parte della popolazione che appartiene ad una

⁴²Art. II, par. 2, Costituzione della Bosnia ed Erzegovina. Sul tema del rapporto tra CEDU e Costituzione della Bosnia ed Erzegovina si rimanda a: F. PIROLA, *L'adesione della Bosnia-Erzegovina alla Cedu sotto osservazione: aspetti problematici e spunti di riflessione nel caso Pudarić*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2/2021, 187-191.

⁴³ Si tratta dei seguenti atti: 1) 1948 *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*; 2) 1949 *Geneva Conventions I-IV on the Protection of the Victims of War, and the 1977 Geneva Protocols I-II thereto*; 3) 1951 *Convention relating to the Status of Refugees and the 1966 Protocol thereto*; 4) 1957 *Convention on the Nationality of Married Women*; 5) 1961 *Convention on the Reduction of Statelessness*; 6) 1965 *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*; 7) 1966 *International Covenant on Civil and Political Rights and the 1966 and 1989 Optional Protocols thereto*; 8) 1966 *Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*; 9) 1979 *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*; 10) 1984 *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*; 11) 1987 *European Convention on the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*; 12) 1989 *Convention on the Rights of the Child*; 13) 1990 *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*; 14) 1992 *European Charter for Regional or Minority Languages*; 15) 1994 *Framework Convention for the Protection of National Minorities*.

⁴⁴ Art. X, par. 2 Costituzione della Bosnia ed Erzegovina.

⁴⁵ N. ADEMOVIĆ, J. MARKO, G. MARKOVIĆ, *Ustavno pravo Bosne di Hercegovine*, Sarajevo, 2012, 10-11.

⁴⁶ K. TRNKA, *Specifičnosti ustavnog*, cit., 47.

⁴⁷ «*Bosnia and Herzegovina shall consist of the two Entities, the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republika Srpska (hereinafter "the Entities")*», art. I, par. 3, Costituzione della Bosnia ed Erzegovina.

⁴⁸ «*Bosniacs, Croats, and Serbs, as constituent peoples (along with Others), and citizens of Bosnia and Herzegovina*», Preambolo della Costituzione della Bosnia ed Erzegovina.

delle tredici minoranze riconosciute o che, semplicemente, non si vogliono riconoscere in una delle tre etnie maggioritarie⁴⁹.

La combinazione di questi due fattori si ripercuote anche sulla composizione delle principali istituzioni statali. Infatti, l'Assemblea parlamentare è costituita da due rami. Precisamente, la Camera dei popoli è composta da quindici membri, di cui dieci eletti dalla Camera dei popoli della Federazione di Bosnia ed Erzegovina e cinque dall'Assemblea nazionale della *Republika srpska*⁵⁰. Invece, la Camera dei rappresentanti è composta da quarantadue deputati eletti nelle circoscrizioni elettorali della Federazione di Bosnia ed Erzegovina per i due terzi e in quelle della *Republika srpska* per un terzo⁵¹. Questa proporzione è mantenuta in maniera costante – anche se secondo differenti modalità di elezione: diretta per la Camera dei rappresentanti e indiretta per la Camera dei Popoli – al fine di garantire una paritaria rappresentanza dei tre “popoli costitutivi”. Tale principio è mantenuto in maniera rigida anche per quanto riguarda gli altri poteri dello Stato. Infatti, la composizione del Governo deve rispettare la proporzione dei due terzi dei ministri di provenienza dalla Federazione di Bosnia ed Erzegovina ed il restante terzo dalla *Republika srpska*⁵². Inoltre, la Presidenza dello Stato si presenta come tripartita, per cui si alternano, a rotazione, tre presidenti: uno bosgnacco, uno croato-bosniaco e uno serbo-bosniaco⁵³.

La stessa Corte costituzionale non si sottrae al modello consociativo. Infatti, dei nove giudici che compongono l'organo, quattro sono eletti dalla Camera dei rappresentanti della Federazione della Bosnia ed Erzegovina, altri due, invece, vengono eletti dall'Assemblea nazionale della *Republika srpska*. I tre giudici rimanenti sono nominati dal Presidente della Corte EDU, in accordo con la Presidenza della Bosnia ed Erzegovina, e si deve trattare di giudici che non posseggano la cittadinanza della Bosnia ed Erzegovina o di uno degli Stati con essa confinanti⁵⁴. Questi sono chiamati, infatti, “giudici internazionali”. Da questa peculiare composizione discendono due considerazioni. La prima, per cui anche la Corte è assoggettata al sistema di paritaria rappresentanza dei “popoli costitutivi”; l'altra, invece, è la stretta correlazione tra l'ordinamento nazionale della Paese e il livello internazionale anche nell'ambito della giurisdizione costituzionale.

La composizione mista della Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina riflette il sostegno che la comunità internazionale ha voluto dare alla tutela dei diritti e delle libertà sanciti in Costituzione e, più in generale, nell'Accordo di Dayton. Le argomentazioni a favore dell'inclusione dei “giudici internazionali” nella composizione della Corte includono la garanzia di un maggior grado di indipendenza e imparzialità nel processo decisionale della Corte stessa, nonché l'apporto di conoscenze ed esperienze specifiche, al fine di implementarne l'ordinamento democratico e, più in generale, a

⁴⁹ A. MORAWIEC MANSFIELD, *Ethnic but Euqal: The Question for a New Democratic Order in Bosnia and Herzegovina*, in *Columbia Law Review*, vol. 103, 8/2003, 2066 ss.

⁵⁰ Art. IV, par. 1, Costituzione della Bosnia ed Erzegovina.

⁵¹ *Ivi*, art. IV, par. 2.

⁵² *Ivi*, art. V, par. 5.

⁵³ *Ivi*, art. V, par. 2.

⁵⁴ *Ivi*, art. VI, par. 1.

rafforzare il sistema giuridico nazionale⁵⁵. Tuttavia, l'integrazione della Corte costituzionale con i “giudici internazionali” doveva costituire una misura temporanea e transitoria, ma che, poi, l'Assemblea parlamentare della Bosnia ed Erzegovina non ha più modificato. Anche perché la loro sostituzione con giudici nazionali non ha mai trovato un accordo tra le varie fazioni politiche. Nonostante parte della dottrina⁵⁶ esprima le proprie perplessità sull'effettivo contributo dei “giudici internazionali” nello sviluppo della protezione dei diritti umani e delle libertà, emerge che in importanti sentenze sullo sviluppo istituzionale e democratico del Paese il contributo dei “giudici internazionali” si è dimostrato oltre modo fondamentale. Basti qui riportate, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, le tre parti che compongono la Sentenza U-5/98 I, II, III⁵⁷, nota anche come la “sentenza dei popoli costitutivi”, o le sentenze U-7/05⁵⁸ (sulla rappresentanza etnica), o la U-13/09⁵⁹, sino ad arrivare alla recentissima U-2/22⁶⁰, in tema di riparto di competenze tra Stato centrale ed entità.

Per quanto riguarda, invece, le competenze della Corte costituzionale⁶¹, ai sensi dell'articolo VI, paragrafo 3 della Costituzione, la sua prerogativa generale è quella di «sostenere la Costituzione»⁶². In particolare, la Corte ha il potere di esperire sia il controllo astratto che concreto di costituzionalità. Si aggiunge poi la competenza di dirimere le controversie organiche e la giurisdizione d'appello basata su petizioni costituzionali individuali. Inoltre, la Corte ha giurisdizione su questioni che derivano dallo specifico disegno costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Queste includono la valutazione della costituzionalità in caso di instaurazione di una speciale “relazione parallela” tra le entità e gli Stati confinanti, la protezione dello *status* giuridico del Distretto di Brčko e la risoluzione di controversie relative alla protezione di un “interesse nazionale vitale” dei popoli costituenti⁶³. L'esame di costituzionalità astratto può riguardare sia le leggi che le Costituzioni delle entità. I soggetti legittimati a sollevare questo tipo di esame sono i membri della Presidenza, il Presidente del Consiglio dei ministri, il Presidente ed il vicepresidente di una della due Camere che compongono l'Assemblea parlamentare, o un quarto dei componenti le Camere, sia a livello di Stato centrale che di entità. Per quanto riguarda l'esame di costituzionalità concreto, la Corte è chiamata ad esprimere il giudizio di legittimità costituzionale ogni qual volta essa venga sollevata da un Tribunale nazionale durante un processo. In questo caso, la Corte utilizza come parametro di costituzionalità, nella sua decisione, non solo le disposizioni della Costituzione, ma anche la CEDU ed i suoi Protocolli aggiuntivi. Inoltre, la Corte decide sui conflitti organici tra i poteri dello Stato. A questo va aggiunto che la Corte è anche

⁵⁵ L. MONTANARI, *The Use of Comparative and International Law by the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina*, in G. F. FERRARI (a cura di), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional System*, Leiden, 2020, 713.

⁵⁶ Sul punto si rimanda almeno a: A. SCHWARTZ, *International Judges on Constitutional Courts: Cautionary Evidence from Post-Conflict Bosnia*, in *Law & Social Inquiry*, vol. 44, 1/2019, 26-27.

⁵⁷ Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, sent. U-5/98, III, 1° luglio 2000.

⁵⁸ Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, sent. U-7/05, 2 dicembre 2005.

⁵⁹ Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, sent. U-13/09, 30 gennaio 2010.

⁶⁰ Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, sent. U-2/22, 26 maggio 2022.

⁶¹ L. MONTANARI, *La composizione della Corte*, cit., 119-120.

⁶² Art. VI, par. 3, Costituzione della Bosnia ed Erzegovina.

⁶³ Sul punto si veda L. MONTANARI, *La composizione della Corte*, cit., 123-124.

giudice d'appello rispetto alle questioni costituzionali che possono sorgere in un processo ordinario⁶⁴.

Al fine di comprendere l'importanza che i diritti umani e le libertà ricoprono, in generale, nell'ordinamento della Bosnia ed Erzegovina e, in particolare, all'interno dell'operato della Corte costituzionale, occorre ricordare che l'Accordo di Dayton contiene un allegato (VI) dedicato integralmente ai diritti umani. Tale documento prevedeva, tra le altre cose, la creazione di una *Human Rights Chamber*, che ha gestito in via esclusiva qualsiasi tipo di contenzioso concernente i diritti umani e le libertà fondamentali sino al 2003, quando il mandato di tale Camera si è estinto e ne ha assunto le competenze la Corte costituzionale⁶⁵. La peculiarità di tale organo, come sostenuto da Manfred Novak, stava nel fatto di essere un apparato giurisdizionale *sui generis*, che trae le proprie basi sia nel diritto costituzionale che quello internazionale, ma senza potersi definire né una corte costituzionale né internazionale⁶⁶. Il ruolo di questa Corte è stato fondamentale soprattutto nel periodo immediatamente successivo al conflitto, quando la Corte costituzionale non era ancora entrata nel pieno dei propri poteri.

L'esistenza di una Camera dedicata esclusivamente alla tutela dei diritti dimostra quale valore, all'interno dell'ordinamento costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, ricopra questo aspetto. La ragione di questa scelta sta nel fatto che i costituenti avevano puntato il successo della Costituzione e della riappacificazione su di una tutela massima dei diritti umani: vero “minimo comun denominatore” in grado di rifondare una società basata sul più alto rispetto di tali diritti.

Tuttavia, tale scelta non sarebbe stata possibile senza il ruolo fondamentale assunto dalla Corte costituzionale in tale direzione. Infatti, è stata proprio la giurisdizione costituzionale, con la propria giurisprudenza, ad aver assunto il ruolo di “guardiano” dei diritti. Soprattutto, dopo il passaggio di consegne dalla Camera dei diritti umani alla Corte costituzionale, avvenuto nel gennaio del 2004⁶⁷. Infatti, nella Sentenza U-4/05 la Corte ha affermato di essere «*one of the most responsible institutions of the system, which represents an additional protection mechanism and ensures a consistent respect of the human rights pursuant to the international convention and other international agreements. The Constitutional Court must be a just and reliable guardian of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, its values and human rights*»⁶⁸.

Questa particolare attenzione ai diritti fondamentali, testimoniata dalle disposizioni della Costituzione bosniaco-erzegovese, costituisce un significativo esempio di integrazione tra il diritto nazionale e quello internazionale. Infatti, i trattati internazionali

⁶⁴ Art. VI, par. 3, Costituzione della Bosnia ed Erzegovina.

⁶⁵ Per quanto riguarda i rapporti tra la *Human Rights Chamber* e la Corte costituzionale si rimanda all'analisi di L. MONTANARI, *La tutela dei diritti in Bosnia ed Erzegovina: il complesso caso tra Camera dei diritti umani, Corte costituzionale e Corte di Strasburgo*, in G. F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, 2006, 166-184.

⁶⁶ M. NOWAK, *Menschenrechtsschutz als Voraussetzung für den dauerhaften Frieden in BiH*, in K. GINTHER, et al. (a cura di), *Völker und Europarecht. 25. Österreichischer Völkerrechtstag*, Wien, 2001, 95 ss.

⁶⁷ L. MONTANARI, *La tutela dei diritti*, cit., 185.

⁶⁸ La sentenza è consultabile al seguente link: <https://www.ustavisud.ba/uploads/odluke/bs/U-4-05-26928.pdf>.

sui diritti umani, in generale, e la Convenzione EDU, in particolare, costituiscono il parametro di costituzionalità nel giudizio di legittimità costituzionale. Da questo deriva, inoltre, che la Corte costituzionale nell'interpretare queste fonti deve tenere in considerazione anche la giurisprudenza delle Corti internazionali.

4. La Corte costituzionale del Kosovo e la tutela dei diritti

Un primo abbozzo per una Corte costituzionale kosovara si trova nel *Comprehensive Proposal for Kosovo's Status Settlement*⁶⁹ – noto anche come piano Ahtisaari – in cui si prevedeva, tra le altre cose, la creazione di una Corte costituzionale composta da nove giudici. Di questi membri, sei avrebbero dovuto essere designati dal Presidente della Repubblica, in seguito ad una approvazione dell'Assemblea parlamentare con maggioranza qualificata dei due terzi per l'elezione di quattro giudici e con maggioranza assoluta per altri due giudici, in modo tale da garantire la rappresentanza anche delle comunità minoritarie⁷⁰. I restanti tre giudici, invece – come accade per la Bosnia ed Erzegovina – sarebbero stati designati dal Presidente della Corte EDU, dopo aver previamente consultato il Rappresentante Internazionale per la popolazione civile⁷¹. Come noto, il piano Ahtisaari non fu mai approvato e poco dopo il Kosovo dichiarò la propria indipendenza dalla Serbia. Tuttavia, molti dei principi generali e delle soluzioni proposte nello *Comprehensive Proposal for Kosovo's Status Settlement* furono successivamente incluse nella Costituzione del Kosovo, soprattutto per quanto riguarda l'ordinamento giudiziario⁷².

La Carta costituzionale, entrata in vigore il 15 giugno del 2008, tratta il tema della Corte costituzionale al capitolo VIII: precisamente dagli articoli 112 al 118. Ciononostante, già l'articolo 4, paragrafo 6, fornisce una prima definizione di Corte costituzionale e della sua funzione all'interno dell'ordinamento kosovaro. La disposizione, infatti, afferma che «*the Constitutional Court is an independent constitutionality protection body and is responsible for the final interpretation of the Constitution*»⁷³.

Il capitolo VIII della Costituzione kosovara si apre, all'articolo 112, con l'enunciazione dei principi generali riguardanti la giustizia costituzionale. Nello specifico, viene ricordato che la Corte costituzionale costituisce l'autorità finale preposta all'interpretazione della Costituzione e al controllo di costituzionalità delle leggi⁷⁴. Inoltre, la disposizione prosegue, affermando che la Corte è completamente indipendente nell'esercizio delle proprie funzioni⁷⁵. L'articolo 113, poi, prevede un controllo preventivo degli atti giuridici, che è possibile dividere in tre casi.

⁶⁹ V. *supra* nota 17.

⁷⁰ *Comprehensive Proposal for Kosovo's Status Settlement*, Allegato I, art. 6.1.1.

⁷¹ *Ivi*, art. 6.1.3.

⁷² J. MARKO, *The New Kosovo Constitution*, cit., 443.

⁷³ Art. 4, par. 6, Costituzione del Kosovo.

⁷⁴ *Ivi*, art. 112, par. 1.

⁷⁵ Art. 112, par. 2, Costituzione del Kosovo.

In primo luogo, un gruppo di almeno dieci deputati dell'Assemblea parlamentare (una minoranza parlamentare quindi) può presentare, in via preventiva, alla Corte una richiesta di esame di legittimità costituzionale circa il contenuto e la procedura di adozione di un atto legislativo. Purché ciò avvenga entro otto giorni dalla data di adozione dell'atto⁷⁶. Una volta proposta la richiesta di controllo sulla costituzionalità dell'atto, la Corte ha sessanta giorni di tempo per esprimersi sulla legittimità.

Il controllo preventivo, poi, può essere proposto dall'Assemblea parlamentare, dal Presidente della Repubblica o dal Governo quando la modifica della Costituzione vada a sovrapporsi con i vincoli derivanti dagli accordi internazionali⁷⁷.

Il terzo ed ultimo caso di controllo *ex ante* sugli atti dell'Assemblea parlamentare riguarda la procedura di revisione costituzionale. Infatti, ogni modifica alla Costituzione deve necessariamente passare da un controllo preventivo da parte della Corte, che attesta o meno la conformità degli emendamenti proposti rispetto alla tutela dei diritti e delle libertà garantiti nel Capitolo II della Costituzione⁷⁸.

Detto ciò, occorre precisare che l'articolo 113 riconosce due tipi di controllo costituzionale degli atti normativi: il controllo concreto e quello in astratto. Il controllo in via astratta può essere proposto da un quarto dei membri dell'Assemblea parlamentare, dal Presidente della Repubblica, dal Governo e dalla figura dell'*Ombudsman*⁷⁹. Inoltre, per quanto riguarda gli atti che potenzialmente possono ledere l'autonomia delle istituzioni municipali e cittadine, le stesse Municipalità possono chiedere di sottoporre tali atti al giudizio della Corte⁸⁰.

Il controllo concreto, invece, deve essere correlato a un determinato caso pendente di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria. Infatti, se durante l'esame del caso concreto sorgono dubbi sulla conformità dell'atto con la Costituzione, il tribunale ordinario è autorizzato a sottoporre una questione legale alla Corte costituzionale. In tal caso, il tribunale sospende il procedimento fino all'emissione di una decisione da parte della Corte costituzionale. L'ambito di tale controllo comprende anche un reclamo costituzionale, che può essere presentato alla Corte da persone fisiche⁸¹.

In ultima battuta, occorre ricordare che l'articolo 113, al paragrafo terzo, prevede che la Corte si pronuncia anche sui casi riguardanti i conflitti di competenza dei poteri dello Stato, sulla verifica della conformità costituzionale del referendum popolare o sulla proclamazione dello stato di emergenza, nei casi di violazione della Costituzione durante le elezioni e, infine, nel giudizio sulla responsabilità costituzionale del Presidente della Repubblica⁸² (come avvenuto il 28 settembre del 2010, quando il presidente della Repubblica si dimise in seguito ad una sentenza della Corte costituzionale in cui veniva accertata la violazione della Costituzione da parte dello stesso)⁸³.

⁷⁶ *Ivi*, art. 113, par. 5.

⁷⁷ *Ivi*, art. 113, par. 3.

⁷⁸ *Ivi*, art. 113, parr. 3, 4.

⁷⁹ *Ivi*, art. 113, par. 2.

⁸⁰ *Ivi*, art. 113, par. 4.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ivi*, art. 113, par. 3.

⁸³ D. BERISHA, *Unconstitutional "Constitutional Question" – How Kosovo's Constitutional Court Expanded its Jurisdiction*, in *Verfassungsblog*, 25 September 2018.

Da questo sintetico quadro emerge un ambito di funzioni della Corte piuttosto ampio. Tanto che, Enver Hasani, ha definito la Corte costituzionale kosovara come una delle corti costituzionali balcaniche con le competenze più ampie⁸⁴. Infatti, tale affermazione del Presidente della Corte kosovara trova conferma nel fatto che il novero delle sue competenze può essere ulteriormente ampliato attraverso la legislazione ordinaria⁸⁵.

Prima di passare a descrivere l'organizzazione interna della Corte, mette conto evidenziare una peculiarità di questo organo e che costituisce un aspetto rilevante per la presente trattazione. Infatti, il paragrafo settimo dell'articolo 113 della Costituzione kosovara prevede la possibilità per qualsiasi cittadino di rivolgersi alla Corte in merito alle violazioni dei propri diritti individuali e delle libertà garantiti dalla Costituzione, solamente, però, dopo aver esaurito gli strumenti giudiziari ordinari⁸⁶. Ciò ricorda da vicino la modalità di accesso alla Corte EDU, dove infatti occorre aver esperito ogni rimedio giurisdizionale interno per adire la Corte. Inoltre, questa somiglianza si ritrova anche nelle materie trattate: i diritti e le libertà. Infatti, qui si vede come la Corte costituzionale kosovara assume un ruolo speciale per la tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini. Tale rimedio giurisdizionale, probabilmente, trova la propria *raison d'être* nel fatto di essere una di quelle peculiarità derivanti dalla procedura internazionalizzata di adozione della Costituzione⁸⁷. Infatti, tanto la Convenzione EDU, con i suoi principi, quanto la Corte EDU, con la sua organizzazione, hanno fortemente influenzato il procedimento costituente e sono state prese come modello per la tutela dei diritti fondamentali. Infatti, il testo costituzionale sancisce che «*Human rights and fundamental freedoms are indivisible, inalienable and inviolable and are the basis of the legal order of the Republic of Kosovo*»⁸⁸. A questo si aggiunge, anche, il fatto che i diritti umani e le libertà fondamentali trovano una ulteriore protezione non solo all'interno della Costituzione, ma anche degli «*international agreements*»⁸⁹ - come, appunto, la CEDU - che «*are directly applicable in the Republic of Kosovo*»⁹⁰. La centralità dei diritti umani e delle libertà fondamentali, all'interno del sistema costituzionale del Kosovo, è testimoniata dal fatto che il procedimento di revisione costituzionale «*may be adopted by the Assembly only after the President of the Assembly of Kosovo has referred the proposed amendment to the Constitutional Court for a prior assessment that the proposed amendment does not diminish any of the rights and freedoms set forth in Chapter II of this Constitution*»⁹¹. Proprio come accade per la Costituzione della Bosnia ed Erzegovina, anche quella kosovara prevede un limite espresso alla revisione del testo costituzionale. Infatti, qui, ogni proposta di emendamento, prima di essere sottoposta all'Assemblea parlamentare del Paese, deve prima essere vagliata, in via preventiva, dalla Corte

⁸⁴ E. HASANI, G. MJEKI, *International(ized) Constitutional Court: Kosovo's Transfer of Judicial Sovereignty*, in *Vienna Journal on International Constitutional Law*, vol. 13, 4/2019, 386.

⁸⁵ Art. 113, par. 10, Costituzione del Kosovo.

⁸⁶ *Ivi*, art. 113, par. 7.

⁸⁷ J. MARKO, *The New Kosovo Constitution*, cit., 447-448.

⁸⁸ Art. 21, par. 1, Costituzione del Kosovo.

⁸⁹ *Ivi*, art. 22.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Art. 144, par. 3, Costituzione del Kosovo.

costituzionale, affinché nessuno dei diritti sanciti al Capitolo II della Costituzione possa essere diminuito. È interessante notare, tuttavia, una importante differenza tra i due ordinamenti. Infatti, la Costituzione bosniaco-erzegovese sancisce in maniera esplicita non solo l'immodificabilità del Testo nella parte in cui garantisce i diritti e le libertà, ma addirittura, a sua volta, “blinda” la disposizione in cui questo limite è espresso da qualsiasi modifica. Invece, da una analisi più attenta della Costituzione del Kosovo emerge un limite alla revisione, se così si può definire, più lasco. Infatti, il margine alla revisione sta nel controllo preventivo del testo di emendamento alla Costituzione da parte della Corte costituzionale, prima che tale modifica venga sottoposta al voto dell'Assemblea parlamentare. Tuttavia, non è chiaro, da una semplice lettura della disposizione della Costituzione, se in caso di una successiva modifica al testo dell'emendamento, che ha già subito il controllo della Corte costituzionale, questo possa essere direttamente riproposto all'Assemblea parlamentare per la votazione oppure se sia necessario un secondo passaggio presso la Corte costituzionale.

Per quanto riguarda, invece, la composizione della Corte costituzionale tale materia è sancita all'articolo 114 della Costituzione. Nello specifico, si afferma che la Corte è costituita da nove giudici, che devono essere giuristi di alta levatura morale, con almeno dieci anni di esperienza professionale rilevante nell'ambito del diritto⁹². Al paragrafo successivo, viene sancito che i giudici vengono nominati dal Presidente della Repubblica kosovara su proposta dell'Assemblea parlamentare⁹³.

Per quanto riguarda la designazione dei giudici, la Costituzione prevede una particolare procedura, volta a salvaguardare le minoranze nazionali. Infatti, la proposta di nomina di sette giudici della Corte costituzionale avviene attraverso l'approvazione di un atto da parte dell'Assemblea parlamentare con una maggioranza qualificata dei due terzi dei membri presenti e votanti. Invece, l'atto con cui si propongono i restanti due giudici viene adottato separatamente, sempre da parte dell'Assemblea nazionale, ma con un voto a maggioranza semplice. È proprio questo secondo atto che permette alle minoranze nazionali – grazie alla maggioranza semplice richiesta – di proporre alla carica di giudici costituzionali i propri membri⁹⁴. Tale accorgimento nella nomina dei giudici trova la propria ragione di esistere alla luce della composizione etnica del Kosovo: dove la maggioranza della popolazione di etnia albanese è affiancata dalla minoranza serba – in particolar modo nel Nord del Paese – e da altre minoranze nazionali ivi riconosciute⁹⁵.

Per quanto riguarda, invece, il mandato dei giudici della Corte costituzionale questo è di nove anni e non vi può essere proroga rispetto a tale termine, né rielezione⁹⁶. Tuttavia, i giudici della Corte costituzionale possono essere rimossi da parte del Presidente della Repubblica su proposta dei due terzi dei componenti l'organo giurisdizionale, ma solo quale conseguenza della commissione di «*serious crime or for serious neglect of*

⁹² *Ivi*, art. 114, par. 1.

⁹³ *Ivi*, art. 114, par. 2.

⁹⁴ *Ivi*, art. 114, par. 3.

⁹⁵ Sul tema delle minoranze in Kosovo e sul loro *status* si rimanda a: B. RRAHMANI, *The positipon of minorities in the new state of Kosovo*, in *Journal of Liberty and International Affairs*, vol. 6, 1/2020, 139-151.

⁹⁶ Art. 114, parr. 2 e 4 Costituzione del Kosovo.

duties»⁹⁷. All’articolo 117, invece, viene garantita l’immunità dei componenti della Corte, rispetto alle proprie decisioni o alle opinioni espresse nell’ambito delle proprie funzioni. Per quanto attiene, invece, all’organizzazione interna della Corte, l’articolo 114, al paragrafo quinto, stabilisce che i giudici eleggano, con voto segreto, un presidente della Corte ed un suo vicepresidente, con un mandato di tre anni e senza la possibilità di rielezione.

È interessante evidenziare la differenza che vi è, circa la composizione della Corte, con quanto proposto nel *Comprehensive Proposal for Kosovo’s Status Settlement*. Il piano Ahtisaari, infatti, nel suo primo allegato – recante l’intestazione *Constitutional Provisions* – all’articolo 6, paragrafo 6.1.3., prevedeva, tra i nove componenti della Corte costituzionale, la presenza di tre giudici di nomina internazionale. Di fatti, la designazione di questi giudici doveva avvenire da parte del Presidente della Corte EDU, su consiglio dell’*International Civilian Representative*. La presenza dei “giudici internazionali” – come accade anche nell’ordinamento della Bosnia ed Erzegovina – nelle intenzioni dei redattori del piano avrebbe dovuto garantire, in primo luogo, il corretto funzionamento della Corte, considerando che si trattava di un organo appena costituito e per cui i giudici nazionali avrebbero potuto incontrare qualche difficoltà, soprattutto nel periodo iniziale⁹⁸. Inoltre, si riteneva che con il bagaglio di esperienza dei giudici nominati dal Presidente della Corte EDU avrebbe potuto permettere non solo un corretto funzionamento della neocostituita Corte, ma anche una maggiore garanzia per i diritti. Infatti, l’aver voluto “affiancare” i giudici locali con quelli di provenienza internazionale è indicativo in questa direzione. In ultima battuta, appare fondato interpretare il ruolo dei “giudici internazionali” come una sorta di “controllori” dell’operato della Corte costituzionale, soprattutto nell’ambito della tutela dei diritti e delle libertà⁹⁹.

Tuttavia, nonostante la mancata approvazione del piano Ahtisaari, i costituenti, nell’adottare la Costituzione kosovara, hanno mantenuto, nell’ambito della disciplina della Corte costituzionale, la struttura originariamente proposta dall’Inviato Speciale della Nazioni Unite. Infatti, la composizione della Corte è rimasta invariata, l’unica differenza si riscontrava per quanto riguarda la designazione dei tre giudici internazionali, che nel testo della Costituzione del 2008 avveniva da parte dell’*International Civilian Representative*, su consultazione con il Presidente della Corte EDU: quindi in maniera inversa rispetto a quanto previsto dal piano Ahtisaari. Questo cambiamento è stato significativo, in quanto ha permesso a funzionari internazionali con una conoscenza primaria del contesto locale, di effettuare queste selezioni chiave. Nei suoi criteri di scelta, l’*International Civilian Representative* ha dato priorità alla capacità del candidato di fungere da esempio per i giudici nazionali. L’obiettivo era selezionare giudici che si impegnassero nello sviluppo della Corte come istituzione e che non si limitassero ad andare e venire per le udienze e le deliberazioni. Invece, per quanto riguarda i giudici nazionali, è stata mantenuta la proporzione già delineata nel *Comprehensive Proposal for*

⁹⁷ *Ivi*, art. 118.

⁹⁸ J. MARKO, *The New Kosovo Constitution*, cit., 445.

⁹⁹ *Ibidem*.

Kosovo’s Status Settlement, per cui quattro giudici sarebbero stati espressione della maggioranza parlamentare in Assemblea e due delle minoranze.

Così la Corte costituzionale del Kosovo ha mantenuto la presenza di tre “giudici internazionali” sino all’emendamento costituzionale *Br. 05-V-229* del 24 febbraio 2016. Quando, cioè l’Assemblea parlamentare del Kosovo, sulla scorta di un processo di “normalizzazione” dei rapporti interni, ha sostituito i giudici di nomina internazionale con giudici integralmente proposti dall’Assemblea parlamentare e nominati dal Presidente della Repubblica, secondo le proporzioni illustrate sopra.

La composizione della Corte costituzionale kosovara può essere così divisa in due momenti. Un primo periodo, che si potrebbe definire di “assestamento”, che va dal 2009 al 2016, quando la Corte era integrata anche da “giudici internazionali”. Ed un successivo periodo, che va dal marzo 2016 ad oggi, in cui la composizione della Corte è integralmente nazionale¹⁰⁰. Questo aspetto pone in diretto confronto la soluzione bosniaco-erzegovese, nell’ambito della giurisdizione costituzionale, e quella del Kosovo. Infatti, ciò che differenzia in maniera significativa le due Corti è il fatto che – nonostante le affinità tra i due ordinamenti, soprattutto per quanto riguarda la procedura costituente internazionalizzata – l’ordinamento kosovaro è riuscito, in parte, a smarcarsi dalla componente internazionale. Cosa che, ad oggi, non è ancora avvenuta in Bosnia ed Erzegovina, pur essendo stato, questo, in più occasioni, un argomento di modifica costituzionale, ma mai realizzata¹⁰¹. Inoltre, data la peculiare e alquanto delicata situazione kosovara – basti qui ricordare il fatto che la Serbia tuttora rivendica la propria sovranità sul Kosovo ed il fatto del mancato riconoscimento dell’indipendenza di un numero non esiguo di Stati, anche all’interno della stessa Unione europea – i costituenti kosovari hanno preferito avvalersi della presenza dei “giudici internazionali”, che hanno, infatti, garantito una maggiore fiducia verso tale organo, soprattutto da parte della popolazione minoritaria: prima tra tutte, quella di etnia serba. Oltre che aver favorito la formazione e l’avvio di lavori di questo organo.

Gli aspetti che invece accomunano le due Corti balcaniche si possono reperire nella garanzia, seppure su basi e procedure diverse, della rappresentanza delle minoranze¹⁰². Inoltre, la composizione “mista” dei due organi giurisdizionali, soprattutto nel loro periodo di fondazione, è stata un elemento fondamentale per la creazione di un processo inclusivo e per il consolidamento delle Corti. Ciò ha rafforzato la fiducia nel loro operato, grazie, anche, alle conoscenze acquisite tramite il contributo di professionisti di altri Paesi e, quindi, provenienti da contesti culturali e legali diversi.

5. Conclusioni

¹⁰⁰ E. HASANI, G. MJEKI, *International(ized) Constitutional Court*, cit., 390.

¹⁰¹ J. MARKO, *Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina 2005-2006*, in *European Yearbook of Minority Issues Online*, 27 June 2006.

¹⁰² L. MONTANARI, *The Use of Comparative and International Law*, cit., 720.

Per quanto riguarda i due ordinamenti in esame, si può affermare che la giurisprudenza delle Corti costituzionali ha contribuito a consolidare e, per quanto possibile, a sviluppare il quadro costituzionale creatosi in seguito alla pace raggiunta con il trattato di Dayton, per la Bosnia ed Erzegovina, e in seguito alla dichiarazione di indipendenza del Kosovo nel 2008. Infatti, le due Corti hanno contribuito al consolidamento delle rispettive strutture statali ed al rafforzamento delle stesse. Su questo punto, basti qui ricordare, a titolo meramente esemplificativo, il valore che hanno avuto le tre sentenze che compongono la decisione U-5/98 della Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina¹⁰³, con cui i giudici costituzionali hanno stabilito che il principio della paritaria rappresentanza dei “popoli costitutivi” non andava circoscritto al solo ambito delle istituzioni dello Stato centrale, ma che andasse applicato integralmente, quindi anche all’interno dell’ordinamento delle entità federate. A questo si aggiunge che con tale sentenza, i giudici hanno imposto la modifica di alcune disposizioni delle Costituzioni delle entità, affinché venisse dichiarata la parità dei diritti di tutti i “popoli costitutivi” anche a livello locale, modificando così pure la composizione delle istituzioni locali e non solo federali¹⁰⁴. Rispetto al consolidamento delle istituzioni e degli organi statali, la Corte costituzionale bosniaco-erzegovese si è pronunciata anche recentemente, circa i limiti alla revisione del riparto di competenze tra Stato centrale ed entità federali. Infatti, con la Sentenza U-2/22¹⁰⁵, i giudici hanno non solo risolto una questione molto delicata all’interno del sistema costituzionale del Paese, soprattutto in seguito all’ampiamiento delle competenze dello Stato centrale rispetto alle entità, ma hanno anche contribuito a disinnescare una potenziale crisi politica ed istituzionale.

Allo stesso modo, la Corte costituzionale kosovara è stata chiamata ad esprimersi sull’operato del Presidente delle Repubblica, definito anticostituzionale da alcuni membri dell’Assemblea parlamentare. Così, con la Sentenza KO 47/10¹⁰⁶, a pochi mesi dalla sua entrata in vigore, la Corte costituzionale ha definito incostituzionale l’operato del Presidente delle Repubblica, in quanto contemporaneamente ricopriva tale ruolo istituzionale ed era anche presidente di un partito di maggioranza.

Entrambe le Costituzioni si caratterizzano per una importante internazionalizzazione tanto per quanto riguarda il procedimento costituente quanto circa le fonti sui diritti e le libertà fondamentali. È proprio questo il punto in cui, oltre alla composizione, l'internazionalizzazione esercita un'influenza diretta sul lavoro delle Corti. Entrambe le Costituzioni incorporano numerose disposizioni di diritto internazionale, soprattutto nel campo dei diritti umani, e conferiscono loro un effetto diretto. Ciò solleva la questione di come le Corti trattano gli strumenti giuridici internazionali e di come affrontano il rapporto tra diritto internazionale e diritto interno.

¹⁰³ Sentenza U-5/98. Il testo della Sentenza è consultabile al seguente *link*: <https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/en/U-5-98-12209.pdf>.

¹⁰⁴ J. MARKO, *Bosnia-Herzegovina: The Role of the Judiciary in a Divided Society*, in *Constitutional Review*, vol. 5, 2/2019, 207-214.

¹⁰⁵ Sentenza U-2/22. Il testo della Sentenza è consultabile al seguente *link*: <https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/bs/U-2-22-1323203.pdf>.

¹⁰⁶ Sentenza KO 01/09, 21 giugno 2010, Corte costituzionale della Repubblica del Kosovo.

Per quanto riguarda la Bosnia ed Erzegovina, l'articolo II della Costituzione prevede una serie di strumenti internazionali in materia di diritti umani e li rende direttamente applicabili nell'ordinamento giuridico interno bosniaco-erzegovese: tanto che la CEDU e i suoi Protocolli sono direttamente applicabili e hanno, addirittura, «priorità su ogni altra legge dello Stato»¹⁰⁷. Questo ci porta a dire che tali documenti occupano una posizione particolare in tale ordinamento costituzionale: la stessa Corte costituzionale accetta il testo CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo come *standard* per il proprio giudizio di legittimità costituzionale.

Per quanto riguarda il Kosovo, il rapporto tra diritto costituzionale e diritto internazionale è regolato dall'articolo 19, che attribuisce ai trattati ratificati e autoesecutivi e ad altre norme giuridicamente vincolanti di diritto internazionale effetto diretto e «superiorità sulle leggi della Repubblica del Kosovo»¹⁰⁸. Per quanto riguarda la tutela dei diritti individuali, i costituenti kosovari hanno optato per un approccio a due binari che porta a un testo "ibrido": per cui alcuni strumenti internazionali, volti alla tutela dei diritti umani, sono direttamente applicabili in Kosovo in virtù dell'articolo 22 della Costituzione. Tra questi, la CEDU, ma anche, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali e una serie di altri strumenti delle Nazioni Unite in materia di diritti umani. Allo stesso tempo, la Costituzione contiene un proprio catalogo dei diritti umani¹⁰⁹. Anche qui si pone tuttavia la questione del rapporto tra norme internazionali e norme nazionali. A questo proposito, l'articolo 22 della Costituzione stabilisce che gli strumenti internazionali hanno la priorità sulle leggi nazionali, il che non viene inteso come una posizione "intermedia" tra le norme costituzionali e il diritto ordinario. Tuttavia, la CEDU è posta in una posizione privilegiata. Infatti, l'articolo 53 della Costituzione richiede alle istituzioni kosovare, compresa la Corte costituzionale, di interpretare tutti i diritti umani e le libertà fondamentali garantiti dalla Costituzione «in conformità con le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo»¹¹⁰. Permette, inoltre, alla Corte costituzionale di fare ampio affidamento sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e di utilizzarla legittimamente come risorsa preziosa, cosa che fa ampiamente.

In conclusione, si può asserire che l'internazionalizzazione delle due Corti costituzionali in parola ha avvantaggiato il processo di dialogo e cooperazione tra le corti locali e quelle internazionali, ma soprattutto ha concesso una maggiore garanzia nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

¹⁰⁷ Art. II, par. 2, Costituzione della Bosnia ed Erzegovina.

¹⁰⁸ Art. 19, par. 2, Costituzione del Kosovo

¹⁰⁹ *Ivi*, artt. da 23 a 65.

¹¹⁰ *Ivi*, art. 53.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA FUNZIONE DI PROFILASSI COSTITUZIONALE COME EVOLUZIONE DEL
RUOLO DEI GIUDICI COSTITUZIONALI NELL'INTERPRETAZIONE DELLE
GARANZIE PROCESSUALI IN MATERIA PENALISTICA

DAVIDE ZECCA

SOMMARIO: 1. Giurisdizioni costituzionali e interpretazione dei principi in materia processuale penale. – 2. Forme e metodi di profilassi costituzionale: un'analisi sul piano comparato. – 3. Il fondamento della funzione di profilassi costituzionale: le disposizioni a contenuto costituzionalmente vincolato.

1. Giurisdizioni costituzionali e interpretazione dei principi in materia processuale penale

Le giurisdizioni costituzionali nascono come arbitri dei conflitti tra enti di Stati composti (e, in una fase successiva, tra organi della forma di governo) o ai fini di sanzionare le violazioni del criterio gerarchico che informa il sistema delle fonti del diritto sin dalla transizione che si è manifestata dalle costituzioni flessibili di stampo liberale a quelle rigide, presidiate da meccanismi aggravati di revisione e soprattutto dall'esistenza del sindacato di legittimità costituzionale della legge¹. I giudici costituzionali sono quindi divenuti interpreti privilegiati dei principi costituzionali, contribuendo con le proprie

¹ Articolano la classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale attorno a questi due *cluster* di funzioni S. BAGNI, M. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, in G.F. FERRARI (dir.), *Trattato di diritto pubblico comparato*, Milano, 2021, 22, ai quali gli Autori aggiungono la funzione di affermazione della tutela di un nucleo protetto di diritti a livello sovranazionale, nella dinamica dell'integrazione multilivello.

pronunce a tracciare con maggiore rigore i confini dell'ambito di applicazione delle posizioni giuridiche soggettive tutelate dalle carte costituzionali².

Sulla base di queste premesse, giova sottolineare come uno dei contenuti più rilevanti dei testi costituzionali ai fini dell'attività ermeneutica dei giudici costituzionali sono le disposizioni che contengono garanzie volte a proteggere i consociati dall'abuso della forza pubblica nell'ambito dell'esercizio della potestà punitiva penale e, in particolare, nell'accertamento processuale dei fatti di reato. Analogamente alla generalità degli enunciati normativi di carattere costituzionale, le disposizioni dettate in questa materia sono sovente formulate secondo una struttura generica e non sufficientemente dettagliata, caratterizzandosi per contenere principi suscettibili di una certa discrezionalità interpretativa, piuttosto che regole di immediata applicabilità concreta³.

La necessità di fare fronte alle innovazioni connesse al progresso tecnologico, di cui beneficiano non solo gli utenti dei servizi di comunicazioni, ma altresì le autorità investigative statali, milita in favore di una rivendicazione dell'esercizio di un ruolo di più efficace presidio di tali prerogative da parte dei giudici costituzionali. Il sindacato svolto dalle giurisdizioni costituzionali non dovrebbe arrestarsi alla verifica della compatibilità del dato legislativo con il principio costituzionale astratto, ma dovrebbe essere altresì finalizzato ad assicurarne un'adeguata tutela in concreto, che non tradisca lo spirito del principio dettato dalla Costituzione. Peraltro, riconoscere la legittimità di una tale funzione di presidio attivo e concreto da parte delle giurisdizioni costituzionali rispetto ai principi costituzionali risponderebbe al rilievo per cui il dato costituzionale, pur essendo caratterizzato da formulazione astratta e generale, si rivela per sua natura insufficiente a coprire in maniera efficace l'intero novero delle fattispecie che si possano manifestare in concreto⁴. Ciò consentirebbe così anche a ordinamenti costituzionali i cui cataloghi di diritti cominciano a recare i segni dell'obsolescenza di garantire un'adeguata protezione di tutto lo spettro di posizioni giuridiche soggettive considerate rilevanti a fini costituzionali, permettendo di colmare un eventuale distanza fra questi testi costituzionali e quelli di più recente origine, che sono caratterizzati da un peculiare grado di particolarizzazione della tutela dei diritti⁵.

L'incertezza sul ruolo dei giudici costituzionali con riferimento a questo dilemma interpretativo può dare adito a due alternative posture giurisdizionali. Infatti, un giudice costituzionale che adotti un approccio minimalista, sanzionando per la violazione di

² Sulla peculiarità dell'attività ermeneutica della Costituzione svolta da quel particolare soggetto istituzionale che è la Corte costituzionale, almeno in Italia, v. F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2005; *contra*, A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 103. Il tema è declinato in prospettiva comparata, pur adottando l'angolo visuale prevalente dell'ordinamento spagnolo, da G. ROLLA, *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*. *L'esperienza spagnola*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*. *Atti del Seminario svoltosi in Roma - Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Milano, 2010, 255 ss.

³ V., più diffusamente, G. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Politica del diritto*, vol. 30, 2/1999, 301 ss.

⁴ Sull'indeterminatezza dei principi costituzionali e il ruolo del giudice nella definizione del significato concreto degli stessi, v. A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2007.

⁵ G.F. FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, 265 ss.

principi costituzionali in materia processual-penalistica soltanto quelle fonti normative che violino in modo palese il dato letterale della disposizione costituzionale, riconoscerebbe al legislatore un ambito di scelta significativamente discrezionale⁶. Una tale deferenza alle scelte attuative del dato costituzionale adottate dal decisore politico, se denota un tendenziale rispetto del principio di divisione dei poteri, rischia tuttavia di frustrare in concreto il tentativo dei redattori dei testi costituzionali di imbrigliare l'arbitrio del potere pubblico, in particolare in materia penale.

Diversamente, un giudice costituzionale potrebbe sentirsi legittimato a valorizzare pienamente il proprio ruolo di custode della Costituzione, riconoscendo dietro al mero dato letterale della disposizione un contenuto prescrittivo più ampio, che sia in grado di assicurare un'efficace attuazione in concreto al principio costituzionale. In questo caso, l'operazione del giudice costituzionale non ricadrebbe in un caso di attivismo giudiziale o di sconfinamento rispetto ai propri poteri sanciti dal testo costituzionale⁷, bensì sarebbe legittimamente inquadrabile in una particolare forma di interpretazione del dato testuale della Costituzione volto a garantirne un'attuazione concreta fedele allo spirito dei principi in essa contenuti⁸. In particolare, si tratterebbe dell'esercizio da parte dei giudici costituzionali di una funzione di 'profilassi costituzionale', che consisterebbe nell'enucleazione di regole concrete che esorbitano da un'interpretazione anche estensiva del testo del principio costituzionale, ma che ne sarebbero conseguenza necessaria e non diversamente attuabile dal legislatore. Peraltro, è stato sostenuto da una parte della dottrina statunitense che tali regole di profilassi non siano affatto un'eccezione, bensì permeino nel profondo la struttura del diritto costituzionale quale branca del diritto⁹.

In buona sostanza, la funzione di profilassi costituzionale costituirebbe una specifica accezione dell'attività di interpretazione del testo costituzionale da parte del suo custode, volta in primo luogo ad assicurare che alcuni principi generali in esso contenuti non siano frustrati o neutralizzati in concreto dalla negligenza o dall'insipienza del decisore politico. Infatti, da tali disposizioni astratte discenderebbero regole applicative concrete che ne sarebbero necessaria conseguenza e alle quali il legislatore non potrebbe legittimamente derogare, se non violando lo spirito del principio costituzionale espresso. Ben potrebbe la legislazione positiva assicurare uno standard di tutela più elevato per i beneficiari di quella garanzia, valendo le regole elaborate in via pretoria dai giudici costituzionali quali meri livelli minimi di tutela ricavabili dal principio costituzionale¹⁰.

⁶ La questione del minimalismo giudiziario è stata oggetto di riflessione soprattutto a opera della dottrina statunitense, si veda, *ex multis*, C.R. SUNSTEIN, *One Case At a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (MA), 1999. Il tema è stato ripreso di recente nella dottrina giuspubblicistica italiana da M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2023.

⁷ Su tali rischi e sul tema della cd. *juristocracy*, v. almeno A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven (CT), 1962; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (MA), 2007.

⁸ A. LEAVENS, *Prophylactic Rules and State Constitutionalism*, 44 *Suffolk University Law Review* 415 (2011).

⁹ D.A. STRAUSS, *The Ubiquity of Prophylactic Rules*, 55 *The University of Chicago Law Review* 190 (1988).

¹⁰ S.R. KLEIN, *Identifying and (Re)Formulating Prophylactic Rules, Safe Harbors, and Incidental Rights in Constitutional Criminal Procedure*, 99 *Michigan Law Review* 1030, 1052 (2001).

È stato sostenuto che una tale categoria concettuale non costituirebbe una torsione intollerabile del modello tradizionale degli ordinamenti di *common law*, nei quali una funzione di protezione delle prerogative dei singoli è stata storicamente affidata al consolidamento nel tempo di schemi di garanzia per i diritti individuali sviluppati in via giurisprudenziale; d'altro canto, negli ordinamenti di matrice britannica che hanno adottato una costituzione scritta, corredata o meno di un catalogo di diritti, non è raro che la tutela dei diritti in sede giurisdizionale sia ancora oggi influenzata dall'elaborazione del patrimonio giurisprudenziale di *common law*¹¹. Lo sviluppo di regole di profilassi costituzionale rientrerebbe così nell'ottica dell'esistenza di un *constitutional common law*, con caratteristiche in larga parte analoghe a quelle del *common law* tradizionale¹².

Più specificamente, e con riferimento altresì ai due ordinamenti di *civil law* presi in esame (Italia e Germania), si intende offrire un'argomentazione a favore dell'esercizio di questa funzione interpretativa ulteriore da parte dei giudici costituzionali. Per fondare una tale affermazione appare necessario accogliere il postulato secondo il quale le fonti costituzionali, pur se per loro natura incomplete e necessitanti di attuazione in via concreta da parte del legislatore, siano in grado, almeno in talune circostanze, di vincolare l'attività legislativa orientandone in modo cogente il contenuto. In particolare, si sosterrà l'esistenza di contenuti costituzionalmente vincolati in materia processual-penalistica, ricavabili direttamente dai principi generali dettati dalla Costituzione in materia e insuscettibili di deroga da parte del legislatore (si rinvia a quanto sviluppato *infra*, par. 3).

Sulla scorta di tali considerazioni di respiro generale, si intende esplorare la questione ponendo a confronto le soluzioni interpretative adottate dai giudici costituzionali con riferimento all'ambito processual-penalistico, focalizzando l'indagine su due modalità tramite le quali questa funzione di profilassi costituzionale si è manifestata in tre ordinamenti di particolare rilevanza per la presente indagine comparatistica, cioè gli Stati Uniti d'America, l'Italia e la Germania.

2. Forme e metodi di profilassi costituzionale: un'analisi sul piano comparato

Il punto di partenza dell'analisi in chiave comparata che si intende proporre risiede pertanto nell'identificazione del perimetro della funzione di profilassi costituzionale svolta dalle giurisdizioni costituzionali, di cui si sono tracciati i confini generali nel paragrafo precedente. Si ritiene che tale attività interpretativa possa essere legittimamente esercitata dai giudici costituzionali sulla scorta di almeno due diverse tecniche argomentative. Infatti, l'enucleazione di nuovi diritti o di garanzie specifiche per prerogative costituzionali che godono già di un riconoscimento sul piano costituzionale potrebbe risultare da una lettura in combinato disposto di due o più disposizioni

¹¹ G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 45 ss.

¹² H.P. MONAGHAN, *The Supreme Court 1974 Term. Foreword: Constitutional Common Law*, 89 *Harvard Law Review* 1 (1975); *contra*, T.S. SCHROCK, R.C. WELSH, *Reconsidering the Constitutional Common Law*, 91 *Harvard Law Review* 1117 (1978).

costituzionali espresse. Questo approccio consente ai giudici costituzionali di far discendere da libertà che possano ascrivere a un medesimo nucleo concettuale un più ampio spettro di tutele concrete, facendo leva sulle diverse sfumature che una medesima posizione giuridica soggettiva sia suscettibile di assumere se letta in combinazione con altre. Peraltro, la tecnica del combinato disposto permette altresì di eludere le critiche che si prendano di mira la natura 'creativa' dell'attività di interpretazione costituzionale, muovendo in dubbio la legittimità della stessa nella dinamica delle forme di governo contemporanee. Infatti, il ricorso al combinato disposto evita di dover dare adito a interpretazioni che leggano alcune disposizioni costituzionali che sanciscono la tutela dei diritti in generale quali clausole del tutto aperte, preferendo una più cauta impostazione nel senso della lettura di questi enunciati quali clausole interpretative generali (es. Art. 2 Cost. italiana)¹³.

Una seconda tecnica ermeneutica tramite la quale l'attività di profilassi costituzionale potrebbe manifestarsi non coniuga il contenuto di disposizioni costituzionali diverse, bensì si sostanzia in un'interpretazione di singole disposizioni o principi costituzionali che sia più consapevole delle implicazioni concrete e attuative di tali disposizioni. Più specificamente, essa si prefigge di preservarne il più fondamentale nucleo di tutela anche a fronte di eventuale inerzia o negligenza del legislatore nel dare corso ai principi costituzionali in questione. Il ricorso a questa seconda opzione rischia evidentemente di esporre il ruolo dei giudici costituzionali alla polemica avverso un esercizio troppo attivista dell'attività ermeneutica in ambito costituzionale, specie in quegli ordinamenti ove sono particolarmente radicate o diffuse teorie dell'interpretazione costituzionale che propugnino una lettura del testo conforme al significato originario delle disposizioni nel momento della redazione delle stesse (gli Stati Uniti d'America sono generalmente considerati l'esempio più noto di questo afflato *originalista*)¹⁴.

Anticipando una considerazione che emergerà dopo aver preso in esame la giurisprudenza rilevante, appare interessante sottolineare come non ci sia una piena corrispondenza fra i singoli ordinamenti e modelli costituzionali presi in esame e il tipo di tecnica ermeneutica adoperato dai giudici costituzionali per enucleare nuovi diritti o tracciarne con maggiore precisione i limiti applicativi. Infatti, se la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha tendenzialmente esercitato la propria funzione di profilassi costituzionale facendo ricorso alla seconda delle due tecniche enucleate sopra, il ricorso al combinato disposto non è alieno all'argomentazione del giudiziario federale nell'ambito della tutela dei diritti, come dimostra, tra l'altro, la giurisprudenza

¹³ Il tema è stato ampiamente dibattuto nella dottrina costituzionalistica italiana, si vedano A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 29 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 20 ss.; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2017, 179 ss.; nonché A. BARBERA, *Art. 2*, in C. MORTATI, A. BARBERA, A.S. AGRÒ, U. ROMAGNOLI, G.F. MANCINI, G. BERTI, A. PIZZORUSSO, F. FINOCCHIARO, F. MERUSI, A. CASSESE, *Principi fondamentali*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50-122, spec. 80-92.

¹⁴ P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Vol. 1, Napoli, 2011, 281 ss. Sulle origini e gli sviluppi di questa teoria dell'interpretazione negli Stati Uniti d'America, si veda L.B. SOLUM, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 1353 (2011).

sull'*incorporation* di alcuni dei principi sanciti all'interno del *Bill of rights*. D'altro canto, le giurisdizioni costituzionali italiana e tedesca hanno sì fatto sovente leva sul combinato disposto, specie per fondare il riconoscimento di diritti 'nuovi', ma ciò non ha impedito all'una e all'altra di ricavare in altre occasioni regole concrete di applicazione di specifici principi costituzionali da una singola disposizione oggetto della propria interpretazione.

Per contestualizzare nelle dinamiche concrete degli ordinamenti esaminati la funzione di profilassi costituzionale, conviene riferirsi come primo termine di paragone all'attività della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, la quale si è fatta precursore di questa tendenza sotto la Presidenza del *Chief Justice* Earl Warren¹⁵. In particolare, la Corte ha esercitato tale funzione di profilassi costituzionale con riferimento al contenuto del V emendamento alla Costituzione federale, che contempla la garanzia costituzionale avverso l'autoincriminazione forzata (*compelled self-incrimination*)¹⁶. Nel celebre caso *Miranda v. Arizona*¹⁷, i *Justices* hanno infatti affermato che, per rendere veramente piena la tutela sancita dalla disposizione in oggetto, era necessario che gli agenti di polizia che interrogassero un individuo sottoposto a limitazione della libertà personale gli rivolgersero quelle avvertenze sulla suscettibilità dell'uso processuale delle sue affermazioni, che sono divenute universalmente conosciute come *Miranda warnings*¹⁸.

Il mancato esperimento di tale formula implicherebbe l'inutilizzabilità a fini processuali delle dichiarazioni rese dal soggetto interrogato, nell'ottica di una tutela quanto più effettiva del divieto di autoincriminazione forzata. Peraltro, questa conseguenza sull'utilizzabilità processuale degli elementi di prova ottenuti in violazione della regola di profilassi costituzionale mette in luce come, correlativamente a tali regole, le giurisdizioni costituzionali possano rendere il presidio di una libertà più saldo prevedendo altresì un rimedio profilattico, quale appunto l'inutilizzabilità in sede processuale. Nel caso *Miranda* si apprezza lo sforzo analitico della giurisprudenza della Corte Suprema americana, la quale non si limita alla verifica della compatibilità della normativa di rango primario con il principio costituzionale, ma si preoccupa altresì di specificare con inedita dovizia di particolari quale sia il precipitato concreto in termini processuali del principio costituzionale in oggetto, dettando regole procedurali minime a tutela di questa prerogativa individuale.

Una tale tendenza del vertice del giudiziario americano si riscontra altresì nella pronuncia dell'anno successivo nel caso *Katz v. United States*¹⁹, ove la Corte Suprema riconobbe l'estensione dell'ambito di applicazione del principio di cui al IV emendamento anche alle conversazioni telefoniche il cui contenuto fosse intercettato senza che l'esperimento del mezzo di ricerca della prova implicasse una vera intrusione fisica nella sfera proprietaria del soggetto sottoposto a intercettazione. In questo caso, il test della *reasonable expectation of privacy*, ispirato dall'opinione concorrente di *Justice*

¹⁵ Sul lascito della Corte Warren in materia di procedura penale, v. C.S. STEIKER, *The Warren Court and Criminal Justice: Some Lasting Legacies and Unfinished Business*, 49 *Stetson Law Review* 223, 237 (2020).

¹⁶ «No person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself».

¹⁷ 364 U.S. 436 (1966).

¹⁸ Esse consistono nel diritto a rimanere in silenzio, nell'avviso che ogni dichiarazione potrà essere usata contro il dichiarante in sede processuale, nella comunicazione della facoltà di nominare un avvocato e nel diritto ad averne uno nominato d'ufficio in caso non si possa nominarne uno di fiducia.

¹⁹ 389 U.S. 347 (1967).

Harlan, appare meno radicalmente ‘attivista’ o ‘profilattico’, nel senso di cui si è detto con riferimento al principio enunciato in *Miranda*. Tuttavia, le successive precisazioni dell’ambito di applicazione della riserva di giurisdizione sancita dal IV emendamento, intervenute sempre in via pretoria, ne hanno delimitato la sfera di applicazione in forza della cd. dottrina della *third party exception*²⁰, offrendo ragioni che appaiono giustificare un’ascrivibilità di questo indirizzo giurisprudenziale all’attività ermeneutica di profilassi costituzionale²¹. In questi casi, cioè, la Corte Suprema non si è limitata a dare una lettura, per quanto evolutiva, della disposizione di cui al IV emendamento, bensì ha tracciato i limiti dell’ambito di applicazione della nuova accezione del diritto costituzionale alla riservatezza della sfera privata, con ciò facendosi direttamente interprete del perimetro di tutela di questo interesse, sottraendo qualsiasi margine di discrezionalità in via attuativa al legislatore.

Se anche legittimità e limiti della *reasonable expectation of privacy* sono stati oggetto di vivace discussione e dibattito, tanto in sede giurisprudenziale quanto dottrinale, nei decenni successivi alla pronuncia nel caso *Katz*, ai fini di una più puntuale verifica della tenuta nel tempo di principi dettati propriamente in chiave di profilassi costituzionale appare opportuno concentrarsi più specificamente sulle garanzie processuali sancite nel caso *Miranda*. Infatti, la natura di questa forma di protezione ulteriore rispetto a quella desumibile dal mero dato letterale della Costituzione è stata oggetto di dibattito e precisazione da parte della giurisprudenza federale, anche in senso di mitigazione della portata del principio generale di inutilizzabilità processuale²². All’alba del nuovo secolo, la Corte Rehnquist, che pure aveva una sensibilità in materia processual-penalistica ben diversa dalla Corte Warren²³, ha confermato lo status di regola costituzionale al principio sancito in *Miranda*, che funge pertanto da parametro di legittimità costituzionale suscettibile di determinare l’illegittimità costituzionale della legislazione positiva, qualora essa disciplini la materia in chiave di minor garanzia rispetto a quella disposta dalla Corte Suprema stessa²⁴.

Più di recente, il tema è tornato alla ribalta, seppur in tono minore, per una decisione della Corte Roberts che, pur vertendo su una questione risarcitoria in materia civilistica, intersecava la disciplina del V emendamento, facendo sorgere dubbi sulla stabilità della regola sancita nel caso *Miranda* dinanzi a un collegio che non appare particolarmente

²⁰ *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

²¹ C. ETtinger, *Does the History behind the Adoption of the Fourth Amendment Demand Abolishing the Third-Party Doctrine?*, 29 *Geo. Mason U. C.R. L.J.* 1, 19 (2018).

²² *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974); *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984); *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985). Si è espresso criticamente sulla configurabilità di regole di profilassi costituzionale nel dominio della procedura penale J.D. GRANO, *Prophylactic Rules in Criminal Procedure: A Question of Article III Legitimacy*, 80 *Nw. U. L. Rev.* 100 (1985).

²³ S.F. SMITH, *The Rehnquist Court and Criminal Procedure*, 73 *U. Colo. L. Rev.* 1337 (2002).

²⁴ *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000). V., con riferimento al dibattito seguito alla pronuncia, D.A. STRAUSS, *Miranda, the Constitution, and Congress*, 99 *Michigan Law Review* 958 (2001); R.H. FALLON JR., *Judicial Legitimacy and the Unwritten Constitution: A Comment on Miranda and Dickerson*, 45 *N.Y. L. Sch. L. Rev.* 119 (2001); E.H. CAMINKER, *Miranda and Some Puzzles of ‘Prophylactic’ Rules*, 70 *U. Cin. L. Rev.* 1 (2001); più di recente, in chiave maggiormente scettica, L. ROSENTHAL, *Against Orthodoxy: Miranda is Not Prophylactic and the Constitution is Not Perfect*, 10 *Chap. L. Rev.* 579 (2007); R.L. WEAVER, *Bright-Line & Prophylactic Rules: Reflections from Miranda*, 50 *Tex. Tech L. Rev.* 33 (2017).

deferente nei confronti dei precedenti di carattere costituzionale²⁵. In particolare, la profilassi costituzionale viene accusata di celare in realtà un'attività giudiziale che si tramuta in concreto in una forma di indebita normazione, in spregio alla rigida separazione delle funzioni fra legislatore e giudice costituzionale.

Giova precisare altresì come la Corte Roberts abbia anche inteso limitare il portato della dottrina della *third party exception* con riferimento alla materia della privacy, come ravvisabile dalla decisione pronunciata nel recente caso *Carpenter v. United States*²⁶. In particolare, il vertice del giudiziario americano ha escluso che siano assumibili quali mezzi di prova a fini processuali i dati relativi alle celle telefoniche agganciate da una specifica utenza, se essi siano stati ottenuti in carenza di un mandato concesso da un giudice, in ossequio al principio generale di cui al IV emendamento. In particolare, la Corte Suprema si è mostrata attenta alla modulazione degli effetti della *third party exception*, riconoscendo come essa non possa applicarsi ai dati digitali, che sono geneticamente diversi da quelli alla cui segretezza l'utente rinuncia in favore di una controparte commerciale, con riferimento ai quali questa dottrina era stata elaborata. Anche in questo caso, pare potersi ricondurre lo sforzo di razionalizzazione del principio giurisprudenziale consolidatosi sin dagli anni '70 entro una prospettiva di tutela dell'interesse a rilevanza costituzionale più specificamente delineata dallo stesso giudice costituzionale, anziché dal legislatore²⁷.

Spostando l'attenzione sul continente europeo, si possono ravvisare manifestazioni di un'analogia funzione di profilassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in materia di segretezza delle comunicazioni. Infatti, nella storica sentenza 34/1973, la Consulta sanzionò la disciplina legislativa applicabile alle intercettazioni telefoniche per il difetto di requisiti stringenti e adeguati a quello standard di tutela particolarmente rigoroso che era stato introdotto dall'art. 15 della Costituzione repubblicana a presidio di questa prerogativa individuale²⁸. Infatti, argomentava la Corte costituzionale, all'autorità giudiziaria spetta la verifica della sussistenza di effettive esigenze di procedere ad attività di intercettazione telefonica e la formulazione di un giudizio prognostico sulla possibilità di acquisire riscontri favorevoli per lo svolgimento delle attività di indagine. Tale percorso argomentativo deve riflettersi nella motivazione del provvedimento con cui viene autorizzato l'esperimento dell'intercettazione telefonica, ben dovendo il giudice altresì premurarsi di indicare il lasso temporale per il quale l'operazione è autorizzata e motivare eventuali proroghe di tale termine.

Sulla scorta di tali rilievi, il legislatore si attivò per ricondurre pienamente a legittimità costituzionale la disciplina delle intercettazioni, agendo nel rispetto della

²⁵ *Vega v. Tekoh*, 142 S. Ct. 2095 (2022). Sul punto, si veda, se si vuole, D. ZECCA, *La capitis deminutio dei Miranda rights: la diffidenza nei criteri processuali di origine giurisprudenziale e il dibattito sulle regole di profilassi costituzionale*, in *DPCE Online*, 3/2022, 1635-1650. In generale, la vincolatività del precedente in ambito costituzionale è meno cogente rispetto ai casi di *statutory interpretation*, v. G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, cit., 204 ss.

²⁶ 138 S. Ct. 2206 (2018).

²⁷ M. TOKSON, *The Next Wave of Fourth Amendment Challenges After Carpenter*, 59 *Washburn L.J.* 1, 7 (2020).

²⁸ Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34. Sul punto, si veda V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, 317-342.

riserva di legge assoluta dettata dalla disposizione costituzionale e valorizzando altresì la funzione della motivazione del provvedimento giurisdizionale di autorizzazione²⁹. L'intervento legislativo si conformava quindi all'interpretazione particolarmente garantistica dell'art. 15 Cost. che il giudice costituzionale aveva propugnato nell'esercizio di quella funzione che si ritiene poter far rientrare nell'alveo della profilassi costituzionale³⁰.

Sulla base di quanto discusso, l'intervento della Corte costituzionale italiana con riferimento alla precisazione delle condizioni che dovessero sottendere alla concessione di un'autorizzazione all'esperimento dell'operazione di intercettazione telefonica appare riconducibile al secondo tipo di tecniche ermeneutiche cui si è fatto cenno. Tuttavia, non si può trascurare come il giudice delle leggi italiano abbia fatto senz'altro ricorso anche alla lettura in combinato disposto delle disposizioni costituzionali per trarne diritti nuovi o accezioni non espressamente previste dal testo della carta, seppur considerate meritevoli di tutela costituzionale. La sentenza 38/1973 dimostra come la Corte costituzionale italiana si sia prodigata in tale esercizio interpretativo già da alcuni decenni, a partire dall'enucleazione di un diritto alla riservatezza della vita privata che è stato costruito tramite un riferimento agli artt. 2, 3 e 13 della Costituzione³¹. Il riconoscimento di tale posizione giuridica soggettiva impone un regime di maggior cautela nell'interferenza da parte dei pubblici poteri nella sfera personale dell'individuo, facendo così sorgere anche profili procedurali di garanzia dello stesso diritto, suscettibili di tramutarsi in maggiori presidi a favore del singolo nel rapporto con le autorità di polizia.

La diffusione dell'uso del captatore informatico come mezzo di ricerca della prova nell'ambito di recenti vicende investigative di particolare rilievo ha posto all'attenzione generale degli studiosi di diritto processuale penale e di diritto costituzionale diverse questioni in merito al bilanciamento fra le esigenze investigative e quelle di protezione della sfera di riservatezza e di segretezza delle comunicazioni individuali. In particolare, in un contesto in cui il legislatore si è dimostrato a lungo inerte e incapace di imprimere una disciplina chiara alla materia, il formante giurisprudenziale ha supplito a tale inerzia, seppur non tramite la pronuncia del giudice costituzionale, bensì per mezzo di una sentenza del giudice di legittimità³². Ridefinendo i limiti per l'utilizzo del captatore informatico a fini di monitoraggio occulto delle conversazioni fra presenti, che andrebbero differenziati, laddove esse avvengano in sede domiciliare, sulla base della natura del reato perseguito, la Corte di cassazione appare aver adottato una tecnica decisoria che, pur non essendo lo stesso giudice di legittimità una giurisdizione costituzionale, potrebbe ascrivere alla categoria della profilassi costituzionale.

A questo scopo, rimane rilevante interrogarsi sulla suscettibilità anche dei giudici di legittimità a esercitare funzioni di profilassi costituzionale, entrando per certi versi in concorrenza con le giurisdizioni costituzionali. D'altro canto, una tale questione non può essere affrontata prescindendo dalla definizione dell'esistenza (o meno) di un monopolio

²⁹ L. 8 aprile 1974, n. 98.

³⁰ R. CANTAGALLI, *Riservatezza della vita privata e intercettazioni delle comunicazioni*, Firenze, 1977, in particolare 188 ss.

³¹ Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38.

³² Cass. pen., SS. UU., 28 aprile 2016 (Scurato), n. 26889, in *Cassazione Penale*, 2016, X, 3546 ss.

interpretativo sulle disposizioni costituzionali da parte del giudice costituzionale. Tuttavia, se si ritengono le norme costituzionali direttamente precettive, e non meri enunciati programmatici rivolti al legislatore, non si può che ritenere logica conseguenza il fatto che il giudice comune (a maggior ragione quello che esercita funzioni nomofilattiche) interpreti le disposizioni costituzionali in materia processuale e le applichi in concreto per definire i giudizi in sede penale³³.

Nell'ambito della stessa tendenza delle giurisdizioni costituzionali all'elaborazione con un certo grado di dettaglio di garanzie concrete per le posizioni giuridiche riconosciute dalle carte costituzionali ai cittadini e all'enucleazione di diritti 'nuovi' si può annoverare altresì la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in materia di diritti della personalità. Infatti, già a partire dal 1973 il giudice costituzionale tedesco si era preoccupato di sanzionare l'esistenza di un diritto generale alla personalità costruito tramite il combinato disposto degli artt. 2, c.1 e 1, c.1 della *Grundgesetz*, precisandone i confini con riferimento alla produzione in giudizio come mezzi di prova di nastri registrati che riproducessero conversazioni che erano state captate all'insaputa dei dichiaranti³⁴. È tramite questa teorizzazione che il giudice delle leggi tedesco ha potuto nel tempo far emergere ulteriori posizioni giuridiche costituzionalmente tutelate, come avvenuto con il diritto all'autodeterminazione informativa nel 1983, con riferimento alla raccolta di dati personali a fini dello svolgimento di un'operazione di censimento della popolazione³⁵.

Se entrambe queste pronunce appaiono potersi ricondurre a quella forma di interpretazione del dato costituzionale di cui si è dato conto nell'analisi fin qui svolta, non si può trascurare come nel caso tedesco uno degli aspetti originali sia stato una significativa particolareggiata tutela di ciascuna distinta prerogativa costituzionale. Proprio nel tentativo di fornire un'adeguata tutela alla sfera dei diritti della personalità a fronte della particolare intrusività dei mezzi di ricerca della prova invalsi nella prassi, infatti, la fervente attività del *Bundesverfassungsgericht* degli ultimi quindici anni in materia di cd. *online surveillance* sembrerebbe potersi ascrivere a tale tecnica interpretativa. Nello specifico, l'obbligo di predisposizione, da parte degli enti investigativi, di adeguate garanzie procedurali che tutelino la sfera privata degli individui (*Kernbereich*) è una conseguenza diretta di quella particolare declinazione del diritto alla personalità che lo stesso Tribunale costituzionale federale ha qualificato come diritto alla confidenzialità e integrità dei sistemi informatici³⁶. In questo senso, la giurisprudenza costituzionale federale ha operato una limitazione non irrilevante della sfera di discrezionalità del legislatore nella predisposizione della modalità di esperimento di determinati mezzi di ricerca della prova che, per effetto del ricorso a strumenti tecnologici avanzati, palesano una natura particolarmente intrusiva.

L'apposizione di specifici vincoli di procedimentalizzazione delle operazioni di interferenza con la sfera riservata delle comunicazioni del singolo appare dunque essere

³³ Sul punto si rinvia a quanto sinteticamente illustrato *supra*, in particolare alla nota n. 2.

³⁴ BVerfGE 34, 238 (1973).

³⁵ BVerfGE 65, 1 (1983). A proposito dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di diritti della personalità, si veda A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2017, 149 ss.

³⁶ BVerfGE 120, 274 (2008); BVerfGE 141, 220 (2016).

il metodo di elezione, almeno nell'ordinamento costituzionale tedesco, per esercitare efficacemente quella funzione di profilassi costituzionale che si rende necessaria a fronte di un'inadeguata o tardiva risposta del legislatore alla naturale obsolescenza dei principi costituzionali generali dettati con riferimento alla materia processuale penale. Il criterio di riferimento che sembra ispirare la giurisprudenza costituzionale tedesca in questo ambito è il principio di proporzionalità, che viene tradotto in un dettato invero pedissequo e stringente di cautele sotto il profilo procedurale, vincolate al perseguimento di un bene costituzionale meritevole di tutela.

Le tre diverse esperienze prese in esame offrono spunti utili per argomentare, nel paragrafo conclusivo, a favore della riconducibilità di queste tecniche interpretative a una matrice comune, suscettibile di legittimare l'intervento giudiziale per la tutela di diritti a rilevanza costituzionale.

3. Il fondamento della funzione di profilassi costituzionale: le disposizioni a contenuto costituzionalmente vincolato

Sulla scorta di questi tre esempi tratti dall'esperienza comparata, appare rilevante interrogarsi su quanto la comparsa di questa particolare accezione dell'attività interpretativa dei giudici costituzionali possa rientrare in una funzione di 'nomofilachia costituzionale' sussumibile sotto la definizione del *judicial review of legislation*. Riflettere sul ruolo interpretativo delle giurisdizioni costituzionali allargando l'angolo visuale a un'indagine di più ampio respiro, che non sia limitata al profilo della tutela dei diritti, reca peraltro il pregio ulteriore di consentire una valutazione sulla posizione dei giudici costituzionali nelle più recenti dinamiche fra poteri nell'ambito delle organizzazioni statuali contemporanee. Inoltre, una tale analisi fornisce un'occasione per tracciare un bilancio sull'attività delle corti costituzionali come garanti dei diritti e come supplenti dell'inerzia legislativa, nella prospettiva di formulare previsioni sulla futura evoluzione delle tendenze della produzione normativa e del rapporto fra le fonti costituzionali e di legislazione primaria³⁷.

In particolare, come anticipato anche in apertura di questo contributo, si ritiene che la materia processuale penale sia per sua natura suscettibile a distorsioni dei principi dettati espressamente dalla Costituzione, che potrebbero essere traditi in concreto da legislazioni non sufficientemente sensibili alle istanze di protezione dei cittadini o da prassi applicative che ne neutralizzino l'efficacia in concreto. A questo scopo, il ricorso da parte delle giurisdizioni costituzionali a tecniche che si è ritenuto di poter qualificare

³⁷ Sul ruolo di supplenza 'fisiologica' svolto dalla Corte costituzionale nei confronti di altri organi costituzionali che trascurino di svolgere le funzioni loro attribuite, si rinvia ad A. SPERTI, *La Corte costituzionale tra "politica" e "giurisdizione": alcune riflessioni traendo spunto dagli scritti di Alessandro Pizzorusso*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte: Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'. Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa 15 dicembre 2016)*, Torino, 2018, 131-143, spec. 142-143, ove l'autrice richiama quanto già argomentato sul punto da A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro Italiano*, V, 1980, 103, 117-126.

quali profilassi costituzionale costituirebbe un legittimo esercizio del potere di interpretare la Costituzione e di proteggerne l'architettura complessiva.

In particolare, l'enucleazione di regole di concreta applicazione nelle fattispecie processuali che siano soggette alle garanzie previste dalla Costituzione in materia si potrebbe giustificare nel momento in cui si accerti che le regole dedotte in concreto dal giudice costituzionale non siano il risultato di un intervento giudiziale autonomo e discrezionale, a carattere meramente innovativo. Al contrario, la legittimazione di un vaglio di legittimità costituzionale tanto penetrante potrebbe radicarsi nell'esistenza di limiti stringenti applicabili alle modalità concrete dell'esercizio di tale potere. Infatti, tali regole non costituirebbero uno straripamento del potere del giudice costituzionale nella predisposizione di norme positive procedurali, atte a imbrigliare l'attività delle autorità di polizia nella persecuzione dei reati e nella correlata limitazione dei diritti dei consociati; diversamente, esse sarebbero inquadrabili come tentativi di dedurre dal principio costituzionale astratto un livello minimo di tutela procedurale avverso tali interferenze, in particolar modo nella sfera di riservatezza personale.

Proprio la suscettibilità di tali regole concrete a fungere da inderogabile nucleo della tutela processuale delle libertà costituzionali ne giustificherebbe la rivendicazione da parte delle giurisdizioni costituzionali, alla luce della diretta derivazione logica delle stesse dai principi costituzionali espressi. Non si tratterebbe, cioè, di attività estranea al circuito dell'interpretazione, potendo essa essere legittimamente ricompresa in un'operazione ermeneutica volta ad assicurare al cittadino la tutela costituzionale del diritto almeno in una sua manifestazione più essenziale.

Se così fosse, vi sarebbe dunque una sostanziale identità di fondamento concettuale fra l'attività di profilassi costituzionale, da un lato, e l'attribuzione di forza passiva rinforzata ad alcune fonti normative. Vi sono infatti, perlomeno nell'ordinamento costituzionale italiano, leggi peculiari che resistono all'abrogazione referendaria in spregio alle regole generali che disciplinano la risoluzione di antinomie fra fonti del medesimo rango. Si tratta delle cd. leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, cioè testi legislativi che traducono in disposizioni di rango primario il contenuto di un principio costituzionale, recando l'unica disciplina attuativa conforme al dettato costituzionale. Proprio per questa connotazione di attuazione 'obbligata' dei principi costituzionali, tali leggi sono sottratte all'abrogazione da parte del referendum, come riconosciuto espressamente dalla giurisprudenza costituzionale italiana³⁸.

³⁸ Il concetto di leggi a contenuto costituzionalmente vincolato è stato elaborato dalla giurisprudenza costituzionale a partire da Corte cost., 2-7 febbraio 1978, n. 16; la stessa categoria è stata poi ripresa dal giudice costituzionale negli anni successivi, v. Corte cost., 9-10 febbraio 1981, nn. 24, 25 e 26; il giudice costituzionale ha meglio precisato i confini di questa categoria concettuale alcuni anni dopo, v. Corte cost., 16 gennaio-3 febbraio 1987, n. 27. L'ammissibilità concettuale delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato è stata oggetto di contestazione e di diffusa discussione, per una cui più compiuta ricostruzione si rinvia alla trattazione di M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *La formazione delle leggi*, Tomo I, 2, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2005, 462 ss., ove si possono altresì reperire rilevanti riferimenti bibliografici a proposito del suddetto dibattito; una delle obiezioni principali alla configurabilità di questa categoria risiede nella constatazione che, in assenza di margini discrezionali di attuazione del dato costituzionale, non si darebbe in alcun modo attività attuativa del legislatore, v. ID., 465-466.

Alla luce di quanto illustrato, pare praticabile estendere una medesima *ratio* anche alla materia processuale penale; d'altronde, tanto nell'un caso quanto nell'altro, si tratterebbe di dare sanzione a una disciplina – sia essa contenuta in una legge o formalizzata da una regola giurisprudenziale – sottratta alla modifica per via referendaria o legislativa poiché legittimamente considerata come attuazione diretta e necessaria del principio enunciato in forma espressa dalla Costituzione. Se, cioè, la regola di profilassi costituzionale elaborata in via pretoria dalla giurisdizione costituzionale si manifesta tramite la specificazione di garanzie procedurali che sono connotate da un carattere costituzionalmente vincolato, non parrebbe potersi contestare la legittimità dell'intervento del giudice costituzionale. Anzi, lo stesso sarebbe tenuto a svolgere funzione di profilassi costituzionale ogni qual volta ritenesse insufficienti o non adeguate le garanzie predisposte dal legislatore in concreto per assicurare l'effettività della tutela costituzionale in materia processual-penalistica.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

IL RUOLO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE IN TEMA DI ENUCLEAZIONE DI NUOVI DIRITTI

INES CIOLLI

SOMMARIO: 1. Riflessioni intorno all’enucleazione dei diritti. – 2. Enucleazione e rime obbligate. – 3. L’enucleazione dei diritti e la Corte costituzionale nelle esperienze italiana e comparata.

1. Riflessioni intorno all’enucleazione dei diritti

Il tema dell’atelier “Il ruolo della giurisdizione costituzionale nell’enucleazione dei diritti” costituisce già di per sé una sfida perché tra le righe rilancia il dibattito sul ruolo attivo della Corte costituzionale nella forma di governo e nel riconoscimento (o creazione?) di nuovi diritti e propone ancora una volta la questione del ruolo della Consulta nella forma di governo, una prospettiva sulla quale la dottrina costituzionalistica non ha una posizione univoca¹.

Del resto, non si può negare che in un contesto sociale in continua evoluzione gli organi costituzionali siano chiamati tutti con diverso peso e differenti ruoli a disegnare nuovi assetti e a concorrere alla configurazione di nuove dinamiche all’interno della forma di governo, tanto più cangianti quanto più la condizione storico politica è fluida. E

¹ M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, annali, III, 2010, 538 e ss. Si sofferma sul tema della posizione della Corte nella forma di governo con accenti anche più incisivi, G. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, V *Potere e Costituzione*, Milano, 2023, 1125 il quale sostiene che, sebbene a prima vista l’intero potere giurisdizionale nella forma di governo parlamentare possa sembrare “isolato”, esso in realtà partecipa financo all’indirizzo politico.

in questo contesto che il ruolo della Corte si evolve evidenziando un’attività di affiancamento e nei casi più eclatanti di supplenza o di concorrenza nei confronti del legislatore.

Il tema non riguarda solo le Corti costituzionali, certo oggi più esposte al dibattito per via dello spazio che hanno conquistato nella scena mondiale, ma l’intera funzione giurisdizionale, tanto che già Alf Ross nel 1929 aveva sottolineato come tutta l’attività giurisdizionale, possa essere riassunta in una “pronuncia di sentenze” e come questa attività generalmente non si identifichi in una mera applicazione del diritto, ma possa contenere anche elementi di novità e creatività e in alcune circostanze si configuri inevitabilmente come una creazione di nuove norme². Niente di nuovo sul fronte occidentale, come ha ricordato di recente Paolo Carnevale, il quale ha altresì sottolineato come il naturale rapporto tra Corte e legislatore si esplicita entro specifiche coordinate: da una parte il seguito legislativo delle decisioni del giudice costituzionale e dall’altra i limiti che il sindacato di costituzionalità incontra nella discrezionalità legislativa³. Nel dibattito recente si considera del tutto naturale che la Corte adegui le norme del legislatore agli equilibri costituzionali, bilanci, limi, aggiusti mettendo in atto un’attività ben più sfumata e complessa di quel che riguarda teoricamente i ruoli dei due organi costituzionali e intervenga negli interstizi lasciati della norma legislativa fino a estendere e a precisare la portata della stessa.

In questo assetto così variegato anche il lemma “enucleazione” può assumere diversi significati a seconda del peso e del ruolo che la Corte si ritaglia nei diversi momenti storici nella dinamica tra gli organi costituzionali e in particolare con il Parlamento. Quanto più quest’ultimo assume un ruolo incisivo e centrale e riesce a instaurare un corretto dialogo con i giudici costituzionali, che consiste nel tenere conto e di dare seguito alle sentenze e ordinanze e ai moniti che questi inviano al legislatore, tanto più il ruolo della Corte resterà circoscritto. In altre parole, non sempre il protagonismo delle Corti trova una sua giustificazione nell’attivismo giuridico in sé, ma in numerose occasioni si assiste piuttosto a una rinuncia- più o meno volontaria- da parte delle Assemblee parlamentari a interpretare le esigenze del corpo elettorale e a tenere il passo con le dinamiche e l’evoluzione della società.

Il tema, come si è accennato, è tornato con grande slancio nel dibattito giuridico, perché le continue incursioni – vere o presunte- della Corte costituzionale nella sfera riservata tradizionalmente al legislatore, investono, come hanno dato conto i relatori

² A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien, 1929, 423 che fa riferimento a un diritto giurisprudenziale come parte del sistema delle fonti. Il tema è stato di recente ripreso proprio in questi termini da G. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, cit., 1127 e 1137 che definisce il potere giudiziario un “terzo incomodo” poiché rispetto al potere legislativo e a quello esecutivo ricomponne, ritaglia, precisa e in definitiva crea nuove norme.

³ P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale- legislatore rappresentativo*, in *Nomos*, 3/2023, 1 ss. Il rapporto tra legislatore e giudice è uno dei *topoi* della scienza costituzionalistica, tra i classici cfr. i volumi di P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna, 1982 e C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, 1984, Napoli, 2014.

dell’Atelier, anche il principio della separazione dei poteri, che già su altri fronti sembra subire continue sollecitazioni⁴.

Quanto al termine “enucleare”, a mio avviso, deve essere inteso in senso letterale, ovvero l’attività di individuazione del nocciolo duro - in questo caso della tutela – che deve sempre essere garantito perché *direttamente* individuato in Costituzione. Questo, però, è il vero nodo gordiano della riflessione: quanto l’attività della Corte sia a rime obbligate e di quanto margine dispone oggi il giudice costituzionale nel riconoscimento di nuovi diritti, ovvero fino a che punto si può spingere in un’operazione creativa che non passa per il legislatore ordinario.

2. Enucleazione e rime obbligate

Tutti i relatori dell’atelier hanno colto l’evoluzione rispetto al modello prospettato da Vezio Crisafulli e dalle sue decisioni a “rime obbligate” e sulle ricadute in tema di tutela dei diritti e dei nuovi diritti hanno rilevato un innegabile e rinnovato attivismo da parte di tutti i giudici e non solo dei giudici costituzionali⁵. Su questi aspetti dell’evoluzione della funzione giurisdizionale e sulle ricadute in merito alla tutela dei diritti e dei nuovi diritti, le riflessioni dei relatori sono state molteplici e tutte puntuali e ricchissime di contenuti. Il monito di Vezio Crisafulli risulta ormai inascoltato ed è stato sostituito soprattutto negli ultimi decenni da una tendenza, come ha sottolineato Diletta Tega, che vira verso l’uso da parte della Corte dei “versi sciolti”⁶, ben oltre la concezione di eventuali “rime possibili” che la Corte ha adottato in altre occasioni, queste ultime in un’ottica più attenta agli spazi del legislatore⁷, sebbene, a mio avviso, già oltre il ruolo della Corte costituzionale. Tale riflessione è la conseguenza di alcune decisioni in materia penale, dove il principio di legalità e la riserva di legge avrebbero dovuto suggerire una

⁴ Sul tema, di recente, G. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, V *Potere e Costituzione*, Milano, 2023, 1122 ss.

⁵ Sulle cosiddette rime obbligate, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, 1707 ss. il tema è stato a lungo dibattuto in dottrina e non è dunque di recente conio. È stato in passato correlato soprattutto al ruolo e all’opportunità di adottare sentenze manipolative e solo di recente però si lega al tema dell’enucleazione di nuovi diritti. In questo ultimo caso, la questione non riguarda più l’estensione di un diritto già conquistato e disciplinato dal legislatore ordinario o costituzionale a nuove categorie di soggetti, ma si riferisce alla costruzione di nuovi diritti da parte del giudice costituzionale che è alla base di un ruolo ben più incisivo del giudice. La dottrina è sconfinata sul tema, mi limito a ricordare in tema di rapporti tra giudice costituzionale e legislatore ID., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981- luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 299 ss., C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, 153 ss., A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro italiano*, V, 1980, 103 ss., G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1684 ss., F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Sentenze additive, “soluzione costituzionalmente obbligata” e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del “verso” della richiesta addizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, I, 519 ss.

⁶ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di riaccostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020.

⁷ S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, pp. 183 ss.

massima cautela da parte del giudice costituzionale in termini di interpretazione e invece si è avventurato in un terreno impervio, allontanandosi da soluzioni obbligate per prospettare soluzioni, indicate dai giudici *a quibus* adeguate al caso concreto, congrue e coerenti con il dettato costituzionale, ma che non si presentavano come le uniche possibili⁸. Se le rime obbligate richiedevano un “disvelamento delle norme già rinvenibili nell’ordinamento” affinché non si intaccasse la discrezionalità del legislatore⁹, oggi il distacco da quel modello, che resta comunque un irrinunciabile riferimento, è dovuto a diversi fattori, tra i quali una legislazione pletorica, poco chiara e non sempre organizzata che rende difficile ricostruire l’individuazione di eventuali rime obbligate. I presupposti e le cause dell’attivismo giuridico della Corte sono stati esplicitati nella relazione di Elisa Cavasino che rileva la difficoltà per la Corte di trovare un dialogo fruttuoso con il legislatore che non segue o non riesce a seguire le più canonici suggerimenti dei giudici sotto forma di moniti o di additive di principio che sono spesso destinati a non essere ascoltati i¹⁰. e che lasciano inevase le richieste di intervento su temi sui quali il vuoto normativo è poi colmato da decisioni dei giudici caso per caso, minando la certezza del diritto¹¹. Ma la legalità penale è ormai soggetta a un continuo ripensamento sulla base del cosiddetto dialogo con le Corti sovranazionali e internazionale, con tutte le difficoltà e i limiti che le relazioni di Davide Zecca e Ilaria Giugni hanno evidenziato.

L’A. sostiene che il fenomeno è più evidente nel giudizio in via incidentale ove la tutela dei diritti e la “creazione” di nuove garanzie si radicano più di frequente - come del resto ormai dimostra anche il modello francese dopo l’adozione della *Question prioritarie de constitutionnalité* - vista la maggiore concretezza delle questioni poste dal giudice *a quo*.

⁸ Le sentt. nn. 156/2020, 152/2020, 242/2019, 99/2019, 40/2019, 233/2018, 222/2018, 236/2016, ordd. nn. 132/2020 e 207/2018. Più in generale sul tema del superamento delle rime obbligate e sul rapporto giudice legislatore, con note di A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in www.giustizainsieme.it, 2019, 3 ss, M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista Aic*, 4/2016, D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”*. Note a margine della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 2/2019, 696 ss.

⁹ Così A. VIGNUDELLI, *Il fantasma della legalità. Fatti e misfatti della Corte costituzionale tra legge e Costituzione*, in *Lo Stato*, 7/2016, 124.

¹⁰ Il tema è di grande rilevanza ed è stato affrontato in modo problematico da molti studiosi, per tutti, A. RUGGERI, *L’indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in *Consulta online*, 3/2017, 490 ss; M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta)? del Parlamento e la sovranità (usurpata)? della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima politica e quella giurisdizionale*, Torino, 2016, 75 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021; M. LUCIANI, *Ogni cosa è al suo posto. Restaurare l’ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 147 ss.; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta online*, 3/2023, 812 ss.

¹¹ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l’ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 192 ss. Che in realtà indica tre fattori per i quali oggi la Corte è costretta o sceglie di non adottare le rime obbligate. Nota anche l’A. Come i cambiamenti recenti in tema di rapporti tra giudici e legislatore incidano su un fattore che resta uno dei principi cardine dello Stato di diritto, ovvero la certezza del diritto.

Ciò, tuttavia, non legittima automaticamente l'intervento della Corte laddove si delinei un vuoto normativo, a volte anche dichiarando incostituzionalità di richieste di interpretazione che il giudice ritiene non di sua competenza¹²; non è compito dei giudici colmarlo attraverso un proprio intervento puntuale sul caso concreto, che offrirebbe una giustizia limitata al singolo caso, in tal modo contribuendo peraltro a minare la certezza del diritto¹³.

Non necessariamente il giudice costituzionale deve fornire una risposta complessa, che è riservata al legislatore, chiamato a dare conto al corpo elettorale delle sue scelte che sono tali anche quando sceglie di non disciplinare una determinata materia perché i tempi non sono maturi o perché la sintesi politica non configurerebbe (ancora) una mediazione che non sia al ribasso. Come ha sostenuto Nicolò Zanon, il silenzio o l'inerzia del legislatore nell'accogliere un nuovo diritto rientra nel suo ambito di discrezionalità legislativa che si esercita non solo nell'espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento e persino nelle lacune e non legittima dunque l'innovazione giurisprudenziale anche *praeter legem*¹⁴.

Il fenomeno globale sempre più evidente e marcato che vede un progressivo indebolimento delle sedi rappresentative, in ambiti prima di competenza della politica e a forte impatto sociale il vuoto lasciato dalla rinuncia del Parlamento a disciplinare i nuovi fenomeni corrisponde a un forte attivismo dei giudici e in special modo dei giudici costituzionali¹⁵. Inoltre, in spazi ormai sottratti all'ambito delle relazioni private quali la

¹² Si veda la lucida e critica ricostruzione di G. U. RESCIGNO, *Del preteso principio cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2009, 2412 ss. che contesta la pretesa che la Corte rivolge al giudice a quo di ricavare da una o più sentenze (...) il dovere "di trarre un principio costituzionale non scritto sulla cui base si sono obbligati a correggere direttamente essi stessi disposizioni del legislatore per adeguarle al principio", ivi 2413.

¹³ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, cit., 192 ss. Che in realtà indica tre fattori per i quali oggi la Corte è costretta o sceglie di non adottare le rime obbligate. Nota anche l'A. Come i cambiamenti recenti in tema di rapporti tra giudici e legislatore incidano su un fattore che resta uno dei principi cardine dello Stato di diritto, ovvero la certezza del diritto.

¹⁴ N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 91 ss.

¹⁵ Il fenomeno è tanto esteso che esiste ormai un termine che lo contraddistingue in senso quantomeno preoccupato, se non negativo. Esso spesso è evocato insieme alle più recenti tendenze del neo-costituzionalismo, ovvero quel movimento che in relazione al tema dei diritti fondamentali ritiene che essi siano non più soltanto «quelli scritti nella Costituzione formale», ma «tutti quelli dichiarati tali dalla comunità aperta degli interpreti, essendo loro riconosciuto il potere di creare, attraverso una "presa di posizione", di natura intellettuale-morale, assunta dall'interprete davanti alla norma di principio, la regola di diritto oggettivo la cui mancanza impedirebbe – secondo il canone positivistico che configura un diritto soggettivo come il riflesso di norme di diritto oggettivo – di riconoscere il diritto medesimo», così il neo-costituzionalismo ritiene che l'intervento del giudice non comporta una vera e propria creazione giurisprudenziale, ma una normale operazione di concretizzazione interpretativa di termini costituzionali indeterminati, e che si tratta pur sempre di una "estrazione" dall'ordinamento di una norma inespressa, a fattispecie chiusa, che concretizza il principio. Così M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2010. Sul rapporto tra giudice e legislatore in chiave problematica e in senso critico rispetto al neo-costituzionalismo si vedano anche A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza della tutela*

morte, la famiglia in tutte le sue declinazioni, la genitorialità, si rivendica l'intervento pubblico e il Parlamento incontra serie difficoltà di mediazione politica, necessaria per soppesare le diverse posizioni su temi di così grande rilevanza ed è in questi interstizi che un organo di garanzia trova margini di manovra più ampi di quelli assegnati dalla Costituzione. Ad essi si aggiungono diritti di nuovo conio quali il clima, l'accesso a internet, la regolamentazione dell'intelligenza artificiale sui quali la normativa euro-unitaria si affianca alla giurisprudenza sia della Corte di giustizia, sia della Corte costituzionale concorrendo così alla costruzione di un *corpus* para normativo volto a sopperire al vuoto nazionale.

Ci sono poi diritti già conosciuti e già inclusi nel dettato costituzionale che però assumono nuove forme e sono soggetti a evoluzioni del contesto storico ed economico; in tal caso la Corte costituzionale si incarica di imprimere loro un nuovo corso. È il caso del diritto del bilancio sui quali l'intervento della giurisprudenza costituzionale è stato prezioso e imprescindibile perché ha permesso di armonizzare tale diritto -come rivisto dalla riforma costituzionale n. 1 del 2012 e dal trattato internazionale del Fiscal compact- con l'intero dettato costituzionale.

In entrambi i casi, l'intervento del giudice costituzionale resta assai rudimentale e incompleto: mentre il legislatore - sebbene il tema sia ancora molto dibattuto - è libero nel fine, inserisce le discipline all'interno di una visione politica di maggior respiro, la Corte non può che restare sui binari della singola decisione, tutt'al più valutando gli effetti della successiva applicazione delle sue decisioni. L'esempio dell'intervento puntuale della Corte è proprio quello del diritto del bilancio, nel quale fino a un certo momento ha dimostrato una giurisprudenza ondivaga, se si pensa che nell'arco di un anno la sent. n. 10 del 2015 e la sent. n. 275 del 2016 hanno fornito interpretazioni contrastanti, anzi opposte. La decisione del 2016 ha chiuso la questione in modo positivo, sottolineando quel che avrebbe dovuto essere scontato, ovvero che la tutela dei diritti prevale sulla tutela vincoli di bilancio, ma prima di allora era stato difficile orientarsi tra le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale.

La "latitanza" del legislatore, nei fatti, fa sì che il giudice non resti inerte di fronte alle richieste dei giudici *a quibus* e di chi ricorre al fine di ottenere almeno una giustizia nel caso concreto. La linea di confine tra le risposte al caso concreto rintracciabili nell'ordinamento e quelle che lo innovano è sottile. La sent. n. 242 del 2019 costituisce un esempio di quanto sia difficile raggiungere un equilibrio, seppure dinamico. L'ord. n. 207 del 2018 aveva tentato di convincere il legislatore a intervenire sui temi del suicidio assistito, attraverso un monito "a tempo". Nemmeno questa nuova soluzione è riuscita a pungolare il Parlamento e la Corte ha allora provveduto con sent. n. 242 del 2019 a dichiarare di illegittimità costituzionale dell'art. 580 del cod. pen. alle condizioni che la Corte ricostruisce discrezionalmente¹⁶. Il giudice costituzionale giustifica il suo operato

giurisdizionale, in *Diritto e società*, 2014, 433 ss.; sul tema della *juristocracy*, R. HIRSCHL, *Toward Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge & London, 2004.

¹⁶ Come aveva già accennato nell'ord. n. 207 del 2018, la condotta di aiuto al suicidio del malato è ritenuta non punibile -com'è noto- nel caso in cui si tratti di «una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale

“creativo” tutte le volte che ritiene siano in gioco i diritti fondamentali, ricordando che «(la Corte) può e deve farsi carico dell’esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento “secco” della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento». Una vera e propria sostituzione di quest’ultimo con una qualche perplessità in tema di separazione dei poteri¹⁷. L’utilizzo della tecnica del monito come successiva legittimazione a intervenire oltre le rime obbligate sembra la costante di queste decisioni. Allo stesso modo si è deciso sulla legge elettorale ritenendo che si potesse persino superare la barriera del difetto di rilevanza e di rischiarare le zone d’ombra della giustizia costituzionale pur di garantire la giustizia in senso concreto.

Sulla stessa linea si pone anche la questione del diritto al cognome propone ancora una volta le questioni problematiche tra Corte e legislatore in tema di nuovi di diritti o almeno di trasformazione del diritto di famiglia. Dopo che la corte con ord. n. 176 del 1988, trascorsi diciotto anni, questa Corte ha ribadito che «l’attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell’ordinamento e con il valore costituzionale dell’uguaglianza tra uomo e donna»¹⁸. La corte ricorda nel 2006 e nel 2007 che il contrasto con l’uguaglianza morale e giuridica dei genitori richiedeva un intervento del legislatore e che per effetto delle pronunce era già sancito il loro diritto di scegliere di comune accordo l’attribuzione del nome materno in aggiunta di quello paterno. Dopo un tempo ragionevole, però, la Corte decide di trovare una soluzione poiché un “criterio diverso, più rispettoso dell’autonomia dei coniugi”, non [era] ancora stato introdotto» (sentenza n. 286 del 2016). Sicché con sent. n. 131 del 2022 il giudice costituzionale, «in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità», ha accolto le questioni di legittimità costituzionale, che le erano state sottoposte, “*negli stretti limiti tracciati dal petitum*”. Per quanto si dica rispettosa del legislatore e per quanto intervenga solo limitatamente a ciò che il caso concreto richiedeva, la soluzione trovata dalla Corte modifica l’ordinamento in modo netto, perché dal solo cognome paterno ora automaticamente si assicura ai figli il doppio cognome. In realtà, per ottenere una enucleazione o una creazione di nuovi diritti, il giudice costituzionale segue una via ormai nota, ovvero trova la sua legittimazione nel “dialogo” con le due Corti europee. Il fatto è

sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

¹⁷ N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 86 ss.; A. RUGGERI, *La Costituzione sotto stress. La piramide rovesciata: ovvero le più vistose torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni (note minime su una spinosa questione)*, in *Consulta online*, 3/2023.

¹⁸ Sent. n. 61 del 2006 ripresa dalla successiva ordinanza n. 145 del 2007. aveva segnalato il contrasto tra il sistema delle norme che regolano l’attribuzione del cognome ai figli e i principi costituzionali dell’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, e aveva sollecitato il legislatore a intervenire con una regolamentazione organica della materia. Per effetto di tali pronunce, era già stato sancito il diritto dei genitori, di comune accordo, di attribuire ai figli il cognome materno in aggiunta a quello paterno.

che l’enucleazione tramite l’ausilio o il rinvio alle corti sovranazionali è comunque discrezionale. Per quanto si possa dire che si tratta di un adeguamento, soprattutto alla Corte EDU, spontaneo o anche a seguito di condanna da parte della Corte di Strasburgo, il modo e i contenuti dell’adeguamento fanno sì che si possa intervenire discrezionalmente sul diritto spesso in forme così incisive da concorrere con il legislatore. Inoltre, l’adeguamento sarebbe più opportuno fosse operato dal legislatore, così come è avvenuto mediante la legge Pinto e la questione della durata ragionevole del processo.

Come ha sostenuto Chiara Tripolina questo *modus operandi* mette a rischio la forma di stato e di governo e l’equilibrio tra i poteri. Anche se altri studiosi affermano che la Corte arriva a rime meno obbligate solo quando il Parlamento non fornisce alcuna forma di tutela e che la Corte procede alla “integrazione” o “sostituzione” della previsione dichiarata illegittima rinvenendo nel sistema «precisi punti di riferimento», che permettono di considerare le soluzioni «già esistenti», ancorché non costituzionalmente obbligate¹⁹.

L’altra conseguenza è che si trasforma il giudizio di legittimità costituzionale in un giudizio di equità²⁰. Si tratta di una tendenza che pervade i sistemi di giustizia costituzionale e che si identifica con forme più o meno intense di neo-costituzionalismo, che -come ha sostenuto Susanna Pozzolo, trova fondamento nella cultura dei diritti, lasciando sullo sfondo la limitazione giuridica del potere²¹. La polemica sul suprematismo giudiziario che è in relazione strettissima con il neo-costituzionalismo è ormai nota e ha sollevato un vivace dibattito in dottrina²².

Non mancano, invero, decisioni nelle quali si richiama la leale collaborazione e la rinuncia da parte della Corte costituzionale a decidere in modo discrezionale, laddove è dimostrata l’intenzione del legislatore a provvedere in tempi sufficientemente ragionevoli. È il caso del reato di diffamazione a mezzo stampa ove la Corte con ord. n. 132 del 2020, consapevole che numerosi progetti di legge erano già all’esame del Parlamento, ha ritenuto nello “spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni”, rinviare la decisione le questioni oggetto della decisione per consentire al legislatore di disciplinare la materia. Allo stesso modo, nella sent. n. 84 del 2006 dichiara l’inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze relativa al divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari per finalità di ricerca perché ritiene che non ci sia spazio per un suo intervento a rime obbligate e perché si tratta di un tema sul quale i conflitti sono molto accesi tra scienziati, giuristi e la stessa società civile e che spetti dunque all’organo rappresentativo una mediazione politica. Ed è ciò che ha auspicato anche il tribunale costituzionale tedesco nella sentenza sul clima che ha sì dichiarato insufficiente e incostituzionale la legge sul

¹⁹ M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in *Federalismi.it*, 3/2021; M. RUOTOLO, *Corte e legislatore*, in *Diritto e Società*, 2020, 53 ss.

²⁰ C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019.

²¹ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001.

²² A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2029, 251 ss.; E. CHELI, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 777 ss. Che ricorda come il suprematismo sia più che volontario dovuto alla inerzia del legislatore.

clima, ma ha offerto al parlamento un ragionevole lasso di tempo per intervenire. Si auspica che il parlamento tedesco sappia farne tesoro in modo più ragionevole di quanto non sia accaduto per il nostro. E sul diritto al clima come nuovo diritto tornerò perché si sono soffermati i relatori Dorinda Caccioppo, Mathieu Carniama e Chiara Padrin con profili diversi.

Non è agevole, dunque, prevedere quale scelta di metodo assumerà il giudice costituzionale sulle differenti questioni sottoposte al suo giudizio e ciò comporta una difficoltà anche in termini di certezza del diritto.

3. L'enucleazione dei diritti e la Corte costituzionale nelle esperienze italiana e comparata

L'elemento nuovo che emerge nelle relazioni dell'atelier è il contributo delle corti sovranazionali alla creazione dei diritti di natura giurisprudenziale. Sulle modalità con le quali questo diritto si forma e sui cambiamenti avvenuti a partire dalla sent. n. 269 del 2017 si sofferma Paolo Gambatesa, il quale evidenzia un recupero di spazi da parte della Corte costituzionale mediante la tutela integrata fornita dalle due corti, quella di Lussemburgo e quella italiana e il superamento del dualismo.

Come ricorda Gambatesa, si tratta di una rilettura dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione europea. La sent. n. 269/2017 inaugura un nuovo corso, a partire dal valore costituzionale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La sentenza della Corte cost. n. 269/17, com'è ampiamente noto, introduce un'eccezione alla cosiddetta regola Granital quando in una controversia rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea – «il contrasto della norma nazionale con il diritto dell'Unione si sostanzia nella lesione di un diritto garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e vi siano dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale»²³.

Nelle successive sentt. nn. 20, 63 e 117 del 2019 si perfeziona la finalità di accentramento nella Corte costituzionale della tutela dei diritti sia nei confronti dei giudici comuni, sia della stessa Corte di giustizia²⁴. È però comprensibile che i più giovani costituzionalisti vedano tra le maglie di questa evoluzione uno spiraglio evolutivo in tema

²³ § 5.2. del *Considerato in diritto*. Si vedano G. SCACCIA, *L'inversione della doppia pregiudiziale nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017 presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2018; L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana- obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2018.

²⁴ G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 316, che ricostruisce la questione e l'evoluzione del tema, considerando le successive sentenze nn. 20 e 63 non tanto e non solo una espansione della precedente del 1017 quanto una precisazione della Corte.

di integrazione. Tuttavia, anche l'integrazione dovrebbe essere guidata dalle forze politiche e non essere delegata per intero alla Corte costituzionale.

I costituzionalisti italiani si muovono con circospezione e senza un entusiasmo cieco nei confronti della centralità della Corte rispetto al Parlamento. La posizione di Davide Zecca è assai prudente in tema di profilassi costituzionale; mi pare che conferendo alla Corte un ruolo di garante dell'interpretazione della Costituzione "al fine di preservarne il più fondamentale nucleo di tutela" premetta implicitamente che il ruolo interpretativo non debba sconfinare nella co-legislazione ma che possa estendersi fino a un intervento "correttivo" e "integrativo" nel quale la legge prende spunto dalla giurisprudenza costituzionale capace di conferire alla legge una maggiore incisività ed effettività, senza snaturarla.

La più giovane generazione di costituzionalisti presente in questo atelier del Gruppo di Pisa ha ben compreso l'intervento attivo della Corte, anche se si oscilla però tra l'attivismo che qualcuno vorrebbe più intenso, come mi pare di aver interpretato la tesi di Valentina Cavani, che però è giustificata dal fatto che i temi che tratta quali le nuove tecnologie, il diritto a internet e il diritto all'oblio hanno faticato a trovare una disciplina legislativa nazionale o anche una regolamentazione sovranazionale. Il vero problema che sottende ai rapporti tra Corte e legislatore in tema di nuovi diritti è proprio il fatto tempo: i continui cambiamenti che la tecnologia porta con sé difficilmente si riescono a contenere in una disciplina soprattutto se le leggi non sono redatte in modo chiaro e generale e sono frutto di interessi lobbisti e di accordi non riusciti. È più frequente che intervenga il giudice, anche quello comune, su casi concreti e questo fa sì che persino gli studiosi possano pensare che il Parlamento si dilunghi e lasci alcuni fenomeni di particolare rilevanza senza alcuna disciplina. In realtà Cavani esprime il suo rammarico anche per l'assenza di pronunce della Corte costituzionale, sottolineando così non un contrasto tra Corte e legislatore, ma una reciproca e condivisa assenza in tema di diritti di tale rilevanza, segno di un problema culturale oltre che giuridico non avendo chiaro né le istituzioni, né gli operatori del diritto quanto sia fondamentale risolvere controversie. Fornire una disciplina adeguata a nuovi fenomeni anche per una crescita economica.

Ha espresso una posizione più prudente e garantista nei confronti del parlamento Ilaria Giugni, che ha ricordato come la Corte si muova non solo nei confronti del legislatore, ma anche delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo tentando di limitare i tentativi di "creazione" giurisprudenziale a partire dal caso Taricco ma anche dal caso De Tommaso c. Italia della Corte EDU al fine di tutelare la legalità penale costituzionale e il principio della riserva di legge e della determinatezza delle pene.

È anche opportuno ricordare che sebbene il fenomeno sia globale, ogni Paese deve tenere conto della sua storia e dei rapporti che intercorrono tra giudice e legislatore. Il fenomeno è più contenuto in Francia poiché a lungo la dottrina ha evidenziato non solo la centralità del legislatore e un ruolo di mera applicazione del giudice quale "bouche de la loi", ma anche di un legislatore che ha mantenuto storicamente il ruolo di detentore del *pouvoir constituant*; qualche eco arriva ancora e consentire che un Tribunale costituzionale possa dichiarare non conforme a Costituzione una norma di legge e persino una sua interpretazione, ha significato accettare il superamento di una rigida separazione

dei poteri. Tale coabitazione tra parlamento e Conseil constitutionnel è stata a lungo problematica e i rapporti tra i due organi sono stati paragonati a quelli di una “*Coupe improbable*” nella quale l’Assemblea parlamentare ha considerato il tribunale costituzionale “*un intrus*”²⁵. Questa condizione raggiunge il culmine nella decisione n° 93-325 DC du 13 agosto del 1993 del *Conseil constitutionnel* sulla Loi relative à la maîtrise de l’immigration. Il diritto di asilo in Francia aveva solo un valore declaratorio fino alla decisione del 1980 del Conseil constitutionnel che lo ha riconosciuto come diritto costituzionalmente protetto, contenuto nel Preambolo della Costituzione del 1946²⁶. Il Parlamento recupera in pochi mesi lo scettro della creazione e della disciplina del diritto all’immigrazione e la decisione del Conseil constitutionnel resta tra le più criticate della storia della Corte perché ha provato a conferire al tribunale costituzionale francese “*une normativité e une force juridique obligatoire*” che storicamente non le apparteneva²⁷. Anche se la QPC ha di gran lunga equiparato il Conseil constitutionnel alle Corti europee e la sua forza normativa è ormai simile a quella che incontriamo altrove sicché oggi la creazione giurisprudenziale, lentamente si sta affermando anche oltralpe.

Sulla creazione giurisprudenziale e sulla successiva accoglienza nel testo della Costituzione il caso del diritto all’ambiente è indicativo. Cenni di tutela erano presenti anche nella Costituzione del 1948, tuttavia la costruzione organica di una tutela dell’ambiente avviene per via giurisprudenziale e solo successivamente si assiste all’introduzione in Costituzione proprio di quel corpus creato dal dialogo tra giudici comuni, Corte di Cassazione e Corte costituzionale.

Negli ultimi anni si è assistito a una trasformazione di tale diritto che dal 2022 conta anche di un inserimento ben più corposo di quello del 2001 in Costituzione grazie alla revisione.

Ancora una volta però su questi diritti di nuova generazione si assiste a una tutela integrata che vede coinvolti il legislatore, anche costituzionale, i giudici e le Corti nazionali e sovranazionali. Questo perché anche il dettato costituzionale necessita di una interpretazione sempre in linea con il contesto sociale e culturale. Ha illustrato questo quadro Chiara Padrin, la quale ha evidenziato come pure dopo la recente riforma costituzionale n. 1 del 2022 l’intervento della Corte resti necessario per dedurre dalla riforma in via interpretativa un diritto al clima al momento assente e non sovrapponibile al diritto all’ambiente e un diritto alle generazioni future che deve essere adeguatamente esplicitato rispetto al testo e che a suo avviso deve vedersi riconosciuta una soggettività giuridica. Il diritto al clima, ora codificato dal Tribunale costituzionale tedesco è il tipico esempio di diritto per creazione giurisprudenziale, costruito sul c.d. *Climate change litigation* che l’A. considera “*un laboratorio sperimentale*”. Proprio l’esperienza tedesca dimostra come un dialogo fitto tra legislatore e Corte costituzionale possa arricchire la tavola dei diritti e i loro contenuti e rispetto al clima potrebbe aprire il dialogo alla Corte

²⁵ A. DELCAMP, *Le Conseil constitutionnel et le Parlement*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, 37 ss.

²⁶ Al Punto 4 della Dichiarazione dei diritti del 1946.

²⁷ T. DI MANNO, *Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, in *Cahiers du conseil constitutionnel*, 20/2006.

EDU soprattutto al fine di elaborare un vincolo e un limite in positivo per le politiche pubbliche in tema di ambiente e di clima .

Anche Dorinda Cacioppo evidenzia la costruzione giurisprudenziale del diritto all’ambiente e l’intervento delle corti sovranazionali nella definizione della concezione di ambiente ma mette anche in evidenza un fenomeno del quale si è parlato poco in tema di creazione di nuovi diritti ovvero delle relazioni che si instaurano tra le corti nazionali e che attraverso la comparazione creano un sistema di influenza circolare tra le diverse decisioni, quella che Fanny Jaquelot chiama la “*dynamique universalisante de protection des droits environnementaux*”²⁸.

Quasi in controtendenza, Mathieu Carniama rileva le lacune della *justice constitutionnelle* e qualche volta anche del *législateur* in tema di *constitutionnalisme vert*. In altre parole, al di là del dialogo tra giudice e legislatore e delle critiche al suprematismo giudiziario, si deve tenere conto dell’inerzia di entrambi questi organi costituzionali quando si tratta di spinte così innovative che le istituzioni non riescono a fare proprie, soprattutto se collocate in paesi poco dinamici. Né la Francia, né l’Italia constano di discipline e di decisioni della giurisprudenza costituzionale che al momento abbiano affrontato il tema del costituzionalismo ambientale e della protezione della Pachamama, che è mutuato da una tradizione nata in America Latina ove la tutela della madre terra è in Costituzione.. Quel che emerge dalla sua riflessione è che si tratta di un diritto all’ambiente a tutele variabili, di cui godono massimamente i Paesi più ricchi e le generazioni attuali. Penso ai fenomeni del *land grabbing* e di deforestazione che oggettivamente rendono meno stringenti le tutele nei Paesi colonizzati anche economicamente. Introduce nella riflessione giuridica sui nuovi diritti altri elementi, il fatto che essi siano universali sono per alcuni dei cittadini del mondo. A mio avviso ciò crea l’urgenza di una estensione spaziale del diritto più che temporale: una tutela orizzontale che protegga il clima e l’ambiente in ogni parte del mondo come diritto della persona riferito a tutti i cittadini più che procrastinare e la tutela nei confronti delle generazioni future. Piuttosto la protezione dell’ambiente come riferivano anche Dorinda Cacioppo e Chiara Padrin potrebbe estrinsecarsi anche in un vincolo ambientale riferito alle politiche pubbliche che il nuovo testo della Costituzione italiana sembra legittimare.

L’attivismo giurisprudenziale comporta anche una creazione di nuovi diritti a partire dal diritto internazionale, temi sui quali sono soffermati con diversa prospettiva Edin Skrebo e Giulia Formici, ma che è un fenomeno di particolare rilevanza soprattutto per i cambiamenti che può apportare al diritto costituzionale²⁹. Nell’ambito dell’Intelligenza artificiale il problema si pone in tutta la sua importanza perché, come ha ricordato Giulia Formici, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha elaborato un vero e proprio diritto giurisprudenziale costruito interpretando i Trattati e i testi fondamentali

²⁸ F. JACQUELOT, *Lecture française de la revision constitutionnelle italienne en matière environnementale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2022, 165.

²⁹ S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law. A view of the Venice Commission*, Oxford, 2020; R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, 4/2004; R. SPANO, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *Eur. Law Journal*, vol 27 1-3, 211 ss.

dell’Unione sino a costruire una tutela che né il legislatore eurounitario, né quello nazionale avevano approntato per via normativa. L’A. riconosce però i rischi dell’inerzia del legislatore nei confronti di una tecnologia pervasiva che modifica le regole della rule of law.

Inoltre, nell’utilizzo di strumenti tecnologici che incidono sulla vita privata dei cittadini e attivano politiche di controllo (l’esempio dei mezzi di *predictive policing* per finalità securitarie) richiedono una disciplina che tenga conto degli interessi in campo e approntino garanzie che mettano al riparo da abusi che ogni nuovo strumento porta con sé. Si pensi alla elaborazione di algoritmi che si basano su modelli maschili, ad esempio e che rischiano così di incrementare le disuguaglianze di genere.

Si tratta di ambiti nei quali la velocità della tecnologia diventa una sfida per i parlamenti, i quali però non possono esimersi dal ripensare le garanzie ad es. per le libertà digitali. Così come i relatori sul tema dell’ambiente hanno lamentato una lacuna in tema di costituzionalismo verde, allo stesso modo Giulia Formici rileva non solo l’assenza, ma la preoccupazione per quel che si può definire il *digital constitutionalism*. I diritti all’oblio e all’accesso a internet sembrerebbero ormai ambiti nei quali la decisione politica ha lasciato il campo alla Corte di Giustizia ritenendo erroneamente che si tratti di decisioni tecniche, quando più che mai sui nuovi diritti è necessario stabilire un punto di equilibrio tra diritti e doveri, il rapporto tra pubblico e privato e i limiti del potere pubblico, insomma un ripensamento dello Stato di diritto e delle sue garanzie³⁰. Insomma, si tratta di ripensare il costituzionalismo e introdurlo nel nuovo secolo, senza dimenticare però la capacità di trasformazione delle garanzie dello stato di diritto che possono ancora essere utilizzate in chiave post-moderna.

La riflessione di Edin Skrebo dà conto delle più recenti trasformazioni del costituzionalismo e della sua internazionalizzazione mediante l’attivismo giudiziario. Cosa resta del costituzionalismo quando le Costituzioni sono etero-imposte, quando non la storia e la cultura di un Paese costruiscono un sistema di valori, ma i processi costituzionali sono assistiti e quasi imposti dal diritto internazionale. Una Costituzione costruita sulla base di accordi internazionali e diritti mutuati dalle Corti internazionali è la negazione del costituzionalismo che trova una sua legittimazione nella storia e nella cultura di un popolo pone il problema non solo della centralità della giurisdizione costituzionale, ma dal progressivo allontanamento del costituzionalismo dei diritti e dei poteri nati dall’art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino.

Chissà che la fine della storia non sia dietro l’angolo o che ci aspetti una nuova grande trasformazione. Di certo, la generazione dei giovani costituzionalisti presenti nell’atelier è attrezzata a seguirne le sorti e a correggere il tiro se lo riterrà opportuno.

³⁰ A. PIN, *Il rule of law come problema*, Napoli, 202; G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe*, Cambridge, 2022; O. Pollicino, *Constitutional Democracy in the Age of Algorithms: The Implications of Digital Private Powers on the Rule of Law in Times of Pandemics*, in *MediaLaws*, 2020.

SECONDA SESSIONE

Parte IV

IL RUOLO DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL SISTEMA ISTITUZIONALE



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

IL RUOLO DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI
NEL SISTEMA ISTITUZIONALE.
INTRODUZIONE AI LAVORI DEL IV ATELIER

ANTONELLO LO CALZO

SOMMARIO: 1. La scelta del tema. – 2. Il contesto di riferimento e le oscillazioni “politiche” delle Corti costituzionali. – 3. La giurisdizione costituzionale e il rapporto con gli altri poteri dello Stato. – 4. Corte costituzionale e legittimazione nel dibattito pubblico. – 5. Una sintesi “preliminare”.

1. La scelta del tema

Volendo presentare, in maniera sintetica, i lavori del quarto Atelier del Seminario annuale di diritto comparato dell’Associazione Gruppo di Pisa, che ho avuto il piacere di coordinare, si impongono due premesse: una di ordine generale sui temi dell’incontro e una relativa allo specifico contesto della sessione di lavoro che viene qui illustrata.

In primo luogo, è necessario dedicare un cenno ai criteri che hanno orientato la scelta del tema del Seminario, per l’anno 2023 dedicato a “*Le giurisdizioni costituzionali nel XXI secolo: questioni attuali e prospettive future*”.

Da prassi ormai radicata si tende, seppur con alcune sfumature, ad “anticipare” il tema che sarà oggetto di trattazione nel successivo Convegno annuale dell’Associazione – che si tiene normalmente nei mesi di maggio o giugno di ogni anno – è che, per

l’edizione 2023, è incentrato sui “70 anni della Legge n. 87 del 1953: l’occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale”.

L’anticipazione si propone di arricchire il dibattito attraverso il contributo offerto da numerosi giovani studiosi, chiamati a confrontarsi con il tema “principale”, seguendo nei loro interventi un approccio di tipo prevalentemente (anche se non esclusivamente) comparatistico (da ciò la consueta apertura alla partecipazione di studiosi provenienti da altri Paesi europei).

Nel caso specifico, però, la scelta tematica del Convegno annuale aveva una sua chiara specificità nazionale, in quanto proponeva una rilettura del processo costituzionale a partire da una ben identificata fonte, la legge n. 87 del 1953, caposaldo della giustizia costituzionale italiana, ma difficilmente “replicabile” in chiave comparatistica.

Per tale ragione, la scelta è stata quella di “ampliare” l’oggetto del Seminario di diritto comparato, investendo il maggior numero di profili connessi alle giurisdizioni costituzionali nell’attualità, di modo che le singole specificità degli ordinamenti nazionali di riferimento potessero emergere con maggiore libertà, senza essere racchiuse in schemi troppo rigidi o, sarebbe più corretto dire, non riproducibili alla luce dell’esperienza di un singolo specifico modello di giustizia costituzionale.

2. Il contesto di riferimento e le oscillazioni “politiche” delle Corti costituzionali

Il tema oggetto della sessione di lavoro di cui ci si occupa, ossia “*Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali nel sistema istituzionale*”, consente di svolgere qualche riflessione di “merito” sul “contesto” all’interno del quale gli interventi dei giovani studiosi si sono mossi, senza poter dar conto in modo puntuale di una materia tanto vasta e problematica e, soprattutto, senza voler sovrapporre queste stringate osservazioni a quelle ben più approfondite che svilupperà Benedetta Liberali nella sua relazione di sintesi.

Come è stato emblematicamente osservato in un noto lavoro di Roberto Romboli di qualche anno fa¹, diversi fattori occorsi negli ultimi anni inducono a constatare un certo spostamento delle oscillazioni del “pendolo” della Corte costituzionale dal versante giurisdizionale a quello politico, tra questi: una certa elasticità nell’interpretazione delle regole di ammissibilità delle questioni incidentali, in particolar modo per sottoporre a scrutinio la legislazione elettorale; una maggiore libertà nella gestione degli effetti nel tempo delle decisioni di incostituzionalità, con possibile differimento degli stessi; l’intervento in ambiti tradizionalmente riservati alla discrezionalità del legislatore, anche nel caso di decisioni non imposte dalle c.d. “rime obbligate”.

¹ Mi riferisco a R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso a un anno dalla sua scomparsa*, in ID. (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017, part. 4, che tornerà più volte nei vari passaggi di questa breve presentazione.

La collocazione e la funzione di un Giudice costituzionale nel sistema istituzionale hanno, da sempre, sollevato interrogativi sulla sua esatta dimensione e ciò essenzialmente per due ragioni distinte. Da un punto di vista storico-teorico il dibattito sulla “politicità” delle Corti costituzionali discende dalla natura dell’oggetto del loro sindacato; le Corti sono chiamate, infatti, a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge, tradizionalmente intesa come prodotto della sovranità popolare, mediata dagli organi rappresentativi². In tempi più recenti, invece, è andata sempre più affermandosi l’idea di un insopprimibile ruolo di garanzia dei diritti affidato alle Corti costituzionali, da far valere, talvolta, anche di fronte alle inerzie e alle omissioni del legislatore.

Il progressivo rafforzamento del ruolo delle Corti costituzionali nel sistema, sul piano dell’efficienza, non potrebbe condurre ad una sovrapposizione delle proprie funzioni con quelle degli altri organi costituzionali e, soprattutto, non potrebbe prescindere dal rispetto delle regole processuali³. Come ha significativamente evidenziato Alessandro Pizzorusso, ormai diversi anni fa, «una disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituzionale costituisce il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni, nel quale risiede il miglior presidio possibile della sua indipendenza e della sua funzionalità»⁴. Il rispetto delle regole processuali rappresenta, quindi, il criterio più chiaro nel distinguere la funzione degli organi giurisdizionali da quella degli organi politici.

Ciononostante, la Corte costituzionale conserva una natura intimamente ibrida⁵, in quanto organo a carattere giurisdizionale che giudica atti espressione di scelte politiche⁶. E per tale ragione si è trovata esposta a considerazioni di natura politica quando, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di leggi dall’alto tasso di “politicità” – come possono essere le leggi elettorali – difficili per giunta da sottoporre a sindacato incidentale, ha dovuto “forzare” alcuni presupposti processuali per evitare che le suddette leggi potessero restare immuni dal sindacato, costituendo di fatto una “zona franca” rispetto all’osservanza dei principi costituzionali. È quasi superfluo richiamare, quali decisioni emblematiche, le due note sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017.

² Non è un caso, infatti, che argomentazioni critiche rispetto all’elaborazione di un sistema di giustizia costituzionale in Italia furono portate, durante i lavori dell’Assemblea costituente, sia dalla componente liberale – che ravvisava nel controllo di costituzionalità delle leggi una “deroga” ai principi dello stato di diritto e favoriva l’introduzione di una nuova causa di disobbedienza alla legge, sia dalla componente marxista – che imputava al controllo di costituzionalità una possibile degradazione della supremazia parlamentare e della legittimazione popolare del potere (legislativo). Cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, 29.

³ R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 3.

⁴ A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133.

⁵ R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 7, la definisce “Giano bifronte”, con un volto che guarda al legislatore e l’altro al giudice

⁶ Il dibattito teorico sul punto è stato intenso, ad esempio E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 15, ha sottolineato la natura “atipica” delle funzioni della Corte costituzionale, la quale avrebbe la forma di un organo giurisdizionale, ma non la sostanza, così come le sue sentenze non potrebbero in nessun caso essere assimilate alla legge; allo stesso modo G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005, 35 ss., ha posto in evidenza la specificità del rilievo politico della funzione della Corte, la quale sarebbe così organo con funzione politica, ma che non appartiene alla politica.

Quando si discorre di "politicalità" delle decisioni della Corte costituzionale può essere utile una ulteriore distinzione concettuale: quella tra politicalità dell'oggetto e politicalità dei contenuti (o dei risultati)⁷.

Con la prima si intende classificare quelle decisioni che incidono su oggetti intrinsecamente politici, come appunto avviene nel caso in cui vengano sollevate questioni attinenti alla legittimità delle leggi elettorali o nel caso in cui la Corte sia chiamata a risolvere determinati conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato o, ancora, con una peculiarità che riguarda ordinamenti diversi da quello italiano, quando il giudice costituzionale è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dei partiti politici. Per tale ragione il tema su cui si sofferma Alicia González Moro nel suo intervento, relativo alla garanzia della democrazia interna ai partiti politici da parte dei giudici costituzionali, è in qualche modo correlato al ruolo delle Corti nel sistema istituzionale e, più in generale, alla supposta natura "politica" di alcuni provvedimenti che esse sono chiamate ad adottare⁸.

Con la seconda, invece, si identificano quelle decisioni che si connotano per una particolare incisività dell'uso dei poteri della Corte, tale da riflettersi in senso restrittivo sulla discrezionalità del legislatore oppure, al contrario, per una accentuata deferenza rispetto al potere politico, dettata da considerazioni che trascendono il merito della specifica censura di costituzionalità (come avvenuto, ad esempio, nel caso del differimento degli effetti di una decisione di incostituzionalità con la sentenza n. 10/2015).

3. La giurisdizione costituzionale e il rapporto con gli altri poteri dello Stato

Guardando più da vicino al modo in cui le giurisdizioni costituzionali interagiscono con gli altri poteri nel sistema istituzionale, viene subito in evidenza la circostanza per cui la "fisiologica esposizione" della Corte, rispetto agli altri organi, deriva dal suo ruolo di giudice dei conflitti, così come espressamente sancito dall'art. 134 Cost.

In un modo o nell'altro, la Corte finisce per essere coinvolta nelle dinamiche tra i poteri, non soltanto nell'eventuale qualità di parte – quando ad essere lese fossero le sue prerogative costituzionali – ma anche di giudice, chiamato a dirimere un conflitto sorto tra distinti organi e, quindi, a porsi come "arbitro" dell'equilibrio tra poteri nel sistema.

Si tratta di un ambito che, in un certo senso, procede di pari passo con quello che, al paragrafo precedente, è stato definito della "politicalità per oggetto". Sono numerosi i conflitti politicamente delicati che la Corte ha dovuto risolvere negli anni, tra i tanti, gli

⁷ Anche su tale distinzione è possibile rimandare a R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 6.

⁸ Si pensi al caso noto dell'ordinamento tedesco, ove l'art. 21, comma 2, GG, rimette al Tribunale costituzionale il giudizio sulla costituzionalità dei partiti politici, ma analoga considerazione potrebbe essere fatta per quei modelli di giustizia costituzionale che, prevedendo la possibilità di un accesso diretto del singolo per far valere eventuali violazioni dei propri diritti, operano una forma di sindacato indiretto sulla democraticità interna del partito. È il caso della sentenza STC 226/2016, del 22 dicembre cui accenna l'autrice nel suo intervento.

intervenienti al seminario odierno (in particolare Alessia Riccioli e Daniele Camoni) ne hanno segnalato uno piuttosto recente, risolto dalla Corte costituzionale in sede di ammissibilità con l’ordinanza n. 17/2019. In questa circostanza la Corte ha aperto alla ammissibilità in via liminare del conflitto promosso dal singolo parlamentare sul piano puramente “soggettivo”, ma ne ha dichiarato l’inammissibilità sul versante “oggettivo” in quanto «non emerge un abuso del procedimento legislativo tale da determinare quelle violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei singoli parlamentari che assurgono a requisiti di ammissibilità nella situazione attuale».

Alessia Riccioli ha posto in relazione il provvedimento citato con l’ordinanza n. 207/2018 adottata nella vicenda Cappato (nonché con il profilo dell’attivismo giudiziario riscontrato nell’esperienza della Corte costituzionale colombiana), in quanto entrambe sarebbero sintomatiche della volontà di non adottare soluzioni radicali e potenzialmente conflittuali rispetto agli altri poteri, quanto piuttosto della ricerca di soluzioni collaborative e, per quanto possibile, rispettose del detentore del potere politico.

Daniele Camoni, invece, sofferma maggiormente l’attenzione sul profilo del merito del conflitto, vertente sulla regolarità procedimentale dell’iter legislativo e sui diritti dei singoli parlamentari (o delle minoranze), ponendolo in connessione con una vicenda distinta – ma altrettanto problematica – accaduta nell’esperienza ordinamentale spagnola, rimandando alla recente ATC 177/2022 con la quale il Tribunal constitucional ha disposto la concessione di un provvedimento di sospensiva cautelare del procedimento legislativo in corso. Il conflitto italiano ha rappresentato anche l’occasione per riflettere sulle potenziali sovrapposizioni di funzioni⁹, tra giudizio incidentale e conflitto tra poteri (non nuovo nel dibattito sulla giurisprudenza costituzionale)¹⁰, in quanto quella del conflitto costituisce l’unica via perseguibile a fronte della sostanziale insindacabilità della legge per vizi procedurali attraverso il giudizio incidentale. Quale possibile soluzione, in prospettiva *de iure condendo*, l’autore propone l’introduzione di una nuova via di giudizio, vertente preventivamente sulle deliberazioni legislative e affidata all’iniziativa delle minoranze parlamentari.

L’esposizione “politica” della Corte nel complessivo sistema istituzionale non dipende, però, soltanto dalla sua veste di giudice dei conflitti, ma anche dalla specifica funzione di giudice accentrato della costituzionalità delle leggi e, quindi, della garanzia dei diritti per mezzo del processo costituzionale.

Questa posizione si riflette in primo luogo nel rapporto con i giudici ordinari. Proprio su tale versante si colloca l’intervento di Lucas Tregou-Delvescovo, il quale richiama una vicenda “antica”, quella della “dottrina del diritto vivente”¹¹, interrogandosi

⁹ Significativa al riguardo la citazione di A. RUGGERI, *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 600, da parte dell’autore.

¹⁰ Mi riferisco, in particolare, alle vicende che hanno riguardato il sindacato di legittimità costituzionale dei regolamenti parlamentari, precluso attraverso la via incidentale e possibile esclusivamente attraverso il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, come sancito dalle sentenze n. 120/2014 e n. 262/2017.

¹¹ Si intende far riferimento a quella tecnica, elaborata dalla Corte costituzionale, che tende a valorizzare il significato attribuito alla legge dalla prevalente interpretazione giurisprudenziale, ai fini della sua sottoposizione allo scrutinio di legittimità. Ove il giudice, trovandosi di fronte ad una interpretazione

sulla possibilità che da quella esperienza, propria del sistema italiano, possano ricavarci utili spunti anche per l’esperienza francese. La conclusione a cui perviene lascia poco spazio ad un recepimento della citata dottrina, vista la peculiare posizione di filtro che, nel modello francese di giustizia costituzionale, la Corte di cassazione mantiene circa la possibilità di sottoporre a sindacato il “diritto vivente” che essa stessa ha contribuito a creare, dietro il timore di veder posto in dubbio il proprio ruolo di interprete esclusivo della legge.

La collocazione della Corte costituzionale nella posizione del giudice accentrato della costituzionalità delle leggi si riflette, poi, anche sui rapporti che essa intrattiene con il giudice ordinario nella garanzia dei diritti in ipotesi di interazione del diritto interno con quello eurounitario o convenzionale¹². Sono due aspetti che nella discussione odierna forse mancano, ma che mi sembrano significativi per tracciare una “linea di demarcazione” nei rispettivi ruoli del giudice costituzionale e del giudice comune, con il carattere accentrato (e prioritario) del primo ribadito con particolare fermezza in diversi passaggi giurisprudenziali.

Mi riferisco, in primo luogo, alla sentenza n. 115/2018, con cui la Corte costituzionale ha chiuso la lunga vicenda *Taricco*, che l’aveva vista – con l’ord. n. 24/2017 – minacciare l’attivazione dei controlimiti rispetto al diritto dell’Unione contrastante con i principi supremi dell’ordinamento. Di fronte alla necessità di operare una verifica sul rispetto dei principi supremi da parte del diritto eurounitario, il Giudice delle leggi afferma che a esso «spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto».

In secondo luogo, va preso in considerazione quell’orientamento avanzato dalla Corte nella sentenza n. 269/2017 (anche se successivamente temperato, in particolare, con le sentenze n. 20/2019, n. 54/2022 e n. 67/2022) circa l’ordine di risoluzione delle questioni doppiamente pregiudiziali, quando venga invocata una violazione che assume rilievo, allo stesso tempo, sotto il profilo costituzionale e del contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Dopo aver ribadito la consueta posizione secondo cui, in ipotesi di un diritto dell’Unione direttamente applicabile, il contrasto del diritto interno con quest’ultimo, investendo direttamente la rilevanza della questione, andrebbe risolto prioritariamente rispetto ad un contestuale vizio di costituzionalità della legge, la Corte evidenzia le peculiarità della CDFUE, fonte “sostanzialmente”

consolidata della legge, avesse il dubbio di un suo contrasto con i principi costituzionali, avrebbe la possibilità di sollevare la questione sulla norma come inverata nell’interpretazione consolidata dei giudici e alla Corte spetterebbe soltanto pronunciarsi sulla fondatezza o meno della questione prospettata, ma non fornire letture interpretative alternative. Sul punto, si vedano A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994; G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005.

¹² Sia consentito rinviare ad A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, in *Federalismi*, 1/2021, 85 ss.

costituzionale, i cui principi intersecano in larga misura quelli affermati in Costituzione. In considerazione di tale peculiare natura, non è inconsueto «il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione». In questo caso, al giudice comune spetterebbe sollevare, in via prioritaria, una questione di legittimità costituzionale, visto che «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale».

Le interazioni delle giurisdizioni costituzionali nel sistema istituzionale non riguardano soltanto il rapporto giudice costituzionale-giudice comune e le modalità con cui risolvere i dubbi di costituzionalità, ma anche il rapporto Corte-legislatore, soprattutto in ordine al contemperamento tra la necessità di preservare la discrezionalità del secondo e quella di offrire comunque tutela a un diritto fondamentale in ipotesi di inerzia legislativa¹³.

Il caso sicuramente più emblematico sul punto è quello che ha impegnato il Giudice delle leggi negli anni 2018 e 2019, nella soluzione della questione relativa all’illegittimità dell’incriminazione dell’aiuto al suicidio di cui all’art. 580 c.p. (nota come vicenda *Cappato*). Non a caso diversi intervenienti hanno richiamato i provvedimenti adottati al riguardo dalla Corte, in particolare Alessia Riccioli e Matteo Caldironi, il quale ha anche tratteggiato il seguito della vicenda e il modo in cui la “tecnica decisionale Cappato” è stata replicata in altre circostanze, vertenti su ambiti tematici oggettivamente diversi¹⁴.

La Corte, a partire dall’ordinanza n. 207/2018, ha elaborato una tecnica decisionale del tutto innovativa e, all’apparenza, non rigorosamente fondata sulle regole processuali. Per contemperare l’esigenza di preservare la discrezionalità del legislatore, evitando che, allo stesso tempo, da una situazione di inerzia di questo potesse derivare una lesione irreparabile di un diritto, con ordinanza è disposto il rinvio della decisione ad altra udienza, fissata in maniera tale da lasciare al legislatore un congruo lasso di tempo per intervenire, in mancanza la Corte si riserva di tornare sulla questione dichiarando nel caso l’illegittimità della disposizione impugnata.

Prescindendo dagli aspetti di merito dell’ordinanza e dalle indicazioni di contenuto che essa fornisce al legislatore, lo scopo della Corte parrebbe quello di evitare una lesione a tempo indefinito di un diritto che poteva prodursi mediante l’utilizzo di tecniche consolidate, ad esempio mediante una decisione di monito, ove la vicenda veniva definita

¹³ Si sarebbe verificato così il passaggio che D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 101 ss., ha definito dalle c.d. rime obbligate ai “versi sciolti”, a significare una maggiore libertà del giudice costituzionale nell’intervenire a censura delle eventuali omissioni del legislatore.

¹⁴ Il secondo caso in cui la Corte ha utilizzato questa tecnica è quello riguardante la legittimità della disposizione che prevede la pena della reclusione per il reato di diffamazione a mezzo stampa, ove la richiesta di adeguamento, al pari della vicenda sul suicidio assistito, è stata disattesa dal legislatore, con conseguente dichiarazione di incostituzionalità ad opera della sentenza n. 150/2021. Il terzo caso è quello che ha riguardato la legittimità della previsione sull’ergastolo ostativo, rispetto alla quale si è invece avuto un intervento modificativo da parte del legislatore che ha indotto la Corte a restituire gli atti al giudice *a quo* con ordinanza n. 277/2022.

dinanzi alla Corte, lasciando vigente la norma di dubbia costituzionalità nell’attesa che il legislatore si adeguasse al monito o che un altro giudice sollevasse nuovamente la questione.

Decorso inutilmente il termine concesso, la Corte è tornata sulla questione e l’ha accolta con la sentenza n. 242/2019¹⁵, dichiarando incostituzionale l’art. 580 c.p., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 [...], agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

L’ampliamento dello spettro dell’intervento della Corte, di fronte all’inerzia del legislatore, ha indotto anche ad interrogarsi su un potenziale coinvolgimento del Giudice delle leggi nella attuazione dell’indirizzo politico¹⁶. Se è valido tutt’ora quanto affermato da Roberto Romboli, circa la necessità di assegnare alla Corte un ruolo non antagonista rispetto a quello del legislatore, ma cooperativo¹⁷, permane il dubbio – evidenziato dagli intervenienti alla sessione – che il legislatore possa approfittare delle nuove tecniche decisionali della Corte, finendo per rimettere a questa la decisione su quelle tematiche particolarmente “scomode” o “divisive” in grado, in parole povere, di apportare alla credibilità e alla visibilità elettorale più danni che benefici.

4. Corte costituzionale e legittimazione nel dibattito pubblico

Una considerazione specifica va fatta per la progressiva evoluzione che, nella società della comunicazione, hanno avuto le esigenze di legittimazione delle Corti costituzionali di fronte all’opinione pubblica¹⁸.

Il problema della legittimazione dei giudici costituzionali ha radici teoriche risalenti e complesse, che in parte si intrecciano con quelle della legittimazione tecnica propria di qualsiasi organo giurisdizionale, soprattutto se si pensa alla componente “togata” della Corte¹⁹, ma che – per altro verso – sono peculiari della particolare composizione e dello

¹⁵ Ciò non toglie che un certo margine di discrezionalità sia stato lasciato al legislatore anche dalla sentenza in questione, basti pensare al passaggio stringato che la Corte dedica all’obiezione di coscienza del personale sanitario ove, piuttosto che definire in modo dettagliato le condizioni per opporre l’obiezione alla richiesta di assistenza del paziente, ha preferito limitarsi ad affermare che resta affidata alla coscienza del medico la scelta di esaudire o meno la richiesta del malato. Cfr. G. CAMPANELLI, *Obiezione di coscienza e suicidio medicalmente assistito*, Torino, 2023.

¹⁶ In questo senso un significativo passaggio del contributo di Matteo Caldironi, il quale cita a proposito un risalente lavoro di P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 907 ss.

¹⁷ R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 9.

¹⁸ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2023, 57 ss.

¹⁹ Secondo quanto emblematicamente sostenuto da A. PIZZORUSSO, *Art. 108, comma 1, Cost.*, in *La Magistratura, III, Commentario della Costituzione*, diretto da G. Branca, Bologna-Roma, 1992, 1 ss., secondo il quale i giudici non rinverrebbero la fonte della propria legittimazione nell’investitura popolare,

specifico ruolo di garanzia che le Corti assolvono nel sistema e che non consentono di equipararle in modo semplicistico a qualsiasi altra giurisdizione comune. La loro legittimazione deriverebbe, quindi, da almeno due fattori concorrenti, della adesione ai valori costituzionali e dei risultati conseguiti sul piano giurisprudenziale attraverso le proprie decisioni²⁰.

Di fronte ad una legittimazione per vie interne pare sorgere al giorno d’oggi una certa ulteriore esigenza di apertura verso l’esterno, una implicita forma di legittimazione ulteriore basata sulla comunicazione e sulla “trasparenza” dell’istituzione (intesa nel senso materiale). Questa esigenza si manifesta attraverso due canali distinti: quello della comunicazione in senso generale, con l’uso sempre più frequente dei nuovi mezzi di comunicazione digitale e sociale, e quello dell’aumento esponenziale del numero di comunicati stampa della Corte non mediati dai canali informativi “esterni”²¹.

Su questi aspetti si soffermano i contributi di Giuseppe Verrigno e Aniello Formisano.

Secondo il primo la Corte si starebbe muovendo nella direzione del superamento della tradizionale affermazione secondo cui ad essa sarebbe consentito “comunicare” soltanto attraverso i propri provvedimenti²². L’evoluzione tecnologica e il mutamento del ruolo della Corte nel sistema sarebbero alla base del passaggio da una comunicazione “mediata” ad una comunicazione “diretta”, dove è la stessa istituzione (per mezzo di appositi apparati a ciò deputati) a farsi parte attiva nel fornire i vari contenuti comunicativi, ora sulle proprie attività istituzionali ora – e forse in modo più problematico – sul contenuto delle proprie decisioni.

La dottrina si è soffermata sull’intensificarsi della prassi di rilasciare comunicati stampa a margine o addirittura anticipando il contenuto delle decisioni della Corte (assumendo le vesti di impliciti provvedimenti cautelari)²³, con problematiche e significative ricadute sul piano della legittimazione dell’organo e dei suoi provvedimenti.

I rischi di una delegittimazione della Corte sono tanto più forti a fronte di una sua maggiore esposizione mediatica²⁴, soprattutto se si pensa – come osserva Aniello Formisano – che il ruolo della Corte tende ad espandersi nei momenti di inefficienza del sistema politico, con la conseguenza che ad una espansione dell’intervento (talvolta di

e quindi in meccanismi di natura essenzialmente politica, ma nella particolare competenza tecnica, data dalla preparazione giuridica riscontrata in sede di concorso e dalla tenuta logico-argomentativa delle motivazioni alla base dei rispettivi provvedimenti.

²⁰ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli, rist. 2014, 119 ss.

²¹ In realtà sarebbe più preciso dire che l’utilizzo del comunicato stampa da parte della Corte costituisca una soluzione “intermedia” tra la diffusione delle informazioni a mezzo stampa e la normale pubblicazione delle proprie decisioni, in quanto una forma di mediazione giornalistica esiste, seppur affidata all’ufficio stampa interno all’organo, con conseguente “semplificazione” di quei contenuti che, per loro natura, poco si presterebbero alla diffusione informativa, visto il loro carattere eminentemente analitico-argomentativo.

²² Richiamando un passaggio contenuto nel volume di C. RODOTÀ, *Storia della Corte costituzionale*, Roma-Bari, 1999, 124.

²³ A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d’incostituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2/2013.

²⁴ E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1999, 68 ss.

supplenza del potere politico, come visto in precedenza) corrisponde una maggiore esposizione politica, amplificata dall'intensificarsi della comunicazione della Corte verso l'esterno, i cui effetti non sono sempre pienamente controllabili dalla Corte (si pensi all'incidenza del dibattito pubblico su una motivazione ancora *in fieri* o all'impatto dell'anticipazione dei contenuti di una decisione, a mezzo di comunicato stampa, sugli organi giurisdizionali o sui cittadini chiamati ad osservare la legge).

L'adozione di comunicati stampa da parte della Corte non produce effetti sul piano della mera legittimazione dell'organo dinanzi all'opinione pubblica, ma è in grado di impattare anche sugli effetti temporali delle decisioni della Corte. Un caso emblematico potrebbe essere quello dell'associazione del comunicato stampa all'adozione di un provvedimento cautelare (ad esempio, nella sede del giudizio in via principale). Può accadere, infatti, che la Corte costituzionale abbia disposto la sospensione degli effetti di un'intera legge impugnata, nelle more dell'adozione della decisione sul merito del ricorso. Se in questa sede dovesse accogliere soltanto in modo parziale le censure prospettate, facendo salve alcune delle disposizioni prima sospese, un eventuale comunicato stampa anticipatorio della decisione renderebbe palese che vi sono disposizioni non sanzionate dall'illegittimità che, però, fino alla pubblicazione della sentenza di merito, restano sospese²⁵.

Gli interventi sottolineano, con diverse sfumature, che la Corte difficilmente potrebbe tornare indietro sul piano della comunicazione, seppur con la dovuta moderazione che impone la sua collocazione nel sistema istituzionale e il rapporto con gli altri poteri. Il richiamo all'equilibrio è largamente condivisibile e, forse, appare al momento l'unico rimedio contro possibili rischi di delegittimazione dovuti ad un eccesso di esposizione mediatica della Corte. Qualche dubbio avrei nel rispondere, invece, all'interrogativo che pone Aniello Formisano, relativo alla circostanza che l'uso di un linguaggio più chiaro e una maggiore sinteticità da parte della Corte possano contribuire a rafforzarne la legittimazione. La questione è significativa, ma mi pare che si collochi su un piano distinto rispetto a quello della comunicazione, la quale ha oggettivamente uno scopo diverso (informare) rispetto a quello dei provvedimenti (decidere attraverso una motivazione). Per cui, anche se una particolare cura dell'aspetto linguistico non può che essere apprezzabile, questa non pare di per sé in grado di porre rimedio a potenziali derive dell'uso degli strumenti di comunicazione.

5. Una sintesi "preliminare"

L'evoluzione del ruolo della Corte costituzionale nel sistema istituzionale, come emerge dai vari interventi svolti nella sessione odierna, discende dal mutare delle interazioni con gli altri organi, in particolare quelli deputati all'attuazione dell'indirizzo

²⁵ Sia consentito rinviare ad A. LO CALZO, *Stato e Regioni di fronte alla Corte costituzionale nell'emergenza da Covid-19. Riflessioni in tema di fondamento e prassi del potere di sospensiva nel giudizio in via principale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2021, 117 ss.

politico per mezzo dell'adozione degli atti legislativi. Si è assistito, con sempre maggiore frequenza, ad una lettura "elastica" delle disposizioni che regolano lo svolgimento del processo costituzionale e, in tempi più recenti, ad una maggiore esposizione mediatica della Corte, mediante l'accesso sempre più capillare ai nuovi mezzi e strumenti di comunicazione.

Un dato, però, resta fermo, ed è utile a mantenere netta la distinzione tra un organo propriamente politico e un organo di garanzia costituzionale che opera con metodo giurisdizionale. Come rilevato da Roberto Romboli è pur sempre «la presenza di una serie di regole del processo costituzionale, della soggezione al diritto e dell'obbligo di motivazione delle decisioni, [che] vale a caratterizzare il nostro modello di giustizia costituzionale» e permette di differenziare il controllo di costituzionalità a carattere giurisdizionale «da altri tipi di controllo di costituzionalità esercitati dallo stesso organo parlamentare oppure da soggetti neutrali (si pensi da noi a quello del Capo dello Stato in sede di promulgazione), ma di natura politica»²⁶.

Di fronte alla varietà delle questioni che verranno affrontate, questo passaggio di carattere metodologico forse può fornire una direttrice, un criterio di orientamento utile all'interno di una realtà delle relazioni istituzionali degli organi di giustizia costituzionale sempre più complessa e frastagliata.

²⁶ R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 23.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA “LEALE COLLABORAZIONE” TRA CORTE COSTITUZIONALE E
LEGISLATORE

MATTEO CALDIRONI

SOMMARIO: 1. Recenti evoluzioni della giustizia costituzionale: cenni introduttivi. – 2. Il caso Antoniani/Cappato. – 3. Ulteriori applicazioni della tecnica decisoria della “incostituzionalità prospettata”. – 4. Una collaborazione (im)possibile? – 5. Qualche conclusione e alcuni interrogativi.

1. Recenti evoluzioni della giustizia costituzionale: cenni introduttivi

Il sistema di giustizia costituzionale odierno pare sensibilmente diverso rispetto a quello originariamente concepito dai costituenti. Sembrerebbe infatti esserci stata, negli anni, una sorta di “adattamento istituzionale”¹ che, almeno da un certo punto di vista, potrebbe non sorprendere, considerato che l’introduzione della Corte costituzionale in Italia, quale organo di chiusura e di garanzia dell’ordinamento, ha rappresentato un’assoluta novità (per di più senza “precedenti” sufficientemente “rodati” che potessero

¹ E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 784 (tuttavia, si precisa che qui non si condividono *de plano* le conclusioni che si traggono dal concetto di ‘adattamento costituzionale’ cui giunge l’A.).

indicare possibili approdi², e questo anche volgendo lo sguardo oltre i confini del nostro paese³).

Tuttavia, verrebbe da chiedersi se l’evoluzione suddetta si sia svolta tutta all’interno dei confini del *fisiologico* o se, almeno talvolta, abbia sconfinato nel *patologico*. Fuor di metafora, ci si chiede se la trasformazione del sistema di giustizia costituzionale sia avvenuta nel rispetto del reticolato normativo (costituzionale prima e ordinario poi) che regola il funzionamento e i poteri della Corte, oppure, anche soltanto in alcuni casi, oltre e in violazione di questo.

Ciò premesso, non si pretende qui di affrontare l’interrogativo di quale sia il limite al controllo di legittimità costituzionale, anche solo per la profondità dell’analisi che sarebbe necessaria e che, naturalmente, questa sede non consente di svolgere adeguatamente; pareva tuttavia necessario prender le mosse da questa problematica, la quale rappresenta, come si vedrà, il sottotesto di questo breve intervento.

Entrando nel vivo, sembra potersi affermare con ragionevole convinzione che la Corte abbia progressivamente ampliato le proprie prerogative, soprattutto a discapito del Legislatore, attraverso la propria attività giurisprudenziale (e a normativa pressoché invariata). Una tale “estensione” dei poteri decisionali è stata raggiunta attraverso un arricchimento sia delle modalità argomentative volte ad assegnare un significato alla Costituzione e alla legge, sia delle tecniche di soluzione processuale delle controversie⁴.

Ad esempio, a dispetto di quanto previsto dal diritto positivo – che parrebbe escludere *in toto* interventi manipolativi della Corte, concependola piuttosto come “legislatore negativo” i cui poteri sono limitati e trovano fondamento nella Costituzione – la prassi dimostra che tali tipi di intervento sono normalmente ritenuti ammissibili a condizione che vi sia un’unica soluzione costituzionalmente obbligata (in quanto, in questi casi, non vi sarebbe alcun margine di discrezionalità *politica* da esercitare). Ma, com’è noto, la Corte ha ritenuto, in alcune occasioni, di poter intervenire pur in assenza di “rime obbligate” perché apparentemente costretta dalla natura degli interessi in gioco. Infatti, vi sono stati casi in cui la Corte, interrogata sulla legittimità costituzionale di una normativa, ha in un primo momento dichiarato l’inammissibilità della questione per l’esistenza di margini di discrezionalità riservati al legislatore, pur esortando il Parlamento a intervenire (c.d. decisioni di incostituzionalità rilevata ma non dichiarata), per poi accogliere la questione in seconda battuta, una volta richiamata a pronunciarsi sul punto (nella perdurante inerzia del Parlamento)⁵. È ormai assodato, oggi, che la Corte

² È definita ‘fortunosa’ l’introduzione della Corte costituzionale nel nostro ordinamento e la sua fase di avvio in A. PIZZORUSSO, *Usa ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 136.

³ Forse, il sistema che, da quel punto di vista, sarebbe potuto essere un esempio poteva essere quello statunitense; tuttavia, si veda sulle resistenze ideologiche all’importazione del *judicial review* v. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Napoli, 2014, 93-97.

⁴ V. almeno M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123-152 e F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss.

⁵ Si veda ad esempio: Corte cost., sent. 24 luglio 1986, n. 212, seguita dalla sentenza di accoglimento 16 febbraio 1989, n. 50; Corte cost., sent. 31 maggio 2012, n. 134 e ordinanza 24 luglio 2012, n. 208, seguite dalla sentenza di accoglimento 5 dicembre 2018, n. 222 (sulla quale v. almeno i commenti di R. BARTOLI, *Dalle rime obbligate alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*,

considera sufficiente che il sistema nel suo complesso offra «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti», «anche alternativ[e] tra loro», idonee a «porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela». In altri termini, è sufficiente che le soluzioni possano essere costruite su punti d'appoggio già presenti nell'ambito del settore oggetto di giudizio, tra i quali la Corte seleziona quello più idoneo – in termini di maggiore ragionevolezza e coerenza con le coordinate d'assieme – a fornire la disciplina costituzionalmente adeguata⁶.

Sembra però che la sequenza operativa adoperata, (inammissibilità-monito-accoglimento) dimostri la sua (della Corte) consapevolezza di agire al di là dei poteri esplicitamente conferitele dalla Carta. Infatti, in tutti questi casi persistono nel momento dell'accoglimento i motivi che avevano precluso un tale esito in prima istanza: in altri termini permangono quei margini di apprezzamento che sarebbe il legislatore a dover esercitare. E allora «come è possibile che il mero decorso del tempo possa far venir meno l'ostacolo, già accertato, della discrezionalità del legislatore?»⁷.

2. Il caso Antoniani/Cappato

Conferma questa tendenza la nascita, negli ultimissimi anni, di una tecnica decisoria inedita, che parte della dottrina ha definito di “incostituzionalità prospettata”⁸. Il riferimento è naturalmente alla nota vicenda Antoniani/Cappato⁹.

6/2018, 2566 ss.; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a “rime possibili”*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, 183 ss.); Corte cost., sent. 13 luglio 2017, n. 179 seguita dalla sentenza di accoglimento 8 marzo 2019, n. 40 (sulla quale v. almeno D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 153-157, e i riferimenti lì presenti).

⁶ F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, cit., 118.

⁷ F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 giugno 2019, 6.

⁸ Ma così anche (l'allora) Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi nella sua relazione per l'anno 2018, 12 (consultabile al link: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf). Per R. Pinaroli sarebbe invece una decisione riconducibile al *genus* delle pronunce di ‘incostituzionalità accertata ma non dichiarata’, ma riconoscendo che «la novità rispetto al passato risiede nel fatto che la Consulta, al fine di evitare l'immediata caducazione della disposizione in parola, non si pronuncia per l'inammissibilità della questione esaminata adducendo, quale unica (o comunque decisiva) giustificazione esplicita della propria scelta dispositiva la necessità di non invadere — con una sentenza di carattere manipolativo adottata al di fuori delle “rime obbligate”—la sfera di discrezionalità politica che è riservata agli organi legislativi, ma ottiene, di fatto, il medesimo risultato mediante un rinvio della trattazione della causa» (*Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2018, 2469). Del medesimo avviso C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in *Consulta Online*, 1/2020, 66. Per una ricognizione dei diversi modi in cui è stata qualificata si rimanda a C. PANZERA, *L'ordinanza “una e trina”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 giugno 2019, 1, nota 1 e 2.

⁹ In breve: Marco Cappato ha accompagnato con la propria automobile Fabiano Antoniani, affetto da patologia irreversibile fonte di gravi e intollerabili sofferenze fisiche e morali, in Svizzera, in una clinica nella quale quest'ultimo si è volontariamente sottoposto alla pratica del suicidio assistito. In questo modo, per Marco Cappato si sarebbe integrata la condotta di cui all'art. 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio).

Per il tramite di tale particolarissima soluzione, la Corte ha introdotto un vero e proprio nuovo strumento decisorio mai utilizzato prima¹⁰, che sembrerebbe rispondere alla esigenza – avvertita dalla Corte stessa – di modulare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce, condizionandone altresì il c.d. séguito¹¹.

In estrema sintesi, con l’ordinanza n. 207/2018, il Giudice costituzionale ha rinviato la trattazione della questione di legittimità dell’art. 580 c.p. – pur rilevandone l’incostituzionalità – al fine di consentire al legislatore di provvedere a conformare tale disciplina alla Costituzione a fronte della natura evidentemente politica delle decisioni da assumere. La strada dell’inammissibilità-monito (seguita da eventuale accoglimento) non era stata considerata praticabile perché l’effetto di lasciare in vita una normativa non conforme per un periodo non preventivabile, era stato reputato incompatibile con la rilevanza dei valori coinvolti. Così si è preferito disporre un rinvio di quasi un anno con la contestuale sospensione del giudizio, in modo da evitare che la «disposizione continu[asse] a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiura[ndo] possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»¹². Sembra allora che la necessità di controllare anche il fattore “tempo” per la natura degli stessi interessi in gioco abbia favorito l’introduzione di questo strumento: i diritti fondamentali non possono aspettare *sine die*, ma all’illegittimità bisogna necessariamente porre rimedio, verrebbe da dire, anche a dispetto degli eventuali costi inflitti alla discrezionalità legislativa¹³. E pure la progressiva presa di coscienza dell’insensibilità del legislatore ai moniti del Giudice delle leggi sembrerebbe avere avuto un ruolo in questa progressione¹⁴.

Se l’innovatività della tecnica è senz’altro innegabile nell’ambito costituzionale interno, lo stesso non sembra potersi dire se spostiamo l’analisi sul piano comparatistico. Come è stato rilevato¹⁵, infatti, essa trova il suo principale modello ispiratore nello

¹⁰ Come prevedibile, la scelta di servirsi di questo innovativo schema decisorio è stata particolarmente discussa in dottrina, come confermano i numerosissimi contributi che si sono occupati della questione. Anche per questo, si è scelto di non richiamare tutti i contributi scritti sul tema, limitandosi ai riferimenti minimi via via necessari nell’economia del ragionamento che ci si propone di svolgere. Per il momento ci si limita a ricordare due interessanti iniziative tenute all’indomani dell’ordinanza n. 207/2018: il seminario promosso da *Quaderni costituzionali* su “Dopo l’ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?”, tenutosi a Bologna il 27 maggio 2019 e la tavola rotonda organizzata dal Gruppo di Pisa, tenutasi a Pisa il 29 marzo 2019 “Sull’ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà”.

¹¹ F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale, in federalismi.it*, 27/2020, 208. Più in generale sul c.d. séguito v. almeno A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Diritto e società*, 1/2007, 52.

¹² Corte cost., sent. n. 236/2016.

¹³ M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 664.

¹⁴ F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche di una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 34/2020, 183. Da qui parte anche il ragionamento di A. MATTEONI (*Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta Online*, 2/2021, 362 ss.) che arriva ad una vera e propria teorizzazione di un possibile “giudizio costituzionale di ottemperanza” (inaugurato con questa nuova tecnica).

¹⁵ G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un’ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 2493-2495; A.

strumento della dichiarazione di incompatibilità (*Unvereinbarkeit*), coniato giurisprudenzialmente dal Tribunale costituzionale federale tedesco, e solo successivamente disciplinato dal legislatore¹⁶: pronuncia con la quale viene accertato il contrasto tra la norma e la Costituzione, rinviando però la produzione degli effetti alla scadenza di un termine, entro il quale il legislatore può provvedere alla regolamentazione della fattispecie (non di rado vincolato da indicazioni e limiti contenutistici del Tribunale costituzionale)¹⁷. Ma anche la giurisprudenza di Canada e Regno Unito ha fornito un ulteriore riferimento per la Corte. Difatti, essa ha esplicitamente richiamato la sentenza della Corte Suprema del Canada del 6 febbraio 2015, (*Carter contro Canada, 2015, CSC 5*), e la sentenza della Corte Suprema del Regno Unito del 25 giugno 2014 (*Nicklinson e altri, [2014] UKSC 38*), entrambe su questioni inerenti al “fine vita”.

La Corte Suprema canadese aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione penale che proibiva l’assistenza medica al suicidio di una persona adulta che avesse consentito a por fine alla propria vita, soffrendo di una patologia incurabile che provoca sofferenze intollerabili. «In quell’occasione, i giudici canadesi stabilirono di sospendere per dodici mesi l’efficacia della decisione stessa, proprio per dare l’opportunità al parlamento di elaborare una complessiva legislazione in materia, evitando la situazione di vuoto legislativo che si sarebbe creata in conseguenza della decisione»¹⁸.

Viceversa, la Corte Suprema inglese, sempre in materia di assistenza al suicidio, aveva ritenuto «istituzionalmente inappropriato»¹⁹ dichiarare l’illegittimità della norma impugnata senza dare al Parlamento la possibilità di occuparsi del problema, dettando una regolamentazione organica e complessiva della materia. Il tutto in un contesto espressamente definito «collaborativo» e «dialogico» fra Corte e Parlamento.

ANZON DEMMIG, *Un nuovo tipo di decisione di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 2462; D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull’uso dell’argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in *federalismi.it*, 17/2019, 2 ss.; N. FIANO, *Il Bundesverfassungsgericht e l’arte di differire gli effetti “finanziari” delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull’ordine di applicazione della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla Grundsteuer*, in *federalismi.it*, 23/2018, 2 ss.; N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli”. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 ottobre 2018, 1 ss.; N. FIANO, *L’ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all’orizzonte?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/2019, 577 ss.; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 dicembre 2018, 8 ss.; M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, 291.

¹⁶ Sostiene G. NAGLIERI che «quantunque il modello della *Unvereinbarerklärung* sia ad essa ben noto, la Corte, con saggia cautela, si astiene dal richiamarlo espressamente, probabilmente proprio al fine di esorcizzare il sospetto di volersi avviare su un percorso analogo a quello del *BVerfG*» (*Un nuovo modello decisionale per un nuovo equilibrio tra poteri? Unvereinbarerklärung e Anwendungssperre nel diritto processuale costituzionale italiano (brevi note, comparate, a margine di Corte cost. ord. 132/2020)*, in *Consulta Online*, 1/2021, 184).

¹⁷ È poi lo stesso Tribunale costituzionale che fissa contestualmente le conseguenze dell’eventuale inadempimento del Legislatore: conseguenze che variano dalla declaratoria di nullità all’individuazione di una disciplina transitoria (che regoli le fattispecie interessate dalla questione fino all’intervento parlamentare).

¹⁸ Corte cost., ord. n. 207/2018.

¹⁹ *Nicklinson e altri, [2014] UKSC 38*.

È stato scritto che i richiami “comparatistici” possano esser considerati specchio di una esigenza di legittimazione²⁰ della Corte, specialmente in quei casi in cui essa «si muova ai confini della propria giurisdizione»²¹. Allora forse non è un caso il riferimento al “precedente canadese”, in quanto il «congegno della *suspended declaration* non è una novità della sentenza Carter: si tratta [anch’esso, *n.d.r.*] di un espediente di matrice pretoria, privo di ancoraggio nel diritto positivo, ricavato sulla base di argomenti tutti riconducibili alla logica del bilanciamento o al principio di continuità dell’ordinamento»²². Quanto alla vicenda inglese, invece, sembra sia stato evocata per sottolineare quelle esigenze di ‘leale collaborazione istituzionale’ che avrebbero giustificato questo “anomalo” rinvio. Nelle parole della Corte: «Lo *spirito* della presente decisione è, d’altra parte, *simigliante* a quello della recente sentenza della Corte Suprema inglese»²³.

3. Ulteriori applicazioni della tecnica decisoria della “incostituzionalità prospettata”

Ad oggi, questo schema decisorio è stato poi utilizzato in altre occasioni.

La prima, ha riguardato una questione relativa alla previsione della pena della reclusione per il delitto di diffamazione commessa a mezzo stampa e consistente nell’attribuzione di un fatto determinato. Secondo la Corte, alla luce della giurisprudenza sovranazionale in materia, sarebbe stata «necessaria e urgente una complessiva rimeditazione del bilanciamento [...] tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, in particolare con riferimento all’attività giornalistica»²⁴. Tuttavia, «un simile, delicato bilanciamento spetta in primo luogo al legislatore, sul quale incombe la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell’attività giornalistica; e, dall’altro, di assicurare un’adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta

²⁰ Il tema della legittimazione della Corte, tuttavia, è senz’altro molto più complesso e non può essere approfondito adeguatamente in questa sede. Ci si limita soltanto a ricordare che, almeno per parte della dottrina, «la Corte costituzionale opera nella società come se fosse un qualsiasi attore della *scena politica*» attraverso la pubblicazione di comunicati, agenda dei lavori *etc.* (A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 268). Secondo questa prospettazione «[l]’ancora del processo e della motivazione non sono più sufficienti a svolgere quella funzione di contenimento sovente invocata dalla dottrina. Il giudice costituzionale, come qualsiasi attore politico, arricchisce *altrimenti* la sua legittimazione, specialmente mediante la costruzione di un consenso politico sulle sue attività, stabilendo un rapporto (indiretto o diretto) con l’opinione pubblica. Da qui deriva un *surplus* di legittimazione o, meglio, la legittimazione che la Corte costituzionale pretende in quanto potere *politico*, un potere che cerca nella *polis* fonte e fine dell’agire» (*ivi*, 279-280).

²¹ D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull’uso dell’argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, cit., 3. L’A. rileva anche che «a testimonianza dell’intima connessione fra comparazione e legittimazione, è utile sottolineare come l’*auctoritas* dei precedenti stranieri sia richiamata più spesso nelle fasi di consolidamento delle esperienze costituzionali oppure nelle congiunture di transizione e crisi, quando il ruolo delle Corti nella dialettica interistituzionale non è ancora ben definito o perde stabilità» (*ivi*, 21).

²² *Ivi*, 8.

²³ Corte cost., ord. n. 207/2018 (*corsivi nostri*).

²⁴ Corte costituzionale, ordinanza 26 giugno 2020, n. 132, § 7 *Considerato in diritto*.

maliziose – aggressioni poste in essere nell’esercizio di tale attività»²⁵. Per questi motivi, e alla luce dell’esistenza di vari progetti di legge in discussione in Parlamento²⁶, «in uno spirito di leale collaborazione istituzionale», la Corte ha ritenuto di rinviare la decisione della questione di (circa) un anno per consentire al Parlamento di approvare nel frattempo una nuova disciplina compatibile con i principi costituzionali e convenzionali. È noto che questa richiesta è rimasta disattesa, e che con la sentenza n. 150 del 12 luglio 2021 la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità delle norme che obbligano il giudice a punire con il carcere il reato di diffamazione a mezzo della stampa o della radiotelevisione, in quanto contrastano con la libertà di manifestazione del pensiero, riconosciuta tanto dalla Costituzione italiana quanto dalla CEDU, fissando un punto di equilibrio “nuovo” fra i diversi principi in competizione²⁷.

La seconda, invece, è l’altrettanto nota vicenda sul c.d. ergastolo ostativo. Secondo la Corte, infatti, la collaborazione con la giustizia non poteva essere l’unica via del condannato all’ergastolo per delitti di contesto mafioso per accedere alla liberazione condizionale ma, ciò nonostante, spettava al Parlamento intervenire, in quanto un intervento meramente “demolitorio” della Corte avrebbe potuto compromettere le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva²⁸. Per questo si è optato anche in tale occasione per il rinvio della decisione di (circa) un anno²⁹. All’udienza del 10 maggio 2022 la Corte ha rilevato che il Parlamento, accogliendo la sollecitazione, si era «attivato per addivenire all’approvazione della normativa sulla revisione della disciplina attinente ai benefici penitenziari per i reati ostativi»³⁰; tuttavia constatando che l’approvazione del disegno di legge era stato completato soltanto alla Camera, ha concesso un ulteriore rinvio per consentire la conclusione dell’*iter* legislativo. Con l’ordinanza 10 novembre 2022, n. 277, la Corte ha infine preso atto dell’intervenuta modifica della disciplina per mano del legislatore, e ha quindi ritenuto di poter restituire gli atti al giudice rimettente.

Quello che sembra emergere da questa giurisprudenza, dunque, è che allo strumento della “doppia pronuncia”³¹ – inammissibilità-monito e successiva sentenza di accoglimento – si sia affiancata la nuova tecnica processuale dell’ordinanza motivata di rinvio della trattazione e successiva (eventuale) sentenza di accoglimento. In entrambi i

²⁵ Corte cost., ord. n. 132/2020, § 8 *Considerato in diritto*.

²⁶ All’epoca erano pendenti presso la Camera dei Deputati due proposte di legge: C. 416, presentata il 27 marzo 2018 (On. Walter Verini e altri); C. 1700, presentata il 26 marzo 2019 (On. Mirella Liuzzi e altri); e presso il Senato: S. 812, presentata il 20 settembre 2018 (Sen. Giacomo Caliendo).

²⁷ Sul punto v. almeno M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, 1415-1417.

²⁸ Corte costituzionale, ordinanza 11 maggio 2021, n. 97.

²⁹ Sul termine di circa un anno e sulle mancate motivazioni in ordine alla sua durata v. criticamente: R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, 105; M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell’ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2/2021, 9-10; I. ROBERTI, *I moniti “a termine” della corte costituzionale e le implicazioni sull’attività legislativa del parlamento*, in *federalismi.it*, 17/2021, 179 (ma anche *passim*).

³⁰ Corte costituzionale, ordinanza 13 maggio 2022, n. 122.

³¹ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il Legislatore*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 136.

casi comune è il presupposto, ovvero l’espreso accertamento di una violazione della Costituzione, (violazione) che la Corte intima al legislatore di rimuovere. La differenza sta nel fatto che essa può accompagnare quell’intimazione con una prospettazione di conseguenze chiare e a data certa, oppure non farlo: in altri termini può formulare un ordine o un monito.

Ciò nonostante, non sembra ancora possibile elaborare una tassonomia che aiuti a capire chiaramente (e dunque anche a prevedere) quali siano le differenze che portano la Corte ad adoperare questo “nuovo” strumento piuttosto che il “vecchio”. «Non si comprende quale sia il discrimine fra *vulnus* ai diritti costituzionali della persona, ove alcuni, a quanto pare, giustificano la messa in mora del Parlamento e altri consentono al più la formulazione di un monito al legislatore»³².

4. Una collaborazione (im)possibile?

L’unico comune denominatore che può rintracciarsi nelle vicende in cui si è scelto lo strumento della incostituzionalità accertata ma non dichiarata parrebbero essere «esigenze di collaborazione istituzionale». Da questo inciso, presente in tutte le ordinanze citate, parrebbe infatti emergere l’esistenza di un “principio” di leale collaborazione³³ che governa (o dovrebbe governare)³⁴ il rapporto tra Corte e legislatore. Le modalità operative con le quali opererebbe sarebbero quelle che, almeno secondo parte della dottrina³⁵, regolerebbero³⁶ anche altri rapporti tra poteri dello Stato (la c.d. leale collaborazione interorganica)³⁷. In questa prospettiva, il principio di leale collaborazione non sarebbe

³² A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta Online*, 2/2021, 371, ma più in generale v. M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell’ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2/2021, 5-6.

³³ V. in generale sull’origine del principio di leale collaborazione: R. BIN, *La leale collaborazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2/2008, «come tutti i grandi principi, il principio di leale collaborazione non ha una data di nascita precisa. Tuttavia si può convenzionalmente fissare il momento della sua affermazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale in un *obiter dictum* con cui termina la sentenza 219/1984, ove si auspica che “nell’applicazione della legge i rapporti tra Stato e Regioni ubbidiscono assai più che a una gelosa, puntigliosa e formalistica difesa di posizioni, competenze e prerogative, a quel modello di cooperazione e integrazione nel segno dei grandi interessi unitari della Nazione, che la Corte ritiene compatibile col carattere garantistico delle norme costituzionali”»; ma v. anche Q. CAMERLENGO, (voce) *Leale collaborazione (principio di)*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, Torino, 2015, 241-267.

³⁴ M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, 1420-1423; A. CARMINATI, *Oltre la leale collaborazione. Al crocevia delle attribuzioni degli organi dello Stato*, Napoli, 2020, 258-263.

³⁵ Ma così anche la giurisprudenza della Corte, v. ad esempio: Corte cost., sent. 4 maggio 2007, n. 149; Corte cost., sent. 13 febbraio 2008, n. 26; Corte cost., sent. 12 aprile 2012, n. 87; Corte cost., sent. 12 aprile 2012, n. 88; Corte cost., sent. 1 luglio 2013, n. 168.

³⁶ Critico sulla possibilità di traslare il principio di leale collaborazione anche ai rapporti tra poteri dello stato L. VESPIGNANI, *Leale collaborazione tra poteri dello stato: regola o principio?*, in L. FOFFANI, M.C. FREGNI, R. LAMBERTINI (a cura di), *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano, 2011, 667-677.

³⁷ P. ZICCHITU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell’ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, 24.

altro che il contraltare del principio di separazione dei poteri³⁸. O meglio, sarebbe la sua declinazione per i casi in cui i poteri divisi abbiano zone di contatto e di interferenza³⁹ reciproca.

Discorso analogo varrebbe allora anche per il particolarissimo rapporto che sussiste tra Corte costituzionale e legislatore⁴⁰, per quei casi in cui la Corte pare sconfinare almeno in parte in giudizi di merito attraverso lo strumento del controllo sulla ragionevolezza delle leggi⁴¹. Parrebbe allora che la Corte, qualora s’imbatta in lesioni a diritti di «primaria importanza» si senta autorizzata a istituire un dialogo con il Legislatore al fine di trovare la miglior soluzione in concreto, rispettando il più possibile le attribuzioni di quest’ultimo⁴². Eppure, l’elaborazione giurisprudenziale di un tale strumento, per di più determinata unilateralmente, rischia per altro verso di risultare inappropriata a causa delle ricadute che possono generarsi sull’assetto istituzionale, con particolare riferimento alla suddivisione dei poteri per come prevista in Costituzione.

Ma vi è di più. Perché evocare nozioni, come la ‘leale collaborazione’, che parrebbero avere un significato ben preciso nel nostro ordinamento, apre ad ulteriori interrogativi. Se infatti partiamo dal presupposto che, affinché si possa parlare di leale collaborazione, vi debbano essere due (o più) poteri che interferiscano l’uno con l’altro, bisognerebbe forse approfondire più dettagliatamente in che modo sia possibile qualificare la Corte stessa come ‘potere dello Stato’⁴³ e anche quali implicazioni possano

³⁸ Così R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 2001 (liberamente consultabile all’indirizzo web: www.robertobin.it), che continua: «“lealtà e correttezza” sono un’endiadi che la Corte impiega per indicare la condotta doverosa e ispirata al rispetto, in quei casi, del principio di divisione dei poteri».

Precisa F. MACIOCE, *I confini della leale collaborazione tra i poteri: spunti per un’analisi filosofica*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2005, 549: «più correttamente si tratta di una separazione tra differenti funzioni statali per un migliore esercizio del potere. Ciò perché, al di là delle espressioni linguistiche e dei modi di dire, ciò che si ripartisce non è mai il potere, che in se stesso resta unitario, ma semplicemente l’oggetto cui si riferisce; il potere, in sé, non può difatti che essere *assoluto*, almeno in linea di principio». Secondo l’A. da questo conseguirebbe che sia «fisiologico che essi [i “poteri”] non possano legittimamente contraddire, nella loro azione, tale fondamentale unità; è la fondamentale unità del potere che rende opportuna – se non, appunto, fisiologica – una cooperazione tra le funzioni nelle quali si esprime e si attua tale potere» (ivi, 551).

³⁹ F. PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull’ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 22/2021, 21.

⁴⁰ Ivi, 25.

⁴¹ Così R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, cit. (seppur non sul rapporto tra Corte e legislatore, ma tra poteri dello Stato): «Il fatto è che il giudizio di leale cooperazione ha forti analogie con il giudizio di ragionevolezza, di cui forse non è che una sottospecie».

⁴² Così R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Il Foro italiano*, 9/2020, 2569-2570: «La finalità è senza dubbio meritoria (tutela dei diritti fondamentali), anche se non sempre i fini giustificano i mezzi e, nella specie, il perseguimento di certi risultati attraverso il superamento del principio della separazione dei poteri. C’è da augurarsi che questa volta il legislatore si decida ad intervenire [...] altrimenti potremmo correre il rischio che la Corte costituzionale si trasformi, più che in una terza camera, nell’unica camera dei diritti fondamentali e la cosa non sarebbe certamente auspicabile».

⁴³ V. almeno A. RUGGERI, *La Corte costituzionale: un «potere dello Stato»... solo a metà (Nota minima sulla corte giudice e parte nei conflitti di attribuzione)*, in *Il Foro italiano*, 11/1987, 522-540; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello stato. Presupposti e processo*, Milano, 1992, 219 ss.; G. AZZARITI, *La posizione della Corte cost. nell’ordinamento dello Stato ital.*, in *Studi sulla Costituzione*, III, Milano, 1958, 445 ss.

da ciò derivare, considerato il suo ruolo di “arbitro”⁴⁴ tra gli altri poteri. Inoltre, più in generale, il concetto di ‘leale collaborazione’ pare sottendere un “venirsi incontro” reciproco tra le parti in causa, mentre l’art. 134 Cost. non sembra concedere alla Corte costituzionale di poter disporre del suo potere in ordine alla dichiarazione di incostituzionalità di una legge (o un atto avente forza di legge). Detto altrimenti: non sembra che la Corte possa “trattare”⁴⁵ con il Legislatore dando moniti, termini o “ordini”.

In estrema sintesi, è necessario comprendere quale significato attribuire alla leale collaborazione tra Legislatore e Corte: se possa considerarsi un principio dal quale far discendere delle implicazioni giuridiche nella ricostruzione del ruolo della giustizia costituzionale e della forma di governo italiana, oppure se ritenerla un mero espediente retorico adoperato per richiedere al Parlamento di agire in casi particolarmente delicati ed urgenti (riservandosi poi di intervenire a sua volta in caso di inottemperanza delle Camere). Forse, in quest’ultimo caso, l’utilizzo delle parole avrebbe potuto essere più meditato; ma del resto, non sarebbe certamente la prima volta che la Corte non si mostra così rigorosa dal punto di vista linguistico, mettendo in luce una sottesa volontà di disporre di uno strumento flessibile e maneggevole per calibrare i propri interventi con più ampi margini di discrezionalità⁴⁶.

Tuttavia, sembra che il tentativo di istaurare un dialogo con il legislatore sia reale dal momento in cui, soprattutto nelle due vicende successive a Cappato, il riferimento esplicito ai disegni di legge in discussione, oltre che l’ulteriore rinvio per permettere al Parlamento di finire l’*iter* legislativo, ma anche la scelta di dare “limiti” ed indicazioni meno restrittive per il legislatore⁴⁷, sembrano dimostrare un effettivo intento collaborativo.

⁴⁴ Secondo F. MACIOCE (*I confini della leale collaborazione tra i poteri*, cit., 557) perché si possa parlare di leale collaborazione non vi sarebbe la necessità che i soggetti coinvolti siano in una posizione di parità, in quanto «le condizioni e la struttura dell’interazione comunicativa non dipendono, in gran parte, dalla parità dei dialoganti ma dal fatto che si riconoscano come alterità, e che sulla base di un tale riconoscimento siano disposte a relazionarsi secondo modalità non strategiche, argomentando e giustificando mediante ragioni le rispettive pretese».

Tuttavia, a nostro parere le specificità che caratterizzano il rapporto tra Corte e legislatore (e quindi il rapporto che sussiste dal “controllare” e “controllato”) meriterebbero una problematizzazione ulteriore. Dello stesso parere A. RUGGERI, secondo il quale «[è] da chiedersi se (e fino a che punto) sia appropriato discorrere di “cooperazione” nei rapporti tra gli organi titolari di funzioni comunque diverse, disomogenee, specificamente laddove l’uno sia istituzionalmente chiamato a svolgere attività di direzione politica e l’altro attività di controllo della stessa» (*La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Diritto e società*, 1/2007, 55, nota 68, e lì gli ulteriori riferimenti bibliografici).

⁴⁵ Così anche F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l’ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 giugno 2019, 7: «Una questione o è politica, e dunque deve essere lasciata alla discrezionalità del legislatore, o non è politica, e dunque deve essere decisa subito. Non sembra poter rilevare, ai fini della qualificazione politica di una questione, l’esito più o meno soddisfacente della collaborazione proposta al legislatore».

⁴⁶ Si consenta di rimandare a M. CALDIRONI, *Is there a political question theory in Italy?*, in *DPCE Online*, 1/2022, spec. 22-27.

⁴⁷ Così anche M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell’ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2/2021, 2 (e anche ss.): «Dopo la prima applicazione, la tendenza della Corte è andata nel senso di allentare il reticolo di prescrizioni che accompagnano l’invito al legislatore a provvedere entro il termine fissato: un passo in direzione di una collaborazione più aperta e di un maggiore rispetto del ruolo del Parlamento». Analogamente v. A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta Online*, 2/2020, 406-407; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale*

5. Qualche conclusione e alcuni interrogativi

Se questo pare al momento plausibile si conferma quanto già sostenuto da autorevole dottrina, ossia che sia «giunto forse il momento di proporre una diversa collocazione scientifica del problema delle categorie del processo costituzionale, ossia il passaggio dallo studio del processo costituzionale alla luce del diritto processuale allo studio del processo costituzionale come vicenda che riguarda principalmente il sistema di governo italiano»⁴⁸.

All'interno di questo quadro teorico sembra allora avverarsi quanto ipotizzato da Paolo Barile quando, già nel 1957, sosteneva che la Corte fosse contitolare⁴⁹ della funzione di indirizzo politico⁵⁰. Come scritto dall'illustre A., infatti, se il controllo della Corte possiede un margine di discrezionalità e non è (più) totalmente vincolato, consegue che la Corte è organo partecipe della funzione di indirizzo politico⁵¹. Allora, «[l]a decisione politica, fin qui intesa come potere del solo Parlamento, pare così perdere i suoi originari connotati di esclusività che adesso ci vengono consegnati in termini di mera preferenza. La preferibilità di un intervento parlamentare, in altre parole, non può impedire differenti soluzioni in caso di inerzia delle istituzioni politiche. Pare così prendere forma un modello pluralistico nel quale l'atto legislativo non possiede più il monopolio politico del diritto. In questa prospettiva, la spinta normativa di matrice costituzionale parrebbe dunque legittimare anche la possibilità di concretizzazione giurisprudenziale dei diritti nell'ipotesi di silenzi legislativi»⁵².

Pertanto, non sorprende che quanto appena detto rispecchi anche quanto sostenuto nella relazione annuale del 2019, dalla Presidente della Corte costituzionale M. Cartabia, secondo la quale «la piena attuazione dei principi costituzionali ha un carattere necessariamente corale e richiede l'attiva leale collaborazione di tutte le istituzioni», e quindi «le pronunce della Corte costituzionale sono, molto spesso “più che il punto conclusivo di una certa vicenda, il punto intermedio di uno sviluppo normativo che trova

collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, 1417-1419.

⁴⁸ C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 65.

⁴⁹ Più di recente, e con esplicito riferimento alle vicende sopra ricordate, si è sostenuto che, in virtù del principio di leale collaborazione, la Corte avrebbe «di fatto assunto in modo esplicito il ruolo di co-legislatore» (A. CARMINATI, *Oltre la leale collaborazione. Al crocevia delle attribuzioni degli organi dello Stato*, Napoli, 2020, 259).

⁵⁰ P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 907-922; similmente v. T. MARTINES, *Motivazione delle sentenze costituzionali e crisi della certezza del diritto*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 566.

⁵¹ P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano*, cit., 916-917, e così più nel dettaglio: «Esattamente, dunque, come l'attività legislativa (i cui organi titolari sono infatti anche contitolari della funzione di i.p.), l'attività scelta dalla Corte costituzionale è un'attività diretta ad attuare la costituzione, tendente all'applicazione – discrezionale, perché vincolata solo al fine politico-costituzionale – della prima mediante la posizione o il controllo di norme aventi il grado di legge ordinaria».

⁵² F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche di una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 34/2020, 199.

compimento solo quando il legislatore lo conclude»⁵³. Secondo questa impostazione, allora, «[l']indipendenza reciproca tra i poteri non contraddice la necessaria interdipendenza fra gli stessi, specie in società ad alto tasso di complessità, come sono quelle contemporanee»⁵⁴. L'idea che fa da sfondo è evidentemente quella secondo cui tale «orizzonte teorico-giuridico [sia il] più adeguato ad interpretare e (tentare di) risolvere nodi e contraddizioni d'una realtà politico-economico-sociale ed istituzionale estremamente complessa»⁵⁵, nonché «l'abbandono del positivismo legalista in favore di un modello improntato ad una maggiore libertà nella ricerca di soluzioni adatte alle differenti circostanze non manc[a] di sollevare perplessità in chi vi ravvisa il rischio di un soggettivismo giurisprudenziale dai contorni per ora fortemente indefiniti»⁵⁶.

Infatti, la deroga alle disposizioni che attengono al procedimento costituzionale, in nome della necessità – apparentemente oggettiva – di garantire un bene o un valore di rango costituzionale, potrebbe celare un fenomeno di “appropriazione” della Carta, che rischierebbe, a lungo andare, di delegittimare la Corte (che proprio dal rispetto delle regole processuali deriva la sua legittimazione)⁵⁷.

Concludendo, siamo d'accordo con chi sostiene che questa evidente trasformazione della giustizia costituzionale non sia automaticamente riferibile a una supposta volontà di protagonismo della Corte, ma che, piuttosto, sia imputabile a diversi fattori: «*sociali* (la diffusa pretesa secondo cui ciascun bisogno individuale deve trasformarsi in diritto soggettivo immediatamente azionabile); *politici* (l'autoreferenzialità e la chiusura di partiti e canali di intermediazione, inidonei a mediare e trasformare rivendicazioni sociali in prescrizioni generali); *istituzionali* (assetti democratico-rappresentativi incapaci di assumere *decisioni politiche*, sbilanciati sulla *rappresentazione* dell'interesse generale piuttosto che sulla sua *realizzazione*); persino *territoriali* (frammentazioni localistiche e identitarie che premono sull'unità posta dalla costituzione)»⁵⁸. Quindi, forse sarebbe errato imputare alla Corte di modificare l'equilibrio dei poteri perseguendo un disegno preciso, perdendo di vista l'agire

⁵³ M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2020, consultabile al link: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf (con la citazione dalla *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2018* del Presidente Lattanzi).

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Torino, 2011, 548.

⁵⁶ L. VESPIGNANI, *La legge del conflitto. riflessioni circa i conflitti di attribuzione su atti legislativi a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 2018*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 338.

Contr., v. Q. CAMERLENGO, (voce) *Leale collaborazione (principio di)*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, Torino, 2015, 257, il quale sostiene che il senso di tale principio risiederebbe nello «svolgere una importante opera di integrazione del diritto positivo generando regole volte a colmare lacune in presenza delle quali l'assetto dei rapporti tra poteri, retto da prescrizioni rigide, finirebbe per non funzionare nel senso voluto dalla Costituzione». Secondo l'A. «[n]on tutto è scritto in Costituzione. Importanti regole di corretto funzionamento delle relazioni istituzionale si possono affermare attraverso inediti meccanismi, idonei a mettere a fuoco situazioni o comportamenti che si rivelano, di fatto, descritti in maniera non del tutto nitida dalla Costituzione formale».

⁵⁷ C. CARUSO, *Giustizia costituzionale*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *La grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, 202-203.

⁵⁸ *Ivi*, 201-202.

complessivo dei poteri⁵⁹: in questo caso di Corte e Parlamento. Perché il dubbio che gli *sconfinamenti*⁶⁰ della Corte possano essere stati (e forse siano tutt'ora) anche "ben tollerati" del legislatore, ben felice di poter evitare di occuparsi di questioni particolarmente sensibili, rimane. Segue allora un ulteriore interrogativo, ossia se lo strumento dell'ordinanza di rinvio inaugurata nel 2019 sia effettivamente in grado di richiamare il legislatore a intervenire, oppure si presti ad una sua definitiva deresponsabilizzazione dandogli la certezza che qualcuno (*i.e.*: la Corte) si occuperà della questione in tempi certi. Forse, soltanto con il tempo si potrà tentare di dare una risposta compiuta a queste domande, andando a guardare l'evoluzione di questa nuova tecnica e il séguito legislativo che potrà generare.

⁵⁹ R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine di un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 758-759.

⁶⁰ L'espressione è presa da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, *passim*.



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LE CORTI COSTITUZIONALI, TRA VIZI DEL PROCEDIMENTO LEGISLATIVO
E TUTELA DELLE MINORANZE PARLAMENTARI. UNA COMPARAZIONE
TRA SPAGNA E ITALIA

DANIELE CAMONI

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. L’ATC 177/2022 del *Tribunal Constitucional* spagnolo: difesa o rottura della separazione dei poteri? – 3. L’ordinanza 17/2019 della Corte costituzionale italiana e i suoi seguiti: la forma è (anche) sostanza? – 4. Alcune conclusioni comparate.

1. Premessa introduttiva

Il rapporto tra Corti costituzionali e organi di indirizzo politico (ai fini in esame, il Parlamento) solleva interrogativi¹ che, oltre le formalità e peculiarità dei casi interessati, arrivano lambire lo stesso meta-principio della separazione dei poteri (giudiziario, *sub specie* del Giudice delle Leggi, da un lato e legislativo, dall’altro) – uno dei concetti «tra i più complessi della teoria del costituzionalismo»² – aprendo scenari suggestivi per il diritto pubblico comparato.

¹ Cfr. ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2010. Decisione, conflitti, controlli: procedure costituzionali e sistema politico. Atti del XXV Convegno annuale, Parma, 29-30 ottobre 2010*, Napoli, 2012 e A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993. Sul modello spagnolo, vedi J. PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, 1988, 55 ss.

² G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994, 11.

Limitando il perimetro del presente articolo al «tono costituzionale»³ dei vizi *del (e nel)* procedimento di approvazione parlamentare delle leggi, le recenti vicissitudini verificatesi in Spagna in ordine allo “scontro” tra *Tribunal Constitucional* (TC) e *Cortes Generales* offrono l’occasione per riflettere su alcune specificità di questo modello e le sue declinazioni rispetto al caso oggetto di studio.

In parallelo, tali premesse permetteranno di sviluppare alcune considerazioni, tra similitudini e differenze, in relazione al ruolo della Corte costituzionale in Italia, a proposito di una questione analoga, «ora argomento d’attualità, ora soggetto *démodé*»⁴, vale a dire la tutela dei diritti costituzionali delle minoranze parlamentari a fronte di procedimenti legislativi “viziati”⁵.

Il tema è complesso e oggetto di storiche reticenze, se è vero che «la possibilità di controllare fuori del Parlamento quei vizi del procedimento di formazione della legge [...] ha sempre incontrato molte difficoltà, spesso persino da parte di chi propugnava l’esigenza di un controllo di costituzionalità delle leggi»⁶.

2. L’ATC 177/2022 del Tribunal Constitucional spagnolo: difesa o rottura della separazione dei poteri?

Il caso spagnolo può essere compreso a partire da un’esposizione di alcuni passaggi “fattuali”⁷. Nel corso di un acceso procedimento presso il *Congreso de los Diputados* per abrogare il delitto di sedizione e rivederne al ribasso le sanzioni, il 9 dicembre 2022 il Gruppo parlamentare socialista (espressione della maggioranza di governo) introduceva nottetempo due emendamenti al relativo progetto di legge, palesemente eterogenei rispetto alla materia trattata.

Questi ultimi avevano ad oggetto, da un lato, la modificazione delle disposizioni della *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ) che, in applicazione dell’art. 159.1 CE, regolano l’elezione di due giudici del TC da parte del *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ); dall’altro, sia la revisione della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (art. 10.1.i), LOTC) che assegna al Giudice delle Leggi, ad ogni rinnovo, il potere di verifica dei requisiti formali per l’elezione dei giudici costituzionali (art. 159.2 CE), sia

³ Secondo la fortunata espressione di C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, I, 113.

⁴ P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale del procedimento legislativo: un quadro deprimente ad eziologia complessa*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2019, 40.

⁵ Sul piano comparato, vedi P. PASSAGLIA (a cura di), *Irregolarità nel procedimento legislativo e potere di ricorso alla giurisdizione costituzionale da parte delle minoranze parlamentari*, Corte Costituzionale – Servizio Studi, Area di diritto comparato, gennaio 2019 e ID., *L’invalidità procedurale dell’atto legislativo. Le esperienze italiana e francese a confronto*, Torino, 2002.

⁶ A.A. CERVATI, *Il controllo di costituzionalità sui vizi del procedimento legislativo parlamentare in alcune recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, I, 1468.

⁷ Cfr. L. FROSINA, *La crisi costituzionale spagnola tra lawfare, conflitti tra i poteri e rischi di erosione delle istituzioni*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2022 e C. VIDAL PRADO, *Crisi istituzionale in Spagna: il rinnovo frustrato del Consejo General del Poder Judicial e del Tribunal Constitucional*, in *Federalismi.it*, 34/2022.

l'introduzione della possibilità che il rinnovo dei giudici nominati da Governo e CGPJ possa non avvenire in contemporanea⁸.

A sua volta, la proposizione di questi emendamenti si inseriva in un contesto politico incandescente e uno scenario istituzionale “*ad interim*”, nel quale il TC attendeva di essere rinnovato (per un terzo) dal mese di giugno 2022, essendo scaduto il mandato dei quattro Giudici nominati dal Governo e CGPJ (quest'ultimo si trova in attesa di rinnovo dal 4 dicembre 2018, avendo quasi “doppiato” la sua durata originaria)⁹.

Il principale partito di opposizione (*Partido Popular*) presentava *recurso de amparo* dinanzi al TC¹⁰, denunciando la violazione del diritto delle minoranze parlamentari alla partecipazione e discussione assembleare, anche attraverso la presentazione di proposte emendative (ai sensi dell'art. 23 CE)¹¹.

In particolare, era posto in rilievo il fatto che la Commissione Giustizia – la quale aveva ritenuto ammissibili gli emendamenti – aveva ommesso di rispondere alla richiesta di *reconsideración* delle opposizioni (sulla base dei pareri conformi espressi dai consiglieri parlamentari del *Congreso*), in tal modo impedendo a queste di far valere le proprie ragioni in Parlamento¹².

In via preliminare, era domandata l'adozione di misure cautelari *inaudita altera parte* (ex art. 56.6 LOTC)¹³, le quali avrebbero sospeso il procedimento legislativo limitatamente agli emendamenti in questione, senza pregiudicare la discussione parlamentare rispetto al progetto di legge “originario”.

⁸ Contrariamente al requisito del rinnovo per terze parti imposto dall'art. 159.3 CE. Sul complicato intreccio dei rinnovi di TC e CGPJ e dei relativi rapporti, cfr. M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *Estabilización del sistema político y fractura interna de los partidos. Crónica política y legislativa del año 2022*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 127/2023, 213-220.

⁹ Sulle difficoltà di rinnovo del CGPJ, S. MARTÍN GUARDADO, *Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder Judicial*, in *Revista de Derecho Político*, 117/2023, 131-152. Sia anche concesso rinviare a D. CAMONI, *Una historia de nunca acabar. Sul travagliato rinnovo del Consejo General del Poder Judicial e del Tribunal Constitucional in Spagna*, in *Federalismi.it*, 32/2020.

¹⁰ Cfr. A. DEL PINO CARAZO, *El recurso de amparo contra actos parlamentarios de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas: veinte años de jurisprudencia constitucional*, in *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 3/2000, 83-124 e J.C. DUQUE VILLANUEVA, *El recurso de amparo contra actos parlamentarios (La vía de amparo del art. 42 de la LOTC)*, in *Revista de las Cortes Generales*, 42/1997, 69-117.

¹¹ Sulla presentazione di emendamenti in Spagna come esercizio del diritto di partecipazione alle cariche pubbliche, si vedano A. CIARONE, *Il diritto di emendamento: potere solo dei gruppi o anche dei singoli deputati?*, in A. CARDONE, P. CARETTI, M. MORISI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il potere di emendamento. Un'indagine comparativa*, Seminario di studi e ricerche parlamentari «Silvano Tosi», Ricerca 2022, 212 ss. e A.M.^a REDONDO GARCÍA, *La facultad de presentar enmiendas como concreción del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución*, in F. PAU I VALL (a cura di), *Parlamento y Justicia constitucional*, Elcano (Navarra), 1997, 379-396.

¹² Su quest'ultimo profilo, M.^aA. GARCÍA MARTÍNEZ, *Las garantías de los derechos de los parlamentarios. El caso singular del ATC 177/2022*, in *Revista de las Cortes Generales*, 115/2023, 163 ss.

¹³ Tale competenza è stata introdotta dalla *Ley Orgánica* 6/2007, de 24 de mayo: «En supuestos de urgencia excepcional, la adopción de la suspensión y de las medidas cautelares y provisionales podrá efectuarse en la resolución de la admisión a trámite [del recurso de amparo]».

Con ordinanza ATC 177/2022, de 19 de diciembre¹⁴, un TC molto diviso al suo interno (sei voti contro cinque)¹⁵ concedeva la sospensione richiesta¹⁶, interrompendo per la prima volta nella sua storia – nei limiti indicati – lo svolgimento della funzione legislativa presso le *Cortes Generales*¹⁷.

Con riferimento all'eccezionalità della decisione, valgano in questa sede le parole del giudice Delgado Barrio nell'opinione dissenziente all'ATC 90/2010, de 14 de febrero¹⁸: «nunca en la historia de este Tribunal se había presentado una situación de hecho como la presente».

La decisione era giustificata, in primo luogo, in ragione della presenza di un *fumus boni iuris* in ordine alla denunciata violazione costituzionale (alla luce della consolidata giurisprudenza del TC sul rapporto di omogeneità tra iniziativa legislativa e oggetto degli emendamenti)¹⁹, nonché al fine di preservare l'integrità del procedimento normativo e della rilevanza istituzionale della materia di cui agli emendamenti *sub iudice*.

In particolare, si tenga presente che, a partire dalla STC 161/1988, il diritto di accesso alle cariche pubbliche in condizioni di uguaglianza (art. 23.2 CE) trova concretizzazione nelle norme di legge e regolamentari che disciplinano diritti e facoltà di coloro che ricoprono tali posizioni²⁰, compreso il diritto di proporre emendamenti in Assemblée²¹.

La dimensione “statica” dell'accesso alla carica si arricchisce così di un profilo “dinamico”, inteso come diritto sostanziale dei parlamentari «a no verse ilegítimamente

¹⁴ Pubblicato in BOE, núm. 17, de 20 de enero de 2023, 8564-8636.

¹⁵ Hanno dissentito Xiol Ríos, Conde-Pumpido Tourón, Montalbán Huertas, Sáez Valcárcel e Balaguer Callejón.

¹⁶ Confermata con ATC 178/2022, de 21 de diciembre. Sulla tutela cautelare davanti al TC, cfr. J. VECINA CIFUENTES, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993; in relazione al modello italiano, G. MENEGUS, *Tutela cautelare e giustizia costituzionale*, Napoli, 2021 (con affondi comparati anche sul modello tedesco) e A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli, 2009.

¹⁷ Tale strumento era stato impiegato – con efficacia “regionale” – nell'ATC 134/2017, de 5 de octubre, con il quale il TC aveva sospeso la seduta del Parlamento catalano del 9 ottobre 2017, in cui avrebbe dovuto essere proclamata l'indipendenza della Catalogna (a seguito del “referendum” del 1° ottobre 2017). Per i primi commenti (antitetici) alla pronuncia, si vedano J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España* e G. RUIZ-RICO RUIZ, *¿Réquiem por el Tribunal Constitucional? Comentario al último caso en el proceso de politización de la justicia constitucional en España (la atribución ilegítima de una competencia para el control preventivo de los actos del Parlamento)*, in *DPCE online*, vol. 55, 4/2022, 2259 ss. e 2273 ss.

¹⁸ Anch'esso riferito ad una richiesta di tutela cautelare da parte del TC: cfr. *infra*, nota 50.

¹⁹ Cfr. STC 119/2011, de 5 de julio.

²⁰ STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ7: «El derecho fundamental del art. 23.2 de la Constitución [...], es un derecho de configuración legal [...] y, en su consecuencia, compete a la Ley, comprensiva [...] de los Reglamentos parlamentarios, el ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicos. Una vez creados por las normas legales tales derechos y facultades, estos quedan integrados en el *status* propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 de la Constitución, defender ante los órganos judiciales -y en último extremo ante este Tribunal- el *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren los titulares del cargo, con la especialidad de que si el órgano es parlamentario la defensa del derecho deberá promoverse directamente ante esta jurisdicción constitucional en aplicación de lo dispuesto en el art. 42 de la LOTC».

²¹ Cfr. STC 23/1990, de 15 de febrero, FJ5.

discriminados en el ejercicio de sus funciones, según la configuración legal de las mismas»²².

Nel merito, la sospensione cautelare era concessa a fronte dell'urgenza suscitata dalla successione degli avvenimenti (presentazione, ammissione, votazione in Commissione e Assemblea degli emendamenti in soli sei giorni) e dalla potenziale irreversibilità del pregiudizio denunciato (*periculum in mora*) – con la conseguente perdita di effettività della tutela richiesta dai ricorrenti – ove la stessa non fosse stata accordata prima della conclusione dell'*iter legis*²³.

L'ordinanza conteneva tre opinioni dissenzienti (sottoscritte da cinque giudici) molto critiche nei confronti della maggioranza e dalle quali è possibile trarre brevi profili comuni²⁴. Con riferimento allo strumento processuale impiegato dai ricorrenti, la minoranza contestava un utilizzo distorto dell'*amparo*: in particolare, era censurato il fatto che quest'ultimo era stato impiegato quale *recurso previo de inconstitucionalidad*²⁵, con l'obiettivo di vagliare in modo illegittimo la conformità a Costituzione di un progetto di legge non ancora in vigore²⁶.

Detto vizio procedimentale provocava, a sua volta, un'importante scossa in relazione al ruolo del TC: nel merito, si affermava che la concessione della tutela cautelare «altera el modelo de jurisdicción que al mismo corresponde y pone en cuestión la independencia e inviolabilidad del poder legislativo y la separación de poderes»²⁷, rischiando di condurre alla fine della stessa separazione dei poteri e di sottoporre ad un indebito controllo giurisdizionale l'attività parlamentare che si riflette negli *interna corporis*.

Sul piano istituzionale, lo stallo del rinnovo del TC si è infine risolto applicando la legislazione vigente. In data 27 dicembre 2022, infatti, il CGPJ ha eletto i due giudici di

²² STC 44/1995, de 13 de febrero, FJ6. Da ultimo, cfr. STC 94/2018, de 17 de septiembre, FJ4: «No cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del *ius in officium* resulta lesivo del derecho fundamental, pues sólo poseen relevancia constitucional, a estos efectos, los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria».

²³ Come accaduto con la STC 119/2011, che ha riconosciuto una lesione dell'art. 23.2 CE otto anni dopo (!) il momento in cui essa si era verificata. Per una lettura critica, C. ORTEGA SANTIAGO, *Notas de futuro sobre el derecho de enmienda, el procedimiento legislativo y su posible suspensión cautelar en el recurso de amparo parlamentario, a la luz del Auto 177/2022 del Tribunal Constitucional*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 38/2023, 39-58.

²⁴ *Amplius*, G. RUIZ-RICO RUIZ, *¿Réquiem por el Tribunal Constitucional?*, cit., 2282-2289.

²⁵ In origine previsto contro le leggi organiche (abrogato con *Ley Orgánica 4/1985*, de 7 de junio) e “sopravvissuto” in relazione alle modifiche degli Statuti regionali (a seguito della reintroduzione con *Ley Orgánica 12/2015*, de 22 de septiembre).

²⁶ Attraverso una lettura ampia degli *interna corporis*, si afferma che «la potestad legislativa [...] no puede ser interferida por ningún otro órgano, ni siquiera por la jurisdicción constitucional, habilitada solo para ejercer un control *a posteriori*, nunca preventivo, del ejercicio de aquella potestad, principio capital que no tiene otra excepción que el recurso previo de inconstitucionalidad» (ATC 177/2022, cit., 8616).

²⁷ *Ivi*, 8622. Per un'interpretazione opposta, E. ALVAREZ CONDE, E. ARNALDO ALCUBILLA, *Autonomía parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, in F. PAU I VALL, *Parlamento y Justicia constitucional*, cit., 49 e 52, secondo cui la dottrina degli *interna corporis* «coincide con el abandono del concepto de prerrogativa o privilegio y la progresiva asunción de una correcta interpretación de la autonomía», restando ferma la sua applicazione «a aquellos actos que no tengan trascendencia externa, ni vulneren derechos o libertades fundamentales».

sua competenza, in tal modo “sbloccando” le nomine fatte dal Governo il 29 novembre 2022.

3. L’ordinanza 17/2019 della Corte costituzionale italiana e i suoi seguiti: la forma è (anche) sostanza?

Pur depurata della tensione istituzionale della fattispecie spagnola, il tema in esame presenta spunti di interesse e contatto anche con riferimento al ruolo giocato in proposito dalla Corte costituzionale italiana.

Come è noto, lo scenario di fondo è rappresentato dal confronto tra il fronte degli *interna corporis* come “zona franca” del potere legislativo²⁸ e quello in cui – venuta meno tale presunzione di immunità dal controllo del giudice delle leggi²⁹ – la Corte costituzionale è invece ammessa «a penetrare nell’interno delle Camere per sindacare la regolarità dei procedimenti con cui esse abbiano deliberato le leggi»³⁰.

Il merito della questione può essere riassunto attraverso il richiamo al trittico costituito dalle ordinanze 9 febbraio 2019, n. 17, 4 dicembre 2019, n. 274 e 18 dicembre 2019, n. 275, con particolare attenzione alla prima e ad alcuni profili procedurali e sostanziali che si agitano *a latere* della casistica analizzata.

Per completezza, va anche ricordato che la menzionata giurisprudenza – con riferimento alla specifica materia della legge di bilancio (ordinanza n. 17/2019) – è stata da ultimo “compendiata” nell’ordinanza 26 marzo 2020, n. 60³¹.

Nel primo caso, si trattava di un conflitto di attribuzione inter-organico promosso rispetto all’approvazione *express* in Senato (tra il 22 e il 23 dicembre 2018) della legge di bilancio per l’anno 2019, mentre nel secondo (le ordinanze 274 e 275 si riferiscono alla stessa fattispecie), il conflitto era sollevato rispetto ad emendamenti ritenuti eterogenei, in sede di conversione, al contenuto originario del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135.

In via speculare rispetto al caso spagnolo, anche in questa sede i ricorrenti denunciavano plurime lesioni del proprio *ius in officium*, declinato attraverso il richiamo agli artt. 67, 68, 70, 71 e 72 Cost., i quali integrano – con parole dell’ordinanza n. 17/2019 – quel «complesso di attribuzioni inerenti al diritto di parola, di proposta e di voto, che [...] spettano [al parlamentare] come singolo rappresentante della Nazione, individualmente considerato, da esercitare in modo autonomo e indipendente».

Nell’ordinanza n. 17/2019, pur affermando che «non v’[era] dubbio che le carenze lamentate dal ricorso a[vesser]o determinato una compressione dell’esame

²⁸ Mutuando l’espressione di P. ZICCHITTO, *Le “zone franche” del potere legislativo*, Torino, 2017.

²⁹ A partire dalla sentenza della Corte costituzionale 9 marzo 1959, n. 9: cfr. P. BARILE, *Il crollo di un antico feticcio (gli “interna corporis”) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, 240 ss.

³⁰ C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, 622 ss.

³¹ A commento, cfr. M. ARMANNO, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l’invalidabile soglia del controllo di ammissibilità*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2020, 195-226.

parlamentare», la Corte sosteneva che, tuttavia, tali violazioni «non appa[riva]no di evidenza tale da superare il vaglio di ammissibilità del conflitto»³².

Allo stesso modo, attraverso la dichiarazione di inammissibilità degli altri due ricorsi, il Giudice delle Leggi era molto attento nel “vincolare” il proprio giudizio alle specificità materiali dei singoli casi e delle vicende parlamentari interessate³³.

In questi termini, è stato sostenuto nell’ordinanza n. 274/2019 che, «se in astratto – la palese estraneità delle disposizioni introdotte in fase di conversione potrebbe costituire un vizio procedimentale di gravità tale da determinare una menomazione delle prerogative costituzionali dei singoli parlamentari, tuttavia – in concreto, nel caso di specie – il ricorso non offre elementi tali da portare all’evidenza di questa Corte né l’asserito difetto di omogeneità dell’emendamento oggetto del presente conflitto, né la conseguente palese violazione delle prerogative dei senatori ricorrenti», non essendo, peraltro, «del tutto mancato il confronto parlamentare, né sui contenuti dell’emendamento, né sulla sua ammissibilità».

In forma analoga, nell’ordinanza n. 275/2019 la Corte sottolineava che, «restando impregiudicata l’eventualità che la presentazione di un emendamento eterogeneo rispetto al testo originario del decreto-legge da convertire possa provocare lesioni alle attribuzioni del singolo parlamentare, nelle specifiche circostanze del caso di specie [...] non risulta prospettata alcuna lesione delle attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare».

A livello generale, diversi sono i profili rimasti “in sospeso” a partire dall’ordinanza “madre” n. 17/2019, la quale sembra presentare più ombre che luci. In primo luogo, l’attivazione del conflitto nel caso di violazioni “gravi e manifeste”³⁴ suscita perplessità in ordine alla creazione di un’inedita modulazione delle tipologie di lesioni costituzionali (con conseguenze diverse, a seconda che tali violazioni siano o meno ritenute esistenti)³⁵ e in relazione all’individuazione della “sostanza” che definisce i requisiti di gravità ed evidenza³⁶.

³² Cons. in dir., §4.2.

³³ Cfr. C.P. GUARINI, *La Corte costituzionale ancora su conflitti tra poteri sollevati da singoli parlamentari tra conferme e prospettive di sviluppo (a margine delle ordinanze nn. 274 e 275 del 2019)* e F. FABRIZZI, *Le ord. 274 e 275/2019 su conflitti di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevati da singoli parlamentari. Dialogando con l’ord. 17/2019*, entrambi in *Osservatorio costituzionale*, 2/2020, 149 ss. e 174 ss.

³⁴ O, per dirla con l’ordinanza 26 marzo 2020, n. 60, di «deformazioni e dilatazioni rispetto alle prassi applicative» che siano «di per sé e *prima facie*, espressione di violazioni». N. LUPO, *Un’ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 4/2019, 11, ha parlato di un «requisito nuovo [...] di creazione tutta giurisprudenziale e che appare tutt’altro che agevole da superare».

³⁵ V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l’ordinanza n. 17 del 2019*, in *Federalismi.it*, numero speciale 3/2019, 271, ha fatto riferimento a un «uso da parte della Corte degli strumenti processuali con molta flessibilità, posta al servizio di palesi ragioni di “politica giudiziaria”, per tali intendendosi l’attenzione e le preoccupazioni della Corte sulle conseguenze sostanziali e sulle ripercussioni fattuali delle sue pronunce».

³⁶ Per un dibattito sull’applicabilità di tale giurisprudenza rispetto all’approvazione della legge 29 dicembre 2022, n. 197 (legge di bilancio per l’anno 2023), si veda *Il Forum – I più recenti sviluppi costituzionali del ciclo di bilancio*, in *Rivista del “Gruppo di Pisa”*, 1/2023, 297-357.

Come è stato ricordato³⁷, così facendo la Corte restringe i confini tracciati dalla sentenza n. 9/1959 – tradendone, forse, anche lo spirito originario³⁸ – la quale aveva limitato tale tipologia di sindacato a «controllare se il processo formativo di una legge si è compiuto in conformità alle norme con le quali la Costituzione direttamente regola tale procedimento».

Il ricorrente è quindi dotato di un'importante strumento a sua disposizione che, però, non può utilizzare – se non attraverso il rispetto, quasi “diabolico”, di numerosi requisiti³⁹ – tanto che ci si è chiesti «a cosa sia effettivamente servito riconoscere al singolo parlamentare la astratta legittimazione a ricorrere in forza del ‘diritto di parola, proposta e di voto’, se poi tale legittimazione viene subordinata al requisito stringente della ‘evidente menomazione’»⁴⁰.

Sul piano procedurale, il quadro delle problematiche sottese è (almeno) duplice. In termini specifici, è stato posto in dubbio che il singolo parlamentare sia «organ[o] competent[e] a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appart[iene]»⁴¹, giacché egli è «organo e non potere: nessuna dichiarazione, nessuna iniziativa legislativa, nessun voto del singolo parlamentare è in grado di impegnare la camera di appartenenza. Solo se lo fosse, sarebbe un *potere* dello stato»⁴².

Allargando la visuale allo strumento “astratto” del conflitto di attribuzione inter-organico⁴³ e, ancor di più, alle competenze della Corte costituzionale, è stato sostenuto che la soluzione approntata – secondo cui *tale* vizio può essere fatto valere ricorrendo solo a *tale* istituto – si innesta in una «innaturale sovrapposizione e confusione delle competenze della Corte, nel tentativo generoso ma ingenuo (tale dimostrato proprio dalla odierna vicenda) posto in essere di colmare strutturali lacune di costruzione del

³⁷ Cfr. S. CURRERI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*, in *Federalismi.it*, 4/2019, 3.

³⁸ Vedi N. LUPO, *I tradimenti delle 'promesse' sulla sindacabilità del procedimento legislativo contenute nella sentenza n. 9/1959 della Corte costituzionale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 173-174/2011, 85-101.

³⁹ Sulla «problematica [...] giustiziabilità delle attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare riconosciute dall'ordinanza n. 17/2019», cfr. G. RIVOCCHI, *La legittimazione del singolo parlamentare nei conflitti tra poteri. Ovvero: l'importanza dell'«ultimo miglio»*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2023, 150.

⁴⁰ C. MASCIOTTA, *Il nuovo limite delle “violazioni manifeste” nel conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato: un'arma spuntata per il singolo parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019, 11.

⁴¹ Art. 37, legge 11 marzo 1953, n. 87.

⁴² A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in *Federalismi.it*, 4/2019, 5. Detta tesi può essere forse smentita accedendo alla ricostruzione di A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano, 1992, 164, secondo cui «competente a dichiarare definitivamente, vorrebbe significare organo dotato anche di un ambito di competenza esercitabile in maniera autonoma e indipendente, poiché definitività non deve essere intesa in senso assoluto, ma piuttosto in relazione alla competenza in questione, nell'esercizio della quale l'organo non deve subire ingerenze da parte di altri organi», con la conseguente qualifica del singolo parlamentare come potere dello Stato, «nell'esercizio di quelle che sono le attribuzioni che la costituzione gli garantisce» (*ivi*, 273). Per M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, vol. I, Milano, 1972, 261, la minoranza parlamentare può essere considerata potere «se [ad essa] sono attribuiti, verso altri organi, diritti tali che facciano di essa un elemento decisivo nella formazione della volontà dello Stato».

⁴³ Sui conflitti inter-organici in ottica comparata, A.J. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1992. Sullo specifico conflitto attivato dai singoli parlamentari, cfr. A. LAURO, *Il conflitto di attribuzioni a tutela del singolo parlamentare*, Bari, 2022.

meccanismo di sindacato sulle leggi attraverso l'arma impropria dei ricorsi per conflitto»⁴⁴, con una ricaduta finale che sembra condurre ad una «polverizzazione della categoria teorica di 'potere dello Stato'»⁴⁵.

Si potrebbe allora discorrere della configurazione «a fin di bene»⁴⁶ di un istituto processuale «quale unico strumento di garanzia in caso di lesione delle proprie attribuzioni costituzionalmente fondate»⁴⁷ – qualificabile come «una sorta di via intermedia tra *saisine parlementaire* e ricorso costituzionale diretto»⁴⁸ – che, tuttavia, si trova “a disagio” – accedendo all'interpretazione restrittiva di “potere” – nel quadro formale in cui è stato inserito dal Giudice delle Leggi.

In termini analoghi, si pensi all'istituto della revisione “europea” nel processo penale (art. 630 c.p.p.), introdotta dalla Corte costituzionale con sentenza 7 aprile 2011, n. 113, «quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»⁴⁹. Tale soluzione è stata codificata nel nuovo art. 628-bis c.p.p., ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

4. *Alcune conclusioni comparate*

È possibile riscontrare una certa diversità tra i casi di Spagna e Italia, riconducibile alla non perfetta sovrapposibilità delle fattispecie “materiali” interessate, dei procedimenti incardinati dinanzi alle Corti costituzionali e delle soluzioni applicate da queste ultime.

Si tenga, inoltre, a mente che gli scenari che rimangono sullo sfondo presentano, in relazione al diritto positivo, una differenza fondamentale: mentre, nel modello spagnolo, non sembra potersi discutere dell'*an* di un procedimento di sospensione cautelare previsto dall'art. 56.6 LOTC in materia di tutela dei diritti fondamentali (e, quindi, anche di quelli delle minoranze in Parlamento)⁵⁰, in quello italiano il problema risiede “a monte”, in

⁴⁴ A. RUGGERI, *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 600.

⁴⁵ *Ivi*, 601.

⁴⁶ A. ANZON DEMMIG, *Conflitto tra poteri dello Stato o ricorso individuale a tutela dei diritti?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2019, 188.

⁴⁷ G. RIVOSECCHI, *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, Padova, 2003, 116. In questo modo, «si è avvertita l'esigenza di assicurare al giudice costituzionale la possibilità di intervenire di fronte a violazioni gravi(ssime) della Costituzione, donde l'apertura per quel che concerne i profili soggettivi del conflitto» (P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale*, cit., 54).

⁴⁸ G. TARLI BARBIERI, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. 9/1959: una nuova «storica (ma insoddisfacente) sentenza?»*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019, 3.

⁴⁹ G. DEAN, *La revisione*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2012, 829, ha parlato di un «caso di revisione [...] inadeguato a recepire la rigida alternativa, prefigurata dall'art. 631 quanto agli esiti del giudizio di revisione, tra proscioglimento e conferma della precedente condanna».

⁵⁰ A differenza di ATC 90/2010, cit., FJ2, il quale aveva negato la sospensione cautelare di alcune disposizioni della legge sull'aborto (*Ley Orgánica* 2/2010, de 3 de marzo) – impugnata con ricorso diretto di costituzionalità – poiché «la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la ley estatal pueda ver impedida su aplicabilidad mediante una medida suspensiva o cautelar». In dottrina, M. REVENGA SÁNCHEZ, *La ideología constitucional de los votos particulares al Auto del Tribunal Constitucional sobre la solicitud de suspensión de la LO 2/2010*, in *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 8/2010, 141-150.

ordine al tipo di strumento da approntare – e modellare – per garantire tale protezione, a fronte di una normativa sul punto che non esiste.

Pur davanti a tale disparità, resta comunque fermo un punto di contatto, relativo all'intreccio tra la protezione giurisdizionale delle minoranze parlamentari ed il ruolo che il Giudice costituzionale è chiamato a giocare rispetto al potere “politico” (legislativo).

Nel caso spagnolo, le opinioni dissenzienti hanno interpretato la decisione adottata richiamando l'esistenza di un lacerante conflitto tra (separazione dei) poteri, nel quale il TC avrebbe esorbitato dalle proprie attribuzioni e illegittimamente sospeso la stessa sovranità parlamentare.

Ciononostante, la posizione di minoranza sembra sovrapporre in modo improprio l'intervento formale del TC – previsto in modo espresso dalla legge in materia di *amparo* – con gli effetti “naturalisti” che ne derivano. In primo luogo, sul piano strutturale tale controllo «no se ofrece en principio como una modalidad de control del parlamento, sino que se ofrece desde la óptica de defender los derechos fundamentales»⁵¹.

Proseguendo nella comparazione tra i modelli di giustizia costituzionale, la situazione in esame pare infatti rievocare il dibattito sorto in Italia intorno all'ammissibilità delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale delle norme penali c.d. “di favore”⁵².

Sul punto, è noto che, con sentenza 23 gennaio 2014, n. 5, la Corte costituzionale ha sciolto il nodo gordiano della questione, affermando che «l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma [...], dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria»⁵³.

Il principio di fondo ben può essere trasposto al caso spagnolo: nel momento in cui il TC concede la sospensione cautelare prevista dalla legge, esso non sta facendo ricorso ad uno strumento “nuovo” o applicandone in modo distorto uno già esistente, come affermato nei *votos particulares*.

Al contrario, «fue justamente el control por parte del Parlamento –encarnado en este caso en los derechos de la minoría– lo que el Tribunal vino a salvaguardar»⁵⁴, “limitandosi” a porre rimedio a una lesione di diritti fondamentali altrimenti irreparabile e rispetto alla quale la sospensione *rationae materiae* del procedimento legislativo –

⁵¹ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El control del Parlamento por el Tribunal Constitucional*, in *Anuario Jurídico de La Rioja*, 2/1996, 333.

⁵² Cfr. M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012.

⁵³ Cons. in dir., §5.1.

⁵⁴ F. SIMÓN YARZA, *El control parlamentario*, in A. DE LA IGLESIA CHAMARRO (a cura di), *El Parlamento a debate en un tiempo nuevo*, Zaragoza, 2023, 265.

prevista dalla LOTC per ogni ipotesi di *amparo* – rappresenta il normale ritorno alla legalità precedente⁵⁵.

Come ha ricordato il Giudice emerito del TC Aragón Reyes, «lo único que el TC ha resuelto es que, por vía de enmienda, no puede hacerse lo que sí se podría mediante una auténtica iniciativa legislativa»⁵⁶. In altre parole, alcuna eccezione di stampo procedimentale avrebbe potuto opporsi in quest'ultimo caso, salvo una possibile impugnazione *ex post* mediante ricorso diretto di incostituzionalità.

Altro (e diverso) aspetto è quello relativo all'opportunità “politica” dell'esistenza di siffatta norma, sulla quale può intervenire il solo Legislatore – ove lo desideri – riformandone il contenuto, senza però potersi pretendere che la potestà normativa del Parlamento possa fungere come presunzione *iuris et de iure* in grado di sottrarre l'attività al sindacato costituzionale (alludendo a una generica «perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido», *ex art. 56.2 LOTC*)⁵⁷ e di “bloccare” la concessione di misure cautelari che esso stesso ha previsto.

Ferma quindi restando la correttezza e doverosità dell'ATC 177/2022 e l'assenza di un *vulnus* al potere legislativo, si ritiene che un confronto ben più interessante debba essere ricondotto alla relazione tra separazione dei poteri e tutela effettiva – e non meramente dichiarativa – dei diritti fondamentali (dei parlamentari)⁵⁸, con specifica attenzione a quest'ultimo profilo⁵⁹.

Per completezza, è doveroso evidenziare che il tema delle attribuzioni dei membri delle Assemblee rappresentative quali diritti fondamentali è stato in più occasioni

⁵⁵ Per A. RUIZ ROBLEDO, *An Institutional Crisis that Dissolved Like a Sugar Cube*, in *Verfassungsblog.de*, 5th January 2023, «the suspension was a decision to ensure that the *amparo* appeal would have some effect and that it would not happen as it did in 2011 when the Constitutional Court's ruling did not serve to repair the violation of the [...] right to political participation». *Contra*, G. NAGLIERI, *Polarizzazione, giurisdizionalizzazione, delegittimazione. La crisi istituzionale spagnola tra regolarità ed anomalie*, in *Federalismi.it*, 4/2023, 80 ss.

⁵⁶ M. ARAGÓN REYES, *El TC ha actuado correctamente*, in *El Mundo*, 23 dicembre 2022.

⁵⁷ In questo senso, «la independencia de las Cámaras [...] no puede servir como argumento para exonerar que cumplan el principio [democrático] que les da origen, que determina su forma de actuar y que constituye su finalidad primera» (P. BIGLINO CAMPOS, *Los vicios en el procedimiento legislativo: la postura del Tribunal Constitucional en la Sentencia 99/87*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24/1988, 225).

⁵⁸ Poiché «tutelar, cautelarmente, los derechos fundamentales forma parte [...] de la esencia del recurso de amparo, y por tanto, de la función del Tribunal Constitucional» (C. CHINCHILLA MARÍN, *Art. 56*, in J.L. REQUEJO PAGÉS (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001, 879).

⁵⁹ Lo spunto è stato espresso da L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento*, in *Revista de Administración Pública*, 107/1985, 91, secondo cui tale conflitto emerge «como una doble faz, como una contradicción de tendencias, cuyo punto de encuentro es difícil determinar apriorísticamente: oportunidad, así, de un control para enmendar agravios flagrantes y de consistencia, pero también, sin duda, como principio inspirador, la idea del amplio ámbito de actuación que debe concederse al Parlamento en un Estado que el constituyente ha calificado de parlamentario».

discusso dalla dottrina, sia sul piano del loro inquadramento formale⁶⁰, sia in relazione all'opportunità di correggerne eventuali lesioni attraverso l'*amparo*⁶¹.

Invero, il dibattito sul punto si scontra con una giurisprudenza del TC granitica a proposito di tale riconoscimento e una normativa che ammette il ricorso diretto *ex art.* 42 LOTC per lesione di diritti "parlamentari" fondamentali. Lo spunto è, tuttavia, utile ai fini dell'inquadramento della tematica nell'ambito della giurisprudenza della Corte costituzionale e dei rimedi processuali attraverso cui fare fronte a tali situazioni.

Nel contesto italiano, il «mancato decollo del sindacato sui vizi procedurali»⁶² non deve trarre in inganno circa l'assenza di criticità e l'esigenza di riflettere (anche in termini comparati) sulle prospettive future sollecitate in questo terreno dalle importanti novità – di metodo e merito – introdotte "con riserva" a partire dall'ordinanza n. 17/2019, alla luce del fatto che «il rispetto della disciplina costituzionale del procedimento legislativo [...] deve essere considerato irrinunciabile ai fini della legittimità delle leggi»⁶³.

Pur attraverso un canale differente rispetto a quello tracciato dal Legislatore spagnolo e percorso dal TC, l'apertura della Corte costituzionale italiana (tra molti *caveat*) di una piccola porta al singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzioni per violazione – grave e manifesta – delle sue prerogative sembra dare rilievo alla latenza di un problema che, prima o poi, potrebbe esplodere in tutta la sua potenza.

Tale situazione dovrebbe altresì portare ad interrogarsi "preventivamente" sull'esigenza di definire rimedi volti a garantire in modi efficaci e tempi immediati la tutela dei diritti delle minoranze parlamentari, sulla scia, ad esempio, di quanto previsto in Spagna dall'art. 49 della *Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General* (LOREG) in ordine all'*amparo* in materia di contenzioso elettorale⁶⁴.

Forse – e qui la decisione è, ancora, nelle mani del Parlamento – la strada potrebbe anche passare dall'estensione espressa al conflitto inter-organico della tutela cautelare già prevista, per «gravi ragioni»⁶⁵, in materia di conflitto di attribuzioni intersoggettivo tra Stato e Regioni⁶⁶ o, addirittura, dall'introduzione – ad oggi improbabile – di meccanismi

⁶⁰ Per una lettura critica, P. BIGLINO CAMPOS, *Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?*, in *Revista de las Cortes Generales*, 30/1993, soprattutto 86 ss.

⁶¹ Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO, *Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios*, in F. PAU I VALL, *Parlamento y Justicia constitucional*, cit., 226 ss.

⁶² P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale*, cit., 54 ss.

⁶³ M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2018, 836.

⁶⁴ Art. 49 LOREG: «1. A partir de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo [...] 3. La resolución judicial, que habrá de dictarse en los dos días siguientes a la interposición del recurso, tiene carácter firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional [...] 4. El amparo debe solicitarse en el plazo de dos días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los tres días siguientes».

⁶⁵ Art. 40, l. 11 marzo 1953, n. 87.

⁶⁶ *Amplius*, A. LO CALZO, *Stato e Regioni di fronte alla Corte costituzionale nell'emergenza da Covid-19. Riflessioni in tema di fondamento e prassi del potere di sospensiva nel giudizio in via principale*, in *Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 2/2021, 85-128.

normativi di ricorso diretto “speciale” alla Corte costituzionale per violazione di tali diritti fondamentali⁶⁷.

Sul primo punto, uno spiraglio in materia è già offerto dall’ordinanza 25 ottobre 2017, n. 225, nella quale la Corte costituzionale ha ammesso in via analogica (seppur in termini generici e solo in punto di principio) che «anche nei conflitti tra poteri dello Stato può porsi la necessità di assicurare in tempi brevi una protezione interinale alle attribuzioni della parte ricorrente», sicché la sospensione cautelare prevista nei conflitti intersoggettivi «deve ritenersi analogicamente applicabile anche a questi giudizi»⁶⁸.

In tali casi, la strada della tutela da parte del Giudice delle Leggi è l’unica possibile poiché, come è stato ricordato nella fattispecie spagnola, «el marco de garantías del que disponen los eventuales recurrentes para invocar sus derechos fundamentales es más estrecho, al carecer de una vía jurisdiccional previa al amparo constitucional en la que postular la reparación de los derechos vulnerados»⁶⁹.

Con riferimento alla tutela cautelare, è stato osservato che, nei casi citati, l’utilizzo della fase (preliminare) di ammissibilità del conflitto di attribuzioni da parte della Corte costituzionale quale strumento “anticipatorio” del merito delle questioni sottese «ricorda quello di un giudizio cautelare innanzi a un giudice amministrativo»⁷⁰: ciononostante, al di là della dimensione processuale, nel giudizio davanti al Giudice delle Leggi si tratta di una tutela che, intervenendo a legge già approvata, in nulla anticipa l’effetto “protettivo” rispetto alla potenziale lesione di un diritto.

È stato ricordato che «quando le irregolarità procedurali divengono espressione di prevaricazione dei forti (la maggioranza) contro i deboli (la/e opposizione/i), l’esigenza

⁶⁷ In tema di “compenetrazione” tra tutela cautelare e ricorso diretto per lesione dei diritti fondamentali, cfr. R. ROMBOLI, *La riforma dell’amparo costituzionale in Spagna e l’introduzione di un ricorso individuale diretto in Italia*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2012, 195-196, secondo cui si potrebbe pensare «ad un procedimento speciale, sul tipo dell’amparo giudiziario spagnolo, per la tutela dei diritti costituzionali, vale a dire un procedimento più rapido ed agile con cui far valere la violazione degli stessi davanti al giudice comune, al quale potrebbe essere riconosciuto il potere di concedere una tutela cautelare immediata, ad evitare il verificarsi di danni irreparabili». Le specificità del tema qui oggetto di esame, tuttavia, impongono di riferire tale schema di tutela diretta alla sola Corte costituzionale. Sulla «introduzione di forme di azione diretta [...] nell’ipotesi di impugnazione di atti della procedura legislativa», vedi *ivi*, 351, V. ONIDA, *Relazione di sintesi: prospettive di ampliamento dell’accesso alla giustizia costituzionale*.

⁶⁸ Fermo restando che, come ha evidenziato J. FERRACUTI, *Tutela cautelare e conflitti tra poteri dello Stato. Verso un’estensione dei rimedi cautelari propri del processo amministrativo ai relativi giudizi?*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 219, «il dato interessante è, piuttosto, quello di verificare quanto strette siano le maglie all’accesso alla tutela cautelare nei giudizi di cui si discute, ossia l’interpretazione, restrittiva o meno, che la Corte darà ai presupposti per accordare la tutela cautelare eventualmente richiesta dai ricorrenti», il che sarebbe forse meglio garantito – almeno in termini strutturali – dalla configurazione di una cornice normativa formale delle modalità e condizioni di esercizio.

⁶⁹ ATC 177/2022, cit., 8577. In caso contrario, bisognerebbe «‘fare i conti’ con [il] problema [...] della insussistenza di qualsivoglia forma di tutela cautelare quando, per la natura dell’atto impugnato, la cognizione di esso dovesse essere preclusa ai giudici comuni» (I. LOLLI, *La sospensione cautelare degli atti impugnati nei conflitti fra poteri: ancora un’occasione mancata dalla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1997, 1744).

⁷⁰ M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione*, cit., 208.

di proteggere questi ultimi diventa centrale per assicurare il corretto funzionamento del sistema democratico»⁷¹.

Occorre allora evitare che, in situazioni che involgono una lesione non solo *in procedendo* (risolvibile in Parlamento su base regolamentare), bensì legata a principi fondamentali della Costituzione, l'opposizione rimanga «sguarnita di difese costituzionali»⁷², approntando strumenti che – scongiurando un «cedimento sul fronte delle garanzie del procedimento legislativo»⁷³ – siano volti a garantirne una protezione tempestiva ed effettiva⁷⁴: il ruolo delle Corti costituzionali quali «vigilante[s] que debe[n] vigilar»⁷⁵ sembra allora quello più idoneo.

In questo senso, un ultimo spunto interessante sembrerebbe offerto dalla previsione di un ricorso delle minoranze parlamentari «non dissimile a quello introdotto nell'ordinamento francese con la riforma del 1974, con cui si è attribuita ad un numero non elevato – ma neppure esiguo – di parlamentari la facoltà di impugnare una delibera legislativa in un momento antecedente alla promulgazione»⁷⁶.

Il carattere “preventivo” del ricorso potrebbe così garantire – in parallelo alla previsione di tempi di decisione stringenti⁷⁷ – l'effettività piena della tutela, aprendo tuttavia ulteriori interrogativi in ordine all'esigenza di ampie riforme “di sistema” del modello di giustizia costituzionale italiana.

⁷¹ P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale*, cit., 57.

⁷² A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, in *Federalismi.it*, 4/2019, 4.

⁷³ M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione*, cit., 211.

⁷⁴ Pertanto, «la tutela cautelare è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale» (ord. n. 225/2017). Sul principio di effettività della tutela quale condizione per l'esercizio “generale” del potere di sospensiva da parte della Corte, cfr. B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto tra poteri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2000, 1341 e G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 388. *Contra*, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, vol. II, Milano, 1972, 165, secondo cui «il legislatore non ha ritenuto consentaneo alla natura dei poteri dello Stato di assoggettare i loro atti alla potestà sospensiva della Corte».

⁷⁵ E. ARNALDO ALCUBILLA, *Tiempo de Constitución. Límites, controles y contrapesos del poder*, Madrid, 2021, 210.

⁷⁶ P. PASSAGLIA, *Giustizia costituzionale e procedimento legislativo*, in V. COCOZZA, S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale. Atti del convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000*, Torino, 2001, 327-328.

⁷⁷ «Il carattere preventivo dell'impugnativa (che precede l'entrata in vigore della legge) impone la predeterminazione di termini sia per la presentazione del ricorso al giudice delle leggi (a pena di decadenza), sia per la decisione di quest'ultimo» (G. D'ORAZIO, *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi*, Milano, 1996, 101).



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

INSTABILITÀ POLITICA E RISCHI DI SCONFINAMENTI DEGLI ORGANI DI GARANZIA: CONSIDERAZIONI SU COME LIMITARLI

ANIELLO FORMISANO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le recenti trasformazioni della comunicazione della Corte costituzionale nell’era dei social media e il suo rapporto con l’opinione pubblica: potenzialità e scenari poco auspicabili. – 3. La comunicazione del capo dello Stato nell’agorà digitale e l’instabilità politica come fattore determinante per la sua evoluzione. – 4. L’instabilità politica come fonte di espansione degli organi di garanzia: quali prospettive per il futuro?

1. Considerazioni introduttive

Come si cercherà di dimostrare, l’instabilità politica e i momenti di vuoto politico e legislativo rappresentano i principali fattori che hanno determinato una espansione dei ruoli della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica¹.

¹ Nei termini di “situazione di prossimità” tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica si esprime GIU. SERGES, *Il “potere neutro” del giudice delle leggi e la sua (inevitabile?) “responsabilizzazione” politico-istituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima politica e quella giurisdizionale*, Torino, 2016, 357 ss.; R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 333 ss., il quale qualifica entrambi “custodi” o “garanti”, della Costituzione registrando delle profondissime diversità dei presupposti, degli strumenti e degli effetti della loro azione. È stata evidenziata anche una sorta di “convergenza

Con riferimento al Presidente della Repubblica si pensi di recente alla formazione del governo Draghi. Le varie vicende politiche che si sono susseguite prima della sua formazione hanno portato ad una continua espansione della fisarmonica presidenziale, portandolo ad assumere scelte che, secondo ad alcuni commentatori², sono sembrate porsi oltre ai limiti consentiti. Oltre dalla celebre metafora della fisarmonica di Giuliano Amato, una simile tendenza espansiva è stata avvertita già da tempo da Philippe Lauvaux e Armell Le Divellec i quali nel capitolo dedicato all’Italia del loro manuale “Les grandes démocraties contemporaines” evidenziano come i due pilastri interpretativi delle vicende politiche sono stati i partiti e il capo dello Stato italiano³, che indiscutibilmente dispone di diritto e di fatto del «*des pouvoirs les plus larges et les moins contestés*»⁴.

Più precisamente a partire dalla Presidenza Scalfaro e con la crisi dei partiti «le virtualità dualiste del sistema costituzionale si sono largamente rivelate a causa della crisi stessa che lo colpisce»⁵. È emersa, infatti, la fisionomia di un Presidente della Repubblica che assume le vesti di “grande regolatore del gioco costituzionale”⁶, che lo ha portato ad essere non più un semplice “regista” ma “protagonista” del copione per l’assenza di un chiaro indirizzo politico nazionale⁷. Dal 1989 in poi⁸ con l’indebolimento del sistema dei partiti, questo dualismo si è manifestato⁹ a tal punto da portare ad un mutamento di fatto

parallela” tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica (D. CHINNI, *Decretazione d’urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, 313).

² M. PODETTA, *La sovraesposizione del Presidente Mattarella nella gestione delle crisi di governo durante il suo primo mandato*, in *Costituzionalismo*, 2/2022; P. AMAROLI (a cura di), *Mattarella 1 & 2. L’ombrello di Draghi. Ritratti a matita dei 12 Presidenti*, Lucca, 2022, 22 ss.

³ In questo lavoro “capo di stato” si scriverà con la “c” di capo minuscola e “S” di Stato maiuscola in linea con quanto previsto dall’art. 87 della nostra Costituzione che adopera questa scelta lessicale. Si tratta di una scelta non causale ma indica la diffidenza che in Assemblea costituente si aveva nei confronti dei “Capi” (M. LUCIANI, *Il giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 18).

⁴ P. LAUVAUX, A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, 2015, 823. Infatti, seppure da un punto di vista formale i poteri del presidente della Repubblica sono esercitati con controfirma ministeriale siano proprie di un capo dello stato in un parlamentarismo monista (al riguardo gli Autori riportano gli esempi delle due figure presidenziali delineate dalla Carta della IV Repubblica francese 1946 e la legge fondamentale di Bonn del 1949), sotto il profilo sostanziale gli atti del presidente della Repubblica sono espressione di un *pouvoir propre*. In particolare, gli Autori evidenziano come, rifacendosi all’esperienza tedesca del Presidente del Reich nella Repubblica di Weimar, il potere proprio capo dello Stato non deriva dall’assenza della controfirma essendovi stati casi in cui l’esercizio dei poteri presidenziali propri del capo dello Stato sia stato accompagnato dalla controfirma ministeriale. Per gli Autori il potere proprio dipende dal fatto che la controfirma, qualora richiesta, sia dovuta, al netto di un utilizzo illegale o manifestamente abusivo. Ne deriva che quindi il “potere proprio” malgrado sia ancorato alla regola della controfirma non induce una competenza condivisa/concorrente.

⁵ P. LAUVAUX, A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties*, cit., 837.

⁶ E. Tosato, in sede di discussione nell’Assemblea costituente, seduta del 19 settembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, vol. IV, Roma, 1970, 2946.

⁷ La metafora del passaggio del Presidente della Repubblica da regista a protagonista del copione è utilizzata da G. ZAGREBELSKY, *La democrazia dall’alto*, in *La Repubblica*, 25 febbraio 2021.

⁸ Sul punto si veda il recente studio di S. CECCANTI, *La Presidenza forte tra “gronchismo” e gollismo. Gronchi per una pratica “gollista” delle istituzioni con l’intento di aprire al centro-sinistra? Tra legittimità costituzionale sostanzialmente rispettata e fallimento politico*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1/2023, 165-166 il quale evidenzia come già prima una forma di “scricchiolio” delle virtualità dualiste, a cui facevano riferimento P. Lauvaux e Le Divellec, era emersa durante la Presidenza Gronchi

⁹ Sul punto M. DUVERGER, *Le système politique français*, Paris, 1996, il cui merito è utilizzare il metodo combinatorio per spiegare il funzionamento delle istituzioni.

della forma di governo italiana definita dagli Autori nei termini di una “forma di governo parlamentare a correttivo presidenziale”¹⁰.

Così come il Presidente della Repubblica anche con la Corte costituzionale emerge una simile tendenza: nei momenti in cui si realizza una situazione di inefficienza del sistema politico ecco che la Corte espande il proprio ruolo, cercando di supplire l’inerzia del legislatore. Ciò è avvenuto specialmente tramite la creazione di nuovi diritti¹¹ così anche con la proliferazione ed evoluzione delle proprie tecniche decisorie che permettono alla Corte di penetrare sempre di più nel campo materiale tradizionalmente considerato di esclusiva competenza del legislatore. Un simile ampliamento delle tecniche decisorie ha portato la Corte ad assumere un ruolo che si è discostato sempre più dall’immagine kelseniana del legislatore negativo¹², in base alla quale il Tribunale costituzionale dovrebbe limitarsi ad applicare soltanto la Costituzione formale. Orbene, questa supplenza svolta dalla Corte, pur se “non richiesta e non gradita”¹³, pone il rischio che la Consulta possa sostituirsi direttamente al legislatore, fenomeno denunciato dalla dottrina nei termini di “suprematismo giudiziario”¹⁴ o “normativismo giudiziario”¹⁵.

Questa tendenza emerge non solo quando la Corte cerca di riconoscere i nuovi diritti provocando un arricchimento dell’«armamentario decisionale costruito dalla giurisprudenza»¹⁶ ma anche quando si imbatte con quello che è stato definito “non normato costituzionale”¹⁷, cioè quando deve interpretare tutti quegli articoli della nostra Costituzione caratterizzati da un linguaggio ambiguo e indeterminato¹⁸. Già Kelsen evidenziava che la forza creativa dei giudici costituzionali emerge quando questi si trovano ad assumere come parametro principi costituzionali indeterminati. Al fine di evitare un simile stato di cose è necessario che il Giudice delle leggi non usi come parametro norme indeterminate che richiamano valori controversi come libertà,

¹⁰ Al riguardo si v. P. LAUVAUX, A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties*, cit., 942. Va evidenziato come le ricostruzioni di Lauvaux sono del resto fedeli all’impostazione che è emersa in Assemblea costituente del relatore Egidio Tosato che sottolineava come il Presidente della Repubblica fosse il “grande regolatore del gioco costituzionale” che ricorda quello weimerano.

¹¹ Al riguardo parlano di “invenzione del diritto” P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017; A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale verso l’ignoto*, in *Diritti comparati*, 2/2022, 558.

¹² H. KELSEN, *On the Nature and Development of Constitutional Adjudication*, in L. Vix (edited by), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, 2015, 45-46; F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, 1985, 571, secondo il quale il principio di costituzionalità non è solo *limite negativo*, ma anche *positivo*, ossia indicativo degli scopi, degli obiettivi e dei programmi che la Costituzione delinea per gli organi costituzionali in genere

¹³ Il pensiero è stato espresso nel 2004 dal Presidente Zagrebelsky, con specifico riguardo al faticoso compito cui la Corte si è trovata obbligata a far luogo per rimediare alle non poche carenze esibite dal nuovo Titolo V (accessibile al seguente link <http://www.regioni.it>).

¹⁴ In tal senso si v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, 12/2021.

¹⁵ Sul punto si v. G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, spec. 1715-1716.

¹⁶ F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2016, 726 ss.

¹⁷ A. RUGGERI, *Il “non normato” costituzionale e le sue specie*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2022, 37 ss.

¹⁸ Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Diritto e società*, 2/2014, 267 ss.; sulla differenza tra silenzi, lacune e vuoti costituzionali si v. A. RUGGERI, *Il “non normato”*, cit., 39 ss.

eguaglianza, giustizia, etc....¹⁹. Ciò che andrebbe fatto è realizzare una maggiore precisione e chiarezza nel linguaggio. Bisognerebbe ripudiare, quindi, un linguaggio ambiguo ed evitare in questo modo che la Corte possa tramite la sua attività interpretativa fare chiarezza sul significato di principi astratti e ambigui contenuti nelle leggi²⁰. In parole povere l'opera di «metamorfosi dei principi in regole»²¹ non deve spettare alla Corte costituzionale tramite la sua opera interpretativa ma al legislatore.

Alcune chiare indicazioni di quanto detto emerge dalla lettura delle materie contenute nell'art. 117, comma 2 della Costituzione. Molte di queste sembrano davvero riferirsi a settori materiali di attività altre, invece, «non alludono solo ai diversi campi o ambiti di disciplina, governati da principi unitari o almeno da regole specifiche (come l'urbanistica, la sanità, l'agricoltura), ma si riferiscono anche e piuttosto a compiti propri dello Stato, di natura tale che possono essere soddisfatti soltanto mediante interventi legislativi all'interno di discipline appartenenti alle 'materie' più diverse»²². Ne deriva che, quindi, nelle norme in oggetto i contenuti non possono essere considerati in alcun modo omogenei anche in considerazione del fatto che gli ambiti di intervento statale esclusivo rappresentano titoli di natura tra loro diversificata²³. Per questo si spiega anche il tendenziale eclettismo interpretativo che potrebbe ravvisarsi leggendo le varie pronunce della Corte. Infatti, se l'elenco è eterogeneo, come avviene nel caso della norma in commento, il criterio interpretativo per dare contenuti alle scarse indicazioni delle etichette costituzionali non può essere unico: si tratta di due realtà normative (materie in senso proprio e materie trasversali) che richiedono eterogenee modalità interpretative. Da un esame complessivo della giurisprudenza costituzionale sulle materie sembra emergere che il terreno d'elezione della sua spinta interpretativa sia rappresentato dalle materie che questa ha diversamente qualificato come "materie-valore" (la tutela dell'ambiente)²⁴ o "materie-funzione" (la tutela della concorrenza²⁵, il coordinamento della finanza pubblica²⁶). L'ultimo titolo richiamato viene considerato «più che una materia, una

¹⁹ H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, [1930-1931], trad. it. a cura di C. Geraci, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 253. Lo stesso Schmitt nella nota polemica con Kelsen ravvisava l'impossibilità di un modello di giustizia costituzionale giurisdizionale facendo leva proprio sull'aspetto della indeterminatezza dei principi assunti come parametro nei giudizi della Corte (cfr. K. Schmitt, *Il custode della costituzione?*, [1931], trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, 128 ss.).

²⁰ R. ZACCARIA, *Il linguaggio del legislatore e della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2023, 144; ID (a cura di), *La buona scrittura delle leggi, Camera dei deputati*, Roma, 2012; L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, 2019.

²¹ A. RUGGERI, *Il non normato*, cit., 49.

²² G. FALCON, *Modello e "transizione" nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 6/2001, 1251.

²³ Tanto che sono state definite come "pseudo enumerazioni materiali" (cfr. P. CARROZZA, *Le materie: uso delle tecniche di enumerazione materiale e modelli di riferimento del regionalismo di esecuzione previsto dal nuovo Titolo V della Costituzione*, in G.F. FERRARI, G. PARODI (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, Padova, 2003, 88).

²⁴ Definita così a partire dalla sentenza n. 407 del 2002. Tra i recenti contributi sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla materia ambiente si v. A. VUOLO, *L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Nomos*, 2/2021; P. COLASANTE, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *federalismi.it*, 20/2020, 123 ss.

²⁵ M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Torino, 2019.

²⁶ Per una analisi della giurisprudenza più recente si v. G. RIVOCCHI, *A vent'anni dalla riforma del Titolo V: finanza e tributi nella Repubblica delle autonomie*, in *federalismi.it*, 20/2022, 374 ss.

funzione che, a livello nazionale, e quanto alla finanza pubblica nel suo complesso, spetta allo Stato»²⁷ dove i confini oggettivi della materia non sono predeterminabili e possono coincidere con la disciplina di diversi aspetti che attengono all’organizzazione degli enti quali a titolo esemplificativo: l’acquisto di beni e servizi²⁸, l’accesso al mercato dei capitali da parte degli enti territoriali²⁹, l’assunzione del personale³⁰, la riscossione di crediti di modesto ammontare³¹.

Invero, la Corte cerca di superare le lacune normative nel «tentativo di razionalizzare alcune contraddizioni del nuovo Titolo V, indicando al legislatore – e, più in generale, agli attori istituzionali in campo – una possibile via da seguire per delineare i contorni di un nuovo regionalismo»³². Ciò realizza uno scenario in cui laddove il legislatore non arriva, arriva la Corte con le sue pronunce e ciò fa acquisire una maggiore autorevolezza davanti ai cittadini³³.

Questo clima di supplenza è emerso anche durante la pandemia con riferimento al principio di leale collaborazione. La Corte costituzionale nella sua giurisprudenza ha ritenuto talvolta sufficiente una intesa forte, altre volte una intesa debole, in altre occasioni ha ritenuto sufficiente che le Regioni fossero semplicemente “sentite” e da ultimo, con la sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 assistiamo a una sorta di obliterazione del principio di leale collaborazione³⁴.

2. Le recenti trasformazioni della comunicazione della Corte costituzionale nell’era dei social media e il suo rapporto con l’opinione pubblica: potenzialità e scenari poco auspicabili

Dall’analisi fin qui svolta emerge come l’instabilità politica rappresenta il filo rosso che lega l’espansione del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale negli ultimi anni. Con riguardo al Presidente della Repubblica questa espansione si è manifestata con la formazione dei vari Governi da ultimo si ricorderà la nascita del Governo Draghi, in cui, in linea con la designazione dei governanti nelle precedenti legislature³⁵, il Presidente della Repubblica «da arbitro è divenuto uno degli attori principali», spostando «il vincolo fiduciario di natura politica dal rapporto governo-

²⁷ Corte cost., n. 414 del 2004.

²⁸ Corte cost., nn. 162 del 2007; 417 del 2005; 17 e 36 del 2004.

²⁹ Corte cost., n. 376 del 2003.

³⁰ Corte cost., nn. 149 del 2017; 412 del 2007; 4 e 412 del 2004.

³¹ Corte cost., n. 30 del 2005.

³² Sul punto si v. C. MAINARDIS, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 142-143.

³³ Il dibattito sul collegamento tra legittimazione democratica e giustizia costituzionale ha avuto una fiorente evoluzione nella letteratura americana. Ex multis: A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Connecticut, 1986, 1 ss.; M. SHAPIRO, *Law and Politics in the Supreme Court*, New York, 1964; R.A. POSNER, *Reflection on Judging*, Cambridge, 2013; M.J. GERHARDT – S.M. GRIFFIN – T.D. ROWE JR, *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, U.S., 2007; K.E. WHITTINGTON, *Political Foundations of Judicial Supremacy*, Princeton, 2009, 82 ss.

³⁴ C. CARUSO, *Il regionalismo autocratico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia*, 13 aprile 2021.

³⁵ S. CECCANTI, S. CURRERI, G. PASSARELLI, *La designazione dei governanti*, in *federalismi.it*, 19/2017.

parlamento al rapporto presidente-ministri, conferendo al Presidente della Repubblica il potere di predeterminare l’indirizzo politico»³⁶.

La Corte costituzionale, invece, ha svolto progressivamente una attività supplenza a causa dell’incapacità decisionale del Parlamento che, di fatto, nega l’attuazione di valori costituzionali. Emblematico a tal riguardo è stato il caso Cappato dove i giudici costituzionali, muovendo da una mancata esplicita esclusione del penalmente rilevante dell’ipotesi di condotta di aiuto al suicidio, svolgono una attività di supplenza nei confronti del legislatore colmando una lacuna costituzionale relativa a una disciplina legale ritenuta necessaria. E la Corte lo ha fatto adottando una tipologia decisoria bifasica tesa a rispettare la discrezionalità del Parlamento mediante una valorizzazione della leale collaborazione “istituzionale”³⁷.

Ulteriore fattore determinante emerso negli ultimi anni che ha contribuito alla progressiva espansione di entrambi organi di garanzia è rappresentato dall’impiego della comunicazione e dei *media*. Con riferimento al ruolo mediatico che la Corte svolge, la dottrina distingue tra attività istituzionali *stricto sensu* e attività istituzionali *lato sensu* ossia attività libere che ciascun giudice può fare o non fare (partecipazione a convegni, i podcast della Corte, dichiarazioni resi alla stampa, i viaggi nelle carceri o i viaggi nelle scuole ma anche alle c.d. esternazioni dei Presidenti della Corte rese alla stampa o in convegni, seminari che rappresenta il collegio di cui fa parte).

Accanto ai rischi di una possibile accentuazione dell’anima politica della Corte nell’uso delle esternazioni, emergono una serie di aspetti positivi che non possono essere sottovalutati. Il Giudice costituzionale, ad esempio, con i comunicati stampa può risolvere il problema delle fughe delle notizie³⁸, essendo «portato a spiegare le ragioni delle decisioni attraverso un’opera di semplificazione e di chiarificazione dei “tecnicismi” delle pronunzie, che rende comprensibile anche ai non giuristi la portata dei propri decisa; per altro verso, però, non può prescindere dagli stessi “tecnicismi”, quanto meno nella misura in cui questi sono necessari per la stesura della motivazione»³⁹.

Considerati i possibili rischi di una politicizzazione eccessiva degli organi di garanzia che utilizzano forme di comunicazioni informali all’opinione pubblica, cosa dovrebbe fare la Corte? È necessario che torni a parlare solo con le proprie sentenze?

Tornare all’idea secondo cui la Consulta “parla solo con le proprie sentenze”, sembra uno scenario certamente poco auspicabile in quanto significherebbe vanificare tutti gli aspetti positivi che sono stati individuati. Quello che andrebbe fatto è evitare

³⁶ A. LUCARELLI, *Il modello dualista dei “Presidenti”: prodromi del cambiamento della forma di governo parlamentare*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on line*, 1/2021, 2 ss.

³⁷ Sul caso Cappato si v. P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l’esigenza di un intervento legislativo in materia di “fine vita”*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020; M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020; B. LIBERALI, *L’aiuto al suicidio “a una svolta”, tra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Diritti comparati*, 9 dicembre 2019.

³⁸ Sul ruolo della trasparenza assunto dai comunicati stampa si v. A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul complesso rapporto tra corti, media ed opinione pubblica*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 11 febbraio 2023, 127 ss.

³⁹ S. PAJNO, *La Corte “mediatica”: aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, 137 ss.

l'eccesso, risultando necessario, per utilizzare le parole della Consulta, un uso morigerato, prudente, ragionevole ed equilibrato delle esternazioni⁴⁰.

La moderazione e la discretezza, come afferma la stessa Corte con riferimento al Presidente della Repubblica, sono le parole d'ordine che lei stessa deve seguire nella propria comunicazione al fine di rafforzare quel (pienamente legittimo) sostegno da parte dell'opinione pubblica mediante una migliore conoscenza sull'attività svolta. Si tratta, quindi, di un'opera di “mediatizzazione” ben commisurata alla natura propria di un organo costituzionale, chiamato ad operare in condizioni di trasparenza e che si realizza attraverso un flusso di conoscenze dall'interno verso l'esterno ma anche (si veda la riforma delle norme integrative del 2020) dall'esterno verso l'interno.

Al fine di garantire una comunicazione quanto più moderata e discreta, con la nomina della nuova Presidente della Corte costituzionale sembrano esservi già alcuni segnali che indicano un “cambio di passo”⁴¹ rispetto al precedente registro comunicativo adottato dalla Consulta che, malgrado i buoni propositi, a causa di una talvolta eccessiva sovraesposizione mediatica, è stato particolarmente criticato per i possibili rischi degenerativi⁴². In particolare, simili rischi sono stati evidenziati in occasione di un recente convegno tenutosi a Bologna a novembre 2022. I vari relatori hanno sottolineato come un eccessivo attivismo della Corte sul versante della comunicazione si intreccia sul piano della legittimazione della Corte che può ottenere non più solo *nel* processo, quindi con le sue pronunce, ma soprattutto *fuori* dal processo, rischiando di passare dal terreno della

⁴⁰ Come sottolineato dalla Corte nella sentenza n. 1/2013, punto 8.3 del considerato in diritto. Sul punto si v. S. GIANNELLO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013: l'occasione per riflettere sulla responsabilità e sul ruolo del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, 3/2013; E. FURNO, *La responsabilità del Presidente della Repubblica dopo la sentenza n. 1/2013 della Corte costituzionale*, Torino, 2014; F. FERRARI, *Ma non era una Repubblica? Sul ruolo costituzionale del Presidente della Repubblica dopo Corte cost. 1/2013*, in *federalismi.it*, 19 giugno 2013.

⁴¹ Al riguardo si v. L. MILELLA, *La Consulta sceglie il silenzio stampa. Proprio mentre arriva il governo Meloni*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 1/2023, 17, che nel sottolineare la fine della collaborazione di Donatella Stasio evidenzia come, partendo dal silenzio serbato dalla Corte nei confronti dell'elezione della Meloni, tende ad affermarsi «l'idea che si debba “tornare indietro”, tornare al silenzio degli anni in cui alle conferenze stampa della Corte partecipava un pugno di giornalisti, e non vi erano né domande, né tantomeno risposte».

⁴² In particolare interessanti appaiono alcuni dati forniti in occasione del convegno sui rischi degenerativi messi in luce G. SOBRINO, *Genesis, forme e finalità dell'attuale rapporto tra la Corte Costituzionale e l'opinione pubblica: contributo alla discussione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1/2023, 93 ss., il quale specialmente con riferimento ai numeri di comunicati stampa evidenzia come «si è passati da una media di 1/2 all'anno nel periodo 2003-2017 a 40/50 all'anno dal 2018 ad oggi»; V. STELLA, *Dalla Corte costituzionale sempre più trasparenza ma nessun “Viaggio” tra i familiari delle vittime*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1/2023, spec. 8, nella parte in cui scrive «Voglio ricordare che a noi giornalisti, sotto la conduzione di Donatella Stasio, in questi ultimi anni è stata data la possibilità di rivolgere al Presidente anche trenta domande in conferenze che sfioravano le due ore»; C. SALAZAR, *La Corte costituzionale tra le maglie della Rete: qualche considerazione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1/2023, che analizza i rischi dei comunicati anticipatori di frequenza impiegati porterebbero a una sorta di “auto-vincolo” per la Corte che difficilmente se ne può discostare; S. PANIZZA, *La (disomogenea) prassi dei comunicati stampa relativi all'avvenuta elezione del Presidente della Corte costituzionale italiana*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1/2023, che evidenzia la prassi degli ultimi nella quale, a partire dal 2016, nei comunicati stampa di elezione della Presidente della Corte si riporta anche l'esito del voto del giudice eletto.

“fiducia”⁴³ a quello della “legittimazione”⁴⁴ del proprio operato ma anche della “delegittimazione” laddove compia qualche passo falso⁴⁵.

La necessità della discretezza e moderazione⁴⁶ ci porta a riflettere che non è auspicabile né l’eccesso di attivismo della Corte⁴⁷ né una eccessiva astensione nell’esplicazione pubblica. Una eccessiva sovraesposizione della Corte potrebbe, infatti, realizzare i rischi avvertiti dalla dottrina più critica e definiti nei termini di “suprematismo giudiziario”⁴⁸. Una eccessiva astensione non è altrettanto auspicabile in quanto nell’arroccarsi nella propria torre d’avorio, la Corte apparirebbe troppo distante e lontana dai cittadini mentre ricercare un collegamento con l’opinione pubblica⁴⁹ volta a spiegare il significato delle proprie decisioni, realizzerebbe una quotidiana forma di rilegittimazione della propria attività⁵⁰. Non è, quindi, augurabile tornare al paradigma concettuale in base al quale “la Corte può parlare solo attraverso le sentenze”, visto che la rivoluzione digitale e la diffusione dei tanti mezzi di comunicazione pongono la necessità di un dialogo con la società civile. Tuttavia, forse proprio il cambio di paradigma secondo cui “la Corte non parla solo attraverso le proprie sentenze”, ci porta a svolgere una riflessione, sulla quale vale la pena svolgere qualche considerazione. Rifiutare che la Corte parli solo con le proprie sentenze deriva dal fatto che forse queste non riescano ad essere intelligibili ai cittadini?⁵¹ Forse la Corte deve interessarsi a parlare chiaro con le proprie sentenze? Se pensiamo alla *ratio* dei comunicati stampa, lo strumento più emblematico della comunicazione della Corte, questi vengono adottati per

⁴³ Il rapporto tra comunicazione e fiducia è stato ben sottolineato negli atti del convegno D. STASIO, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 1/2023, 21-22; A. SAIITA, *La comunicazione istituzionale del giudice delle leggi come pedagogia costituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 1/2023, 53; N. LUPO, *Qualche ipotesi alla base della nuova stagione comunicativa della Corte costituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 1/2023, 43 ss.; M.C. GRISOLIA, *Corte costituzionale ed opinione pubblica: un “cambio di passo” oramai necessario?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 1/2023, 48; G. SOBRINO, *Genesi, forme*, cit., 95.

⁴⁴ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2023, 45 ss., il quale osserva che se un organo giurisdizionale – sia pure sui *generis* come la Corte – cerca la sua legittimazione al di fuori del processo, snatura sé stesso e si avvicina “pericolosamente” alla fisionomia degli organi politici. Dello stesso avviso è anche A. RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 1/2023, 33, che evidenzia come il rischio si è concretizzato già in realtà e come l’iperpoliticizzazione della Corte va spezzato senza alcun indugio prima che sia troppo tardi.

⁴⁵ A. RUGGERI, *Corte costituzionale*, cit., 31; S. AGOSTA, *La conferenza stampa sull’inammissibilità del referendum abrogativo in tema di omicidio del consenziente: un terrarium di studio per i futuri rapporti tra Corte ed opinione pubblica*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 1/2023, 60.

⁴⁶ La ricerca del giusto equilibrio tra parola e silenzio è uno degli aspetti, condivisibili, che è stato posto all’attenzione durante il convegno da parte dei relatori. Al riguardo in particolare si v. G. TIEGHI, *Corte costituzionale e dovere di sperimentazione comunicativa in udienza. Riflessioni aggiornate sul dialogo con i Giudici*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1/2023, spec. 113; S. AGOSTA, *La conferenza stampa*, cit.

⁴⁷ Al riguardo si v. G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Napoli, 285 ss.

⁴⁸ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 251 ss.

⁴⁹ A. SAIITA, *La comunicazione*, cit., 54

⁵⁰ L. ELIA, *Intervento*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, Milano, 2009, 125 ss., in part. 130.

⁵¹ La complessità del linguaggio adoperato dalla Corte viene messo in evidenza R. ROMBOLI, *Corte costituzionale*, cit., 67-68.

rendere intelleggibili le proprie decisioni ai cittadini, a causa di un linguaggio decisamente tecnico e di difficile comprensione anche per gli addetti ai lavori.

Pertanto, la domanda sorge spontanea: non potrebbe forse la Corte, al fine di evitare tutti i rischi indicati dalla dottrina sull'uso dei comunicati stampa⁵², lavorare sul linguaggio delle proprie decisioni?⁵³ Sicuramente non è un compito facile, tuttavia, forse questa potrebbe essere la strada su cui andrebbe svolta una adeguata riflessione⁵⁴. Stare a passo con i tempi significa anche questo, cercare di svolgere uno sforzo nell'utilizzare un linguaggio in grado di coniugare la chiarezza e precisione tecnica con quello di semplicità e sinteticità in modo da rendere maggiormente intelligibile il proprio operato non solo per il tramite strumenti indiretti (comunicati, interviste e conferenze stampa) ma soprattutto attraverso le proprie pronunce che devono rappresentare lo strumento cardine usato dalla Corte per parlare e dialogare con la società. In tal senso uno studio serio sul linguaggio potrebbe garantire che le sentenze diventino e restino lo strumento principale che la Corte usa per parlare ai cittadini⁵⁵.

Una simile attenzione del linguaggio, che valorizza la chiarezza e la intelligibilità, rappresenta, invero, un problema generale che si pone non solo con riguardo ai giudici costituzionali ma in generale con tutti i giudici. La chiarezza e sinteticità può divenire un mezzo che riesce a garantire una maggiore forma di legittimazione della Corte e dei giudici⁵⁶.

Anche perché affermare che la giustizia è amministrata in nome del popolo italiano non vuol dire anche questo? Non significa forse che la giustizia si rivolge al popolo e non solo agli operatori di diritto ed è nel popolo che vede i suoi principali destinatari?

Nel *Conseil constitutionnel* per molti anni è stato adottato uno stile decisionale semplificato con una motivazione assertiva caratterizzato da una decisione che segue una serie di “considerato che” separati da un punto e virgola⁵⁷. Indubbiamente, seppure l'esigenza di maggiore chiarezza e semplicità rappresentino un modo per dare maggiore legittimazione alla Corte, allo stesso modo sussiste il rischio che uno stile totalmente

⁵² Di cui uno in particolare posto in rilievo da A. RUGGERI, *Corte costituzionale*, cit., 31, dove afferma un rischio di scollamento tra comunicato e decisione; C. SALAZAR, *La Corte costituzionale*, cit.

⁵³ Questo aspetto è stato già evidenziato e sottolineato nelle Alte Corti, l'adozione delle c.d. tecniche di *Plain language approach* applicato all'attività delle Supreme Corti. Sul punto si v. D.A. STRAUSS, *The Plain Language Court*, *Cardozo Law Review* 651, 2016; B.A. GARNER, *Judges on Effective Writing: The Importance of Plain Language*, in *Michigan Bar Journal*, 1994; L. TUCKER, *This week at the Court: in Plain Language*, in www.scotusblog.com.

⁵⁴ In tal senso si v. di recente R. ZACCARIA, *Il linguaggio*, cit., 151; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale*, cit., 68; U. DE SIERVO, *Relazione del Presidente Ugo De Siervo sulla giurisprudenza costituzionale nel 2010*.

⁵⁵ In tal senso M. C. GRISOLIA, *Corte costituzionale*, cit., 50-51.

⁵⁶ In particolare si vedano i lavori svolti dal gruppo di lavoro sulla chiarezza e la sinteticità degli atti processuale del Ministero di giustizia (MINISTERO DI GIUSTIZIA, *Breviario per una buona scrittura*, 2018, accessibile al seguente link www.federnotizie.it). L'importanza del linguaggio giuridico che deve caratterizzare le decisioni veniva già messo in rilievo da P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1959; V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1/1911, 942.

⁵⁷ Sul punto si v. F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2023, 28 ss.

semplificato insieme a una motivazione stringata e poco convincente possa mettere in discussione la legittimazione della Corte⁵⁸.

Forse per realizzare un attento bilanciamento tra le due opposte esigenze ossia quella della semplificazione e della completezza, un correttivo facilmente praticabile potrebbe essere quello di snellire la parte in fatto delle decisioni che quasi sempre viene ripetuta nella parte in diritto o anche di suddividere i "considerato in diritto" in vari paragrafi titolati come già avviene in molte Corti sovranazionali⁵⁹.

3. La comunicazione del capo dello Stato nell'agorà digitale e l'instabilità politica come fattore determinante per la sua evoluzione

L'utilizzo della comunicazione politica informale nell'era digitale è un fenomeno che riguarda non solo la Corte costituzionale ma anche il Presidente della Repubblica⁶⁰. Accanto agli strumenti comunicativi formali prescritti dalla nostra Carta costituzionale, come previsti dall'art. 74, co. 1 Cost., in sede di promulgazione della legge, e i messaggi formali alle Camere ex art. 87, co. 2 Cost., si sono accresciuti progressivamente quelle tipologie di attività informali del Presidente della Repubblica⁶¹ che si estrinsecano in incontri, comunicazioni e raffronti dialettici, la cui legittimità è stata riconosciuta anche dalla Corte costituzionale e di cui non vi è traccia nella nostra Costituzione. Attività informali, che si manifestano attraverso dichiarazioni, lettere, tweet, comunicati e note ufficiali così come avviene anche con la Corte costituzionale, una prassi che è stata inaugurata durante il mandato di Gronchi e sviluppata dalla Presidenza Pertini in poi.

Il Presidente della Repubblica realizza così una forte persuasione nei confronti degli organi destinatari dell'indirizzo politico come Camere e Governo ma anche nei confronti dell'opinione pubblica e della stessa Corte costituzionale⁶². In particolare, l'opera di

⁵⁸ G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le «voci di dentro» tra tradizione e innovazione*, in *Diritto e società*, 2/2018, 243.

⁵⁹ N. ZANON, *Su Alcune questioni e tendenze attuali intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza*, in M. LOSANA, V. MARCENÒ (a cura di), *Come decide la Corte dinanzi a questioni «tecniche»*. *Incontri sulla giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2020, 24 ss.

⁶⁰ Di recente si v. M.C. GRISOLIA, *Corte costituzionale*, cit., 48 ss.

⁶¹ A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985, 260; L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, 221; M.C. GRISOLIA, *Le esternazioni*, in AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011, 177 ss.; G. MOTZO, *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio (Appunti)*, in *Archivio giuridico F. Serafini*, 1-2/1957, 19 ss.

⁶² Con riferimento all'influenza presidenziale sulla Corte costituzionale, le valutazioni del capo dello Stato scaturite da un sommario esame del testo normativo si collocano sul piano dei rapporti politici tra Camera e Governo, non precludendo il successivo controllo di costituzionalità che spetterebbe in via esclusiva alla Corte costituzionale. Si v. G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in A. BALDASSARE, G. SCACCIA (a cura di), *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo. Atti di convegno di Roma del 26 novembre 2010*, Roma, 2012, 133. In tal senso si può rinvenire una conferma di questa tendenza dall'analisi della sentenza della Corte costituzionale n. 262/2009, che ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune norme della legge n. 124/2008 sulla sospensione dei processi penale verso le più alte cariche dello Stato (il c.d. Lodo Alfano), nei confronti del quale il capo dello Stato in sede di promulgazione con i comunicati rispettivamente del 2 e 23 luglio 2018.

moral suasion del Presidente è andata ben oltre questa forma di dialogo istituzionale, rivolgendosi direttamente all’opinione pubblica e intervenendo su vicende e fatti al centro del dibattito costituzionale attraverso un dialogo diretto con esponenti della società civile⁶³. Un dialogo grazie al quale il Presidente cerca di colmare la distanza tra Costituzione e politica oltre a rinsaldare la fiducia tra istituzione e cittadini⁶⁴. Ovviamente questa maggiore responsabilità implica un duplice rischio: il primo è che il capo dello Stato risulta più esposto all’opinione pubblica e che la critica e l’influenza che questa esercita possa trasformarsi in uno strumento coercitivo indiretto per delegittimarlo e sanzionarlo⁶⁵; il secondo è che questo potere di *moral suasion* del Presidente della Repubblica possa in qualche modo realizzare un canale di legittimazione ulteriore rispetto al dettato costituzionale⁶⁶. Un uso che quindi varia da Presidente a Presidente e in questo risulta particolarmente enfatizzata la *personalizzazione* della figura del capo dello Stato, dipendendo appunto dall’uso che ne fanno i vari Presidenti che si susseguono. Quindi nell’era mediatica la doppia anima del capo dello Stato, con un certo parallelismo con la doppia anima giurisdizionale e politica della Corte, può essere influenzata non solo dal contesto di crisi del sistema istituzionale ma anche dall’uso dell’esternazione e dal suo grado di esposizione agli occhi dei cittadini⁶⁷.

Emblematico in tal senso è il ruolo della comunicazione assunto dal Presidente della Repubblica nella fase della formazione del Governo Conte 1. Si ricorderà che nella formazione del Governo Conte I il capo dello Stato cercò di risolvere la crisi facendo ricorso spesso alla comunicazione pubblica per rendere edotti i cittadini sulla doverosità di formare un governo. Questa espansione dell’attività comunicativa fu dovuta anche da un atteggiamento improntato non sulla leale collaborazione istituzionale tra Presidente e partiti politici ma sulla logica del conflitto⁶⁸. La situazione raggiunse una *escalation* con

⁶³ Sul punto si v. M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato*, Milano, 2012; D. CHINNI, *Sulle esternazioni del Presidente della Repubblica al tempo dei New Media. Spunti a partire dalla prassi del Presidente Napolitano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2010, 1921 ss.; G. DELLEDONNE, L. GORI, *Le presidenze della Repubblica rilette dal Quirinale. Potere di esternazione ed esigenze di continuità istituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, 323 ss.; M. FERRARA, *Una road map internazionale per l’uscita dal conflitto russo-ucraino: la geopolitica del Quirinale nei discorsi del secondo mandato Mattarella*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2022.

⁶⁴ V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna, 2013, 179-180.

⁶⁵ M. VOLPI, *Intervento al seminario “Contesto politico, forma di governo e relazioni fra gli organi costituzionali*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018, 3 ss.; *contra* C. NEGRI, *La moral suasion del Presidente della Repubblica nella forma di governo italiana*, Torino, 2018.

⁶⁶ G. SCACCIA, *Il settennato Napolitano fra intermediazione e direzione politica attiva*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2013, 10 nella quale discorre di una sorta di legittimazione “plebiscitario-carismatica”.

⁶⁷ L’attenzione è stata rivolta anche da A. MORRONE, *Governo di cambiamento*, in *federalismi.it*, 12/2018, 7 ss.; A. D’ALOIA, *Nomina dei Ministri, interessi costituzionali fondamentali, poteri del Presidente della Repubblica. Appunti a margine del caso Savona*, in *Rivista AIC*, 2/2018.

⁶⁸ Da più parti è stato sottolineato come la formazione del Governo Conte I abbia messo in discussione buona parte delle norme non scritte – consuetudini, convenzioni e regole di correttezza costituzionale – solitamente regolative di questi profili della forma di governo, anche dal punto di vista comunicativo: sul punto C. PINELLI, *Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018; G. AZZARITI, *L’abbandono delle regole non scritte*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018; M.C. GRISOLIA, *Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018; Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5/2019, spec. 13-18.

il noto caso Savona, in cui i partiti di maggioranza resero pubblicamente noto il nome di Savona come Ministro dell'Economia prima di indicarlo al capo dello Stato. A ciò si aggiunse l'imposizione del dilemma "O Savona o morte" lanciato dal Segretario Federale della Lega alle piattaforme mediatiche all'indirizzo del Quirinale⁶⁹. Il Presidente della Repubblica spiegò alla stampa le ragioni del rifiuto di nominare il Prof. Savona, connesse alla delicatezza del ruolo istituzionale rivestito dal Ministero dell'economia e delle finanze, ruolo che avrebbe potuto compromettere la stabilità economica e finanziaria dell'Italia e la sua partecipazione al processo di integrazione europea⁷⁰. Subito dopo le dichiarazioni del Presidente della Repubblica, alcuni esponenti politici continuarono a seguire la linea del conflitto istituzionale fino a giungere alla richiesta di messa in stato d'accusa del capo dello Stato. L'uso della comunicazione del Presidente sul caso Savona fu molto osteggiato dalla dottrina in quanto i rapporti tra Presidente della Repubblica e forze politiche, si sarebbero posti in contrasto con due principi non scritti ma ribaditi dalla Corte costituzionale in relazione all'attività comunicativa del Presidente: riservatezza e leale collaborazione⁷¹.

Orbene, la nota sentenza n. 1/2013 con cui la Corte ribadisce che le comunicazioni del Presidente devono essere improntate sulla discrezione e riservatezza va contestualizzata in relazione alla situazione politica del momento e va letta come una corrispondenza biunivoca. Non si può chiedere e pretendere che la riservatezza e la leale collaborazione istituzionale venga rispettata solo dal capo dello Stato e non dai partiti politici dovendo necessariamente essere rispettata da entrambi. In quell'occasione, una volta venuta meno la riservatezza della comunicazione, il Presidente della Repubblica agì per garantire il rispetto dei principi e doveri costituzionali per non abdicare alle proprie prerogative. Perseguì il suo obiettivo di formazione del Governo senza cedere a imposizioni al fine di evitare la possibile fuoriuscita dell'Italia dalla zona euro con tutti i rischi connessi sui risparmi dei cittadini.

4. L'instabilità politica come fonte di espansione degli organi di garanzia: quali prospettive per il futuro?

Come evidenziato, l'instabilità del sistema politico-istituzionale porta inesorabilmente il rischio di una evoluzione delle prassi e convenzioni costituzionali⁷² emergendo il rischio, avvertito da autorevole dottrina, di un "abbandono delle regole non scritte"⁷³. Seppure con riferimento al caso Savona l'abbandono della riservatezza e leale collaborazione è dovuta all'atteggiamento alquanto conflittuale tenuto dalle forze

⁶⁹ Governo, scontro su Savona. Salvini: "Non tratto più, o si parte o si vota", in La Repubblica, 26 maggio 2018.

⁷⁰ Si legga il testo della Dichiarazione a www.quirinale.it.

⁷¹ G. AZZARITI, *L'abbandono*, cit.

⁷² G.U. RESCIGNO, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018; A. SAITTA, *Prassi, convenzioni, consuetudini costituzionali e gli organi di governo nella realtà costituzionale: un dibattito tra costituzionalisti*, in *Rivista AIC*, 2/2014.

⁷³ G. AZZARITI, *L'abbandono*, cit.

politiche, emerge chiaramente come l’instabilità politica pone a dura prova i poteri del Presidente della Repubblica rischiando di squarciare la sua veste di garante neutrale e imparziale⁷⁴.

Per concludere si potrebbe dire che l’evoluzione delle prassi tendenti a esasperare i poteri del capo dello Stato dipendono dalla situazione di instabilità politica del momento. Pertanto, non dovrebbero esserci pericoli reali visto che questi eventi rappresentano delle situazioni prettamente eccezionali e patologiche. Il problema si pone quando l’*impasse* politico da eccezionale diventa ordinario consolidando anche certe prassi “eccezionali”⁷⁵. Ovvio che in una situazione politica costantemente anomala la Corte costituzionale e il Presidente della Repubblica rischiano di assumere delle decisioni e scelte significative che inevitabilmente assumono colore politico, supplendo, con riguardo al Presidente della Repubblica, all’incapacità dei partiti di formare un governo. E in una simile situazione di instabilità, l’intervento risolutore del capo dello Stato si riverbera automaticamente anche sull’operato della Corte costituzionale in quanto finché non viene formato un Governo, persiste una incapacità di legiferare alla quale questa cerca di supplire.

In sostanza, quindi, affinché simili rischi degenerativi cessino, quello che andrebbe fatto è risolvere simile instabilità. Ai lettori non sfuggirà come il recente dibattito politico sia incentrato proprio su questo, in che modo garantire un governo stabile anche al fine di portare sui giusti binari il ruolo che i custodi devono assumere nella nostra Costituzione. Alla domanda Presidenzialismo sì o Presidenzialismo no, bisognerebbe capire bene in che modo voglia realizzarsi una simile riforma in quanto la modifica della nostra forma di governo intacca gli altri ingranaggi dell’orologio costituzionale, divenendo necessario rivedere il sistema dei contrappesi⁷⁶.

Se quindi non si vuole rompere l’edificio costituzionale è necessario prevedere un valido sistema di pesi e contrappesi che eviti una simile rottura. Per evitare simili rischi si potrebbe seguire una strada alternativa vale a dire una riforma elettorale con una formula di premierato flessibile che non sconvolga la nostra Costituzione. Una simile scelta avrebbe il pregio di recuperare, senza stravolgimenti costituzionali, la fiducia tra elettori ed eletti in quanto il Governo nascerebbe dal voto degli elettori e renderebbe quest’ultimi i veri arbitri della scena politica⁷⁷.

⁷⁴ Lo stesso vale anche con riferimento alla rielezione del Presidente Mattarella tanto è stato detto che la prassi della rielezione potrebbe trasformare il capo dello Stato in un “monarca repubblicano” (cfr. G. AZZARITI, G. SCACCIA, *Forum “La coda del Capo. Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”*, in *Nomos*, 3/2021).

⁷⁵ G. ZAGREBELSKY, *La democrazia*, cit., laddove evidenzia come il passare ad un esercizio non più eccezionale una *tantum* indurrebbe a “un cambio di paradigma costituzionale” con un governo dall’alto che nasce con la fiducia del Capo dello Stato. Questo stato di cose «non è cosa buona per la democrazia, ma è ottima per l’oligarchia».

⁷⁶ M. AINIS, *Presidenzialismo? Senza i giusti contrappesi problemi resteranno*, in *Il Sole 24 ore*, 13 maggio 2023.

⁷⁷ S. CECCANTI, *Presidenzialismo sì o no?*, in *Quotidiano nazionale*, 8 gennaio 2023.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA DEMOCRAZIA INTERNA DEI PARTITI POLITICI DAVANTI ALLA
GIURISDIZIONE COSTITUZIONALE. UN'ANALISI DALLA PROSPETTIVA
ITALO-SPAGNOLA*

ALICIA GONZÁLEZ MORO

SOMMARIO: 1. Democrazia interna dei partiti politici e Costituzione. – 2. Il controllo giudiziario ristretto della democrazia interna in Italia. – 3. La progressiva intensificazione del controllo giudiziario sulla democrazia interna in Spagna. – 4. Conclusioni in una prospettiva italo-spagnola.

1. Democrazia interna dei partiti politici e Costituzione

La progressiva ricezione del fenomeno partitico da parte del diritto è conseguenza della graduale integrazione dei partiti nell'architettura istituzionale dello Stato contemporaneo. La conquista del suffragio universale ha fatto sì che i partiti —perseguiti nell'Europa del XVIII secolo per la loro natura faziosa e disgregatrice della *volonté générale*— venissero posti al centro del sistema politico di fronte all'urgenza di articolare una società molto più eterogenea e diversificata, acquisendo una rilevanza tale che la

* Questo lavoro è il risultato di una ricerca svolta durante un soggiorno internazionale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna nei mesi di maggio, giugno e luglio 2022. Ringrazio il professore Tommaso Diotallevi per l'attenta lettura e l'aiuto nella traduzione di questo contributo. Si tratta inoltre di una pubblicazione realizzata nell'ambito del progetto di ricerca: «El Estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el contexto europeo» (ESPAREU). Riferimento: PID2021-124531NB-I00. Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España. Agencia Estatal de Investigación. Co-finanziato dall'Unione Europea.

democrazia moderna cominciò a essere considerata impensabile senza partiti¹. Questa enorme trasformazione costrinse lo Stato a riconoscere giuridicamente il fenomeno dei partiti: dapprima attraverso la legalizzazione e, dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, incorporandolo nei testi costituzionali per tutelare il consolidamento del sistema democratico e garantire il pluralismo politico.

Il ruolo di primo piano dei partiti nell'articolare i rapporti di rappresentanza politica nei sistemi democratici contemporanei ha portato a coniare il concetto di «Stato dei partiti», definito come uno Stato in cui le decisioni e le azioni compiute dai partiti all'interno dell'organigramma statale sono imputate giuridicamente allo Stato, anche se politicamente sono imputabili alla maggioranza parlamentare e ai partiti al potere². I partiti –come sosteneva Gramsci³– sono diventati il «principe moderno». Da alcuni decenni, però, questi importanti soggetti politici stanno subendo una grave crisi di credibilità e di fiducia che, in ultima analisi, sta provocando una profonda messa in discussione della democrazia come modello di organizzazione sociale. La dottrina italiana sostiene che ciò è dovuto in gran parte al fatto che lo «Stato dei partiti» è degenerato in una «partitocrazia»: le formazioni politiche sono riuscite a monopolizzare tutto il potere politico dello Stato, creando un circolo chiuso tra istituzioni e partiti con la pericolosa conseguenza che la crisi delle istituzioni diventa rapidamente crisi dei partiti, e viceversa⁴. Vale la pena riprodurre questa eloquente metafora del professore bolognese Piero Ignazi:

«[I partiti] sono Leviatani claudicanti, colossi dai piedi d'argilla, perché il contratto sociale con cui hanno acquisito il potere si fonda sulla sabbia: hanno sì concentrato su di sé tutto –funzioni pubbliche, controllo sulla società, ricchezze, privilegi– ma hanno perso stima, consenso e partecipazione. Forti, potenti e ricchi si sono ritirati e rinchiusi in un giardino di delizie, riservato solo a loro stessi. Ma i cittadini guardano con crescente fastidio quell'ambiente separato e nascosto (e privilegiato). I partiti pagano il loro potere con la perdita di legittimità»⁵.

Di fronte alle gravi ripercussioni della disaffezione dei cittadini, non sembra opportuno che i poteri pubblici stiano a guardare il declino delle formazioni politiche senza adottare misure per ricostruirne la legittimità. Negli ultimi tempi si è riaperto un dibattito già sorto durante il periodo della costituzionalizzazione dei partiti, quando lo Stato ha acquisito una legittimità sufficiente per proporre un regime giuridico per regolamentarli come strumenti di partecipazione politica. La domanda è: fino a che punto lo Stato può spingersi nella sua volontà di regolamentare il fenomeno dei partiti? Più specificamente, e seguendo la formulazione dell'illustre García Pelayo, questo dibattito

¹ H. KELSEN, *De la esencia y valor de la democracia* [1920], trad. sp. di J. L. Requejo Pagés, Oviedo, 2006.

² M. GARCÍA PELAYO, *El Estado de partidos*, Madrid, 1986, 87.

³ A. GRAMSCI, *Escritos (Antología)*, trad. sp. di M. Sacristán e C. Rendueles, Madrid, 2017, 255.

⁴ G. LOMBARDI, *Corrientes y democracia interna de los partidos políticos*, trad. sp. di F. J. García Roca, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 27/1982, 12.

⁵ P. IGNAZI, *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Bari, 2012, XV.

richiede di determinare fino a che punto la *libertas* del partito davanti allo Stato sia compatibile con misure che regolino la libertà dei membri all'interno dell'associazione, sottoponendolo a requisiti organizzativi e operativi da cui altre associazioni sono esenti⁶. Nella ricerca di risposte a queste domande, è interessante analizzare in termini comparativi lo stato dell'arte in Italia e in Spagna: due Paesi che condividono molte analogie in termini di contesto istituzionale, sistema partitico e cultura politica, ma che, in termini di diritto dei partiti, sono inseriti in modelli giuridici che si basano su presupposti sostanzialmente diversi.

Sia l'Italia che la Spagna appartengono all'«era dell'incorporazione costituzionale»⁷ per quanto riguarda il rapporto tra Stato e formazioni politiche. Entrambi i Paesi riconoscono nelle loro norme fondamentali —l'articolo 49 della Costituzione italiana (CI)⁸ e l'articolo 6 della Costituzione spagnola (CE)⁹— la centralità politica dei partiti come principali canali di partecipazione democratica a disposizione dei cittadini. Allo stesso modo, entrambi i precetti sanciscono un chiaro riferimento alla libera creazione e adesione dei partiti, consolidando sistemi partitici competitivi che si contrappongono direttamente al modello monopartitico che ha caratterizzato le esperienze fasciste immediatamente precedenti. Le differenze emergono per quanto riguarda il regime giuridico della vita associativa delle formazioni politiche e l'approccio alla democrazia interna come garanzia giuridico-costituzionale del loro corretto funzionamento.

Il costituente spagnolo ha scelto di seguire il modello tedesco¹⁰ e ha incluso una menzione esplicita del requisito di una struttura interna e funzionamento democratici; un mandato che è stato successivamente sviluppato in modo sommario dal legislatore in tre precetti della Legge Organica 6/2002, del 27 giugno, sui Partiti Politici (LOPP). L'art. 6 LOPP sancisce la libertà organizzativa dei partiti, pur stabilendo che la loro organizzazione e il loro funzionamento devono essere conformi ai «principi democratici» e al principio di legalità. In aggiunta, l'art. 7 LOPP delinea diversi limiti legali al potere di auto-organizzazione dei partiti: ad esempio, prescrive l'obbligo di includere negli statuti «formule per la partecipazione diretta dei membri» (art. 7.1) e «procedure per il controllo democratico dei leader eletti» (art. 7.5). Stabilisce inoltre alcune linee guida di base per garantire il corretto funzionamento degli organi collegiali del partito, afferma che l'organo supremo del partito devva essere un'assemblea generale di tutti gli iscritti e

⁶ M. GARCÍA PELAYO, *El Estado de partidos*, cit., 62.

⁷ H. TRIEPEL, *La Constitución y los partidos políticos*, [1927], trad. sp. di P. Madrigal Deversa, Madrid, 2015, 15.

⁸ «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale». Vale la pena ricordare che, nel contesto politico della seconda ondata di democratizzazione iniziata dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, l'Italia è stata il primo Paese a riconoscere ufficialmente l'esistenza dei partiti nel suo testo costituzionale.

⁹ «I partiti politici esprimono il pluralismo politico, concorrono alla formazione e manifestazione della volontà popolare e sono strumento fondamentale per la partecipazione politica. La loro creazione e l'esercizio della loro attività sono libere nel rispetto della Costituzione e della legge. La loro struttura interna e il loro operare dovranno essere democratici».

¹⁰ Art. 21.1 Legge fondamentale per la Repubblica Federale di Germania: «I partiti concorrono alla formazione della volontà politica del popolo. La loro fondazione è libera. Il loro ordinamento interno deve essere conforme ai principi fondamentali della democrazia. Essi debbono fornire pubblico rendiconto della provenienza e dell'utilizzazione dei loro mezzi finanziari e dei loro beni».

richiede che gli organi direttivi siano eletti a scrutinio libero e segreto. Infine, l'art. 8 LOPP contiene un elenco non molto dettagliato di diritti e doveri dei membri del partito.

D'altra parte, l'art. 49 CI non incorpora chiaramente la garanzia giuridica della democrazia interna perché, come emerge dai dibattiti costituenti, si cerca di ottenere la massima separazione possibile tra Stati e partiti per evitare interferenze autoritarie. L'interpretazione originalista dell'art. 49 CI giunge alla conclusione che l'espressione «metodo democratico» non obbliga le formazioni politiche ad adottare un'organizzazione e un funzionamento democratici, ma si riferisce semplicemente al modo in cui vengono perseguiti gli obiettivi politici¹¹ e cerca di garantire le condizioni affinché il sistema dei partiti renda possibile l'alternanza al potere¹². I sostenitori di questa posizione sottolineano anche che, se si fosse voluta la democraticità dei partiti, il costituente l'avrebbe esplicitata, come ha fatto con i sindacati nell'art. 39 CI. Il timore di un'ingerenza del legislatore a fini antidemocratici spiega anche perché non esiste una legge che ne regoli il regime giuridico e, quindi, perché esse adottano la formula delle associazioni non riconosciute —prive di personalità giuridica— essendo questa l'opzione che meglio garantisce la massima autonomia associativa¹³.

Tuttavia, la dottrina maggioritaria sostiene oggi che un'interpretazione evolutiva del precetto costituzionale sia possibile — e consigliabile — per tutelare l'intervento statale finalizzato alla democratizzazione dei partiti. Questi autori avvertono che l'art. 49 CI non rinuncia espressamente all'istituzione di controlli pubblici¹⁴ e sottolineano anche che il diritto alla partecipazione politica attribuito ai cittadini giustificerebbe un'iniziativa legislativa che garantisca ai membri una certa capacità decisionale all'interno delle organizzazioni politiche¹⁵. Aggiungono inoltre che è necessario adattare il testo costituzionale alla nuova realtà dello Stato dei partiti; pertanto, è necessario limitare il «nuovo sovrano» con una norma iuspublicista che definisca la democrazia interna come un «imperativo funzionale»¹⁶ delle formazioni politiche, senza il quale la legittimità del circuito rappresentativo scompare. Sulla base di queste argomentazioni, è possibile affermare che esiste un sufficiente supporto costituzionale per tutelare l'intervento dei poteri pubblici nell'organizzazione dei partiti, e il legislatore italiano sembra progressivamente aderire a questa posizione. Non a caso, le due leggi che per la prima volta si sono cimentate in una parziale regolamentazione del fenomeno partitico in Italia hanno risolto questo dibattito dottrinale sull'interpretazione dell'art. 49 CI e hanno

¹¹ S. CURRERI, *La democrazia nei partiti politici: nuovi spunti pero un tema vecchio*, in *DPCE Online*, vol. 46, 1/2021, 400.

¹² S. BONFIGLIO, *L'art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: “rilettura” o “incompiuta” costituzionale?*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora? Convegno in occasione dell' 80 anniversario della prolusione di Vincenzo Zangara a “La Sapienza”*: Roma, 29 novembre 2018, Milano, 2019, 100.

¹³ E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1/2011, 4, E. GIANFRANCESCO, *I partiti politici e l'art. 49 della costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017, 10-11 e G. IORIO, *Profili civilistici dei partiti politici. Statuti, prassi, tecniche legislative*, Napoli, 2018, 10.

¹⁴ G. MAESTRI, *Il tempo variabile della “democrazia nei partiti”: considerazioni diacroniche tra Italia e Spagna*, in *DPCE Online*, vol. 46, 1/2021, 477-478.

¹⁵ E. ROSSI, *La democrazia interna*, cit., 6.

¹⁶ I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, in *Convegno annuale del Gruppo di Pisa: Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, 2019, 203.

stabilito che il principio democratico deva operare sia nella dimensione esterna — funzionale— che interna —organizzativa— dei partiti¹⁷. Ciononostante, gli articoli di entrambe le norme si limitano a delineare il contenuto minimo degli statuti senza incorporare standard che favoriscano le dinamiche democratiche nel partito, motivo per cui si tratta di un intervento legislativo timido e piuttosto flessibile che, inoltre, è obbligatorio solo per quelle formazioni politiche che vogliono accedere a fonti di finanziamento pubblico.

Questa esposizione sommaria mostra le notevoli differenze tra il diritto dei partiti italiano e quello spagnolo, con il primo che aderisce a una tradizione giuridica liberale e privatistica, mentre il secondo aderisce a un paradigma interventista moderato. Ad ogni modo, una buona analisi della garanzia giuridica della democrazia interna dei partiti non può limitarsi ad analizzare l'operato del legislatore. L'intervento dei poteri pubblici non dovrebbe consistere solo nell'approvazione di leggi che prevedano meccanismi per assicurare standard minimi di democratizzazione nelle formazioni politiche. Questo per due motivi: in primo luogo, perché esiste un notevole margine di autonomia associativa che le Camere legislative non possono violare; in secondo luogo, perché si è osservato che la prassi quotidiana dei partiti elude troppo facilmente, troppo frequentemente e con imbarazzante impunità i canali normativi, sia quelli stabiliti dalla legge che dai loro statuti e regolamenti interni. Per questo, negli ultimi tempi, è emersa la necessità che la magistratura e le Corti Costituzionali intervengano nell'organizzazione e nel funzionamento dei partiti, per garantire che siano soggetti al principio di legalità e che la loro libertà organizzativa sia esercitata nel rispetto dell'esercizio dei diritti fondamentali dei membri.

2. Il controllo giudiziario ristretto della democrazia interna in Italia

La Corte Costituzionale non ha quasi mai invocato l'art. 49 CI per sostenere una giurisprudenza —quella relativa allo status giuridico dei partiti politici italiani— già molto scarsa. Le ragioni di questa mancanza di pronunce sono dovute essenzialmente alla difficoltà di sottoporre a controllo giurisdizionale le decisioni interne dei partiti, dal momento che la loro considerazione come associazioni non riconosciute li rende molto

¹⁷ L. 6 luglio 2012, n. 96 e l. 13/20143. Va sottolineato, tuttavia, che il già abrogato art. 5 della l. 96/2012 era molto più chiaro e incisivo nell'interpretare l'eventuale mandato costituzionale di democrazia interna contenuto nell'art. 49 CI rispetto a quanto previsto dall'art. 2 della l. 13/2014: il primo prevedeva che «lo statuto deve essere conformato ai principi democratici nella vita interna, con particolare riguardo alla scelta dei candidati, al rispetto delle minoranze e ai diritti degli iscritti», mentre la seconda si limita ad affermare che «l'osservanza del metodo democratico, ai sensi dell'art. 49 della Costituzione, è assicurata anche attraverso il rispetto delle disposizioni del presente decreto».

resistenti all'interferenza dei poteri pubblici. A ciò si aggiunge l'impossibilità per i partiti politici¹⁸ e per gli stessi cittadini di accedere direttamente alla giustizia costituzionale¹⁹.

In termini generali, la giurisprudenza costituzionale italiana sui partiti ha ruotato per oltre sei decenni attorno a due osservazioni fondamentali. Da un lato, la Corte non ha esitato a riconoscere che le formazioni politiche svolgono funzioni costituzionalmente rilevanti nell'esprimere il pluralismo ideologico, nell'organizzare l'offerta politica e nell'articolare il procedimento elettorale²⁰; ma, allo stesso tempo, ha sempre sostenuto con forza che i partiti non hanno poteri costituzionali e quindi non hanno natura costituzionale²¹. Questa valutazione, unita all'assenza di un chiaro supporto normativo a cui ricorrere come parametro per misurare eventuali interferenze, fa sì che la Corte si ponga sempre in una posizione di *self-restraint* e finisca per sentenziare che le scelte organizzative dei partiti sono costituzionalmente ammissibili perché rientrano nei margini della loro autonomia associativa²². Inoltre, Rivosecchi²³ rileva che, a partire dalla seconda metà degli anni '90²⁴, la Corte ha esitato molto di più a riconoscere la rilevanza

¹⁸ L'attribuzione ai partiti della capacità di proporre ricorsi alla giurisdizione costituzionale è stata respinta dal costituente dopo essere stata lungamente discussa, e la stessa Corte Costituzionale lo ricorda nell'Ordinanza n. 79 del 2006 quando sostiene l'inammissibilità di un conflitto di competenze promosso dal partito politico La Rosa nel Pugno – Laici Socialisti Liberali Radicali.

¹⁹ G. RIVOSECCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Toruńskie Studia Polsko-Włoskie – Studi Polacco-Italiani di Toruń*, 12/2016, 48.

²⁰ Un chiaro esempio del riconoscimento della rilevanza costituzionale dei partiti si trova nella sentenza 203/1975. In questo caso, si pone una questione di incostituzionalità che discute se l'autonomia di cui godono i partiti nel determinare l'ordine dei loro candidati nelle liste elettorali violi la libertà di voto degli elettori (art. 48 CI) e le pari opportunità dei candidati (art. 51 CI). La Corte conclude che non c'è alcun fondamento per questa dichiarazione di incostituzionalità e basa la sua sentenza sull'articolo 49 CI, sottolineando che questa disposizione attribuisce ai partiti un ruolo autonomo nelle elezioni e che, pertanto, queste organizzazioni devono poter designare i propri candidati per garantire l'attuazione delle loro proposte politiche. Il giudice costituzionale afferma categoricamente che i processi selettivi dei partiti sono decisioni interne dell'organizzazione al di fuori del processo elettorale, cosicché qualsiasi disaccordo deve essere reindirizzato alla sfera del diritto privato perché non rientra nell'ambito di tutela dell'art. 51 CI. Le successive sentenze 429/1995 e 35/2017 si esprimono in senso molto simile.

²¹ Lo afferma la citata Ordinanza n. 79 del 2006, quando sostiene che i partiti sono organizzazioni della società civile a cui la legge attribuisce funzioni pubbliche —come la presentazione di alternative elettorali e la selezione di candidati a cariche pubbliche elettive— ma non poteri specifici di natura costituzionale. Di conseguenza, la Corte conclude che i partiti politici non sono legittimati a sollevare un conflitto di competenze ai sensi dell'art. 134 CI e limita quindi il loro accesso alla giurisdizione costituzionale. A questo proposito, A. POGGI, *La democrazia nei partiti*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2015, 15 critica la concezione strettamente privatistica del partito e sostiene che, sebbene la Costituzione italiana non attribuisca competenze costituzionali ai partiti, non si può ignorare che queste funzioni pubbliche hanno un chiaro impatto sul sistema politico-costituzionale, senza la necessità che siano specificate dal legislatore.

²² La sentenza 256/2010 risolve una questione di incostituzionalità sollevata da un tribunale che si rammarica della mancanza di un metodo di controllo efficace volto a verificare che la procedura seguita dai partiti politici nella nomina dei candidati alle elezioni sia conforme alle disposizioni statutarie o legali applicabili. La Corte ritiene di non avere questa competenza ma che sia il legislatore che, nell'ambito della sua piena discrezionalità politica, deva stabilire i criteri per effettuare questo eventuale controllo. E dato che ci sono molte soluzioni costituzionalmente ammissibili, sottolinea ancora una volta l'importanza di massimizzare la libertà di associazione durante i processi elettorali; in altre parole, attribuisce all'autonomia privata dei partiti la capacità di decidere liberamente le modalità di designazione dei propri candidati.

²³ G. RIVOSECCHI, *I partiti politici*, cit., 53-56.

²⁴ Un periodo che coincide, curiosamente, con l'inizio della crisi di legittimità del sistema politico italiano, la scomparsa dei partiti costituenti, l'emergere di nuove formazioni politiche e la progressiva trasformazione del tradizionale modello di partito di massa in un modello di partito carismatico basato

costituzionale dei partiti, nascondendosi dietro l'interpretazione originalista dell'art. 49 CI derivata dai dibattiti costituenti.

Data la forte riluttanza della Corte stessa a intervenire sul funzionamento e sull'organizzazione dei partiti politici, gli unici segnali di controllo giudiziario della democrazia interna che si possono riscontrare in Italia provengono dai tribunali civili, data la considerazione del partito come soggetto privato a cui si applica il regime associativo. Qui si può notare un cambiamento di tendenza nell'atteggiamento dei tribunali, che ora sono orientati verso posizioni più interventiste. Fino agli anni '60 vi era una totale assenza di controllo basata sulla considerazione degli atti dei partiti come atti politici che godevano dell'immunità giudiziaria e potevano essere sottoposti al controllo dei cittadini solo durante il periodo elettorale²⁵. A partire dagli anni '80, però, questa concezione, che impediva l'intervento del giudice anche in caso di palese inosservanza degli statuti, cominciò a essere superata. Il cambio di paradigma è stato notevole: si è abbandonata l'idea che, per garantire le libertà politiche, si dovesse salvaguardare l'autonomia dei partiti ed evitare qualsiasi interferenza da parte dei poteri pubblici, e si è iniziato a difendere l'intervento necessario per ragioni democratiche, cioè per garantire che le organizzazioni politiche rispettassero la legalità interna e non violassero i diritti fondamentali²⁶.

La chiave di volta che consente di sostenere giuridicamente questo mutamento di criterio verso posizioni più iuspubliciste si trova nell'art. 2 CI, in virtù del quale «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Questo precetto costituzionale stabilisce che i diritti fondamentali dell'individuo non possono essere rinunciati, qualunque siano i termini del *pactum societatis* concluso tra individui—in questo caso, tra il partito e coloro che decidono di aderirvi—. Inoltre, ricorda che i responsabili della tutela di questi diritti sono, appunto, i poteri pubblici, che sono sussunti nella formula sintetica de «la Repubblica». Pertanto, l'art. 2 CI tutela l'ingerenza dello Stato nella vita associativa dei partiti politici al fine di garantire i diritti fondamentali dei loro membri, che sono prerogative indisponibili e per le quali non vale in ogni caso la massima del *volenti non fit iniuria*²⁷. Il problema sta nel fatto che questi tribunali continuano a ignorare l'art. 49 CI nonostante la sua interpretazione congiunta e sistematica con l'art. 2 CI

sull'*iper-leadership*. È quanto rilevano O. MASSARI, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora? Convegno in occasione dell'80 anniversario della prolusione di Vincenzo Zangara a “La Sapienza”*: Roma, 29 novembre 2018, Milano, 2019, G. PASQUINO, *Los sistemas de partidos en Italia: una evolución inacabada*, in *Revista de Estudios Políticos*, 189/2020, 37-38 e S. CURRERI, *La democrazia nei partiti politici*, cit., 401-402.

²⁵ La Corte d'appello di Napoli si è espressa decisamente in questo senso nel 1959, quando ha emesso la prima sentenza italiana in cui ha stabilito la possibilità di un controllo giudiziario delle deliberazioni degli organi interni di un partito politico: «Tanto nel caso che il partito sia organizzato con metodo antidemocratico, quanto nell'altro che, pur organizzato con metodo democratico, si facciano valere sistemi antidemocratici e la violazione di precise norme statutarie, allo stato della nostra legislazione non vi può essere ricorso all'autorità giudiziaria». Cfr. E. CATERINA, *L'attuazione del metodo democratico all'interno dei partiti politici: analisi della normativa vigente e spunti per una legge sui partiti*, in *Democrazia e Diritto*, 3/2016, 86-87.

²⁶ N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2019, 103.

²⁷ G. LOMBARDI, *Corrientes y democracia*, cit., 21.

consentirebbe loro di costruire una dottrina giuridico-costituzionale ancora più solida²⁸. L'art. 2 CI permette alla magistratura di controllare e, se necessario, correggere le decisioni interne dei partiti politici che violano i diritti fondamentali; tuttavia, se a questo ragionamento si aggiungesse la base giuridico-costituzionale dell'art. 49 CI, i tribunali potrebbero effettuare un controllo di più ampia portata, perché introdurrebbero il parametro dell'adeguatezza democratica nella valutazione degli accordi del partito. A mio avviso, l'applicazione congiunta degli artt. 2 e 49 CI offre un supporto costituzionale sufficiente per consentire ai tribunali di adottare posizioni più interventiste nei confronti dei partiti; nonostante ciò, non voglio ignorare che questa proposta sarebbe meno problematica se, da un lato, ci fosse una legge che regolasse in modo più dettagliato un minimo in termini di organizzazione e funzionamento democratico e se, dall'altro, fosse la Corte Costituzionale a sviluppare questa dottrina per generare una giurisprudenza più omogenea.

Oltre a questa carenza della dottrina giuridico-costituzionale, noto altri due importanti limiti nella giurisprudenza dei tribunali civili sui conflitti organizzativi dei partiti politici. Il primo limite é che, in assenza di specifici parametri legislativi, i giudici italiani applicano le norme che le formazioni politiche si concedono nell'ambito della loro libertà associativa —statuti, regolamenti, codici etici ed accordi— insieme alle poche disposizioni del Codice Civile che regolano il regime delle associazioni non riconosciute. Ma può accadere —e, in effetti, accade relativamente spesso— che la legalità interna del partito sia costituita da norme vaghe e imprecise, che lasciano i tribunali privi di basi giuridiche sufficienti per correggere gli abusi e proteggere i diritti dei membri e delle minoranze. Pertanto, al fine di tracciare alcuni limiti all'autonomia statutaria dei partiti e di colmare le numerose lacune giuridiche che si riscontrano quando si risolve un conflitto interno, diverse sentenze recenti stanno ricorrendo all'applicazione analogica del regime giuridico delle associazioni con personalità giuridica²⁹. Questa strategia sta causando una profonda incertezza giuridica, poiché sono i giudici a decidere in modo discrezionale quali norme possono essere applicabili in ciascun caso. Una decisione che, inoltre, sembra dipendere dall'impulso più o meno interventista espresso da ciascun tribunale e che, pertanto, genera una giurisprudenza molto frammentata, costellata da incoerenze e criteri disparati.

D'altra parte, c'è un secondo grande limite che deriva anch'esso dall'assenza di una chiara base normativa su cui fondare il controllo giudiziario. Analizzando le varie sentenze, è possibile notare che il controllo esercitato dai giudici civili è di tipo procedurale e non sostanziale: essi si limitano a verificare che il partito abbia adottato l'accordo nel rispetto del proprio regolamento interno senza valutare se vi sia una reale causa che motivi la decisione, se i fatti in questione siano adeguatamente sussumibili nel presupposto di fatto previsto dalla norma o se la risposta del partito sia adeguata e

²⁸ Così affermano G. GRASSO, *La “cifra democrática” del Movimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 37, 3/2017, 618-619, N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti*, cit., 114-115 ed E. CATERINA, *La riduzione civilistica del partito politico: appunti su due recenti sentenze dei Tribunali di Palermo e di Massa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2022, 28 ss.

²⁹ E. ROSSI, *La democrazia interna*, cit., 9-10 e N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti*, cit., 122.

ragionevole. Pignatelli³⁰ rileva che, quando la decisione di espellere un membro del partito viene impugnata, le ragioni per cui la decisione del partito viene alla fine ribaltata sono sempre formali, estrinseche: perché l'avvio del processo punitivo non è stato correttamente notificato, perché c'è un difetto di competenza da parte dell'organo sanzionatorio, ecc.³¹ Il problema è che se le regole interne tendono ad essere vaghe o poco esaustive e, inoltre, il controllo giurisdizionale si limita solo alla dimensione procedurale, il tribunale deciderà molto probabilmente di sostenere la decisione del partito perché rientrerà nei margini molto ampi dell'autodeterminazione organizzativa. È necessario che i tribunali vadano oltre il controllo della regolarità statutaria e rilevino che, nella maggior parte dei casi, esiste anche un conflitto di diritti che rende necessario valutare le circostanze specifiche del caso per un'adeguata protezione e garanzia degli interessi giuridici che possono essere colpiti³². A ciò contribuirebbe, come ho già sottolineato, lo sviluppo di una dottrina promossa dalla Corte Costituzionale coerente con l'inviolabilità dei diritti fondamentali (art. 2 CI) e l'operatività del «metodo democratico» all'interno delle parti (art. 49 CI).

3. La progressiva intensificazione del controllo giudiziario sulla democrazia interna in Spagna

A differenza del suo omologo italiano, la Corte Costituzionale spagnola ha sviluppato una propria dottrina sull'ambito del controllo giudiziario in materia di vita organizzativa dei partiti politici. Questa giurisprudenza ha subito una notevole evoluzione negli ultimi anni, che si spiega in gran parte con la frammentazione del sistema partitico, la richiesta di nuovi modelli organizzativi ed il conseguente aumento della sensibilità giuridica e sociale riguardo all'applicabilità del mandato di democrazia interna sancito dall'articolo 6 CE.

³⁰ N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti*, cit., 129-130.

³¹ Nella cascata di giurisprudenza contro il Movimento 5 Stelle degli ultimi anni, i tribunali hanno annullato diverse decisioni di espulsione dei membri o di blocco delle candidature sulla base non del metodo democratico richiesto dall'art. 49 CI, ma delle profonde carenze organizzative e funzionali del regolamento interno dei «grillini». Per un'analisi di queste risoluzioni, *vid.* E. GIANFRANCESCO, *I partiti politici*, cit., G. GRASSO, *La "cifra democrática"*, cit. e S. CURRERI, *La democrazia nei partiti politici*, cit.

³² Una notevole eccezione a questa tendenza giurisprudenziale prevalente si trova nell'Ordinanza n. 19678-2/16 del 12 aprile 2016, del Tribunale di Roma, Sezione III. In questo caso, il tribunale si addentra nell'analisi delle varie motivazioni che hanno portato all'espulsione di tre membri del Movimento 5 Stelle, difendendo la necessità di verificare se tale punizione fosse adeguata alle conseguenze derivanti dal comportamento dei membri. In particolare, la Corte ritiene che sia necessario verificare la sussistenza dei fatti per i quali i ricorrenti sono accusati, nonché la loro adeguata sussunzione nel catalogo dei reati, la sufficienza delle motivazioni addotte dall'organo sanzionatorio del partito, la gravità della condotta contestata e la valutazione della proporzionalità tra accusa e sanzione. A seguito di questa analisi completa, ha concluso che lo statuto del Movimento 5 Stelle utilizzava formule molto generiche e permissive nel disciplinare il potere sanzionatorio del partito ed ha deciso di sospendere le tre espulsioni per mancanza di prove sufficienti dei fatti contestati, per la loro errata valutazione e per la loro mancanza di gravità. *Cfr.* E. GIANFRANCESCO, *I partiti politici*, cit. ed E. CATERINA, *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei tribunali di Napoli e di Roma*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016, 9.

Fino al 2016, la giustizia costituzionale limitava il suo controllo sui conflitti interni ai partiti al rispetto della legalità statutaria, che si traduceva in un mero controllo formale della procedura e della ragionevolezza della risoluzione, senza entrare negli aspetti sostanziali. La Corte Costituzionale spagnola applicava la dottrina sulla risoluzione dei conflitti all'interno delle associazioni (SSTC 218/1988, 22 novembre 1988 e 96/1994, 21 marzo 1994), basata su due aspetti: il *self-restraint* per evitare l'interferenza dei poteri pubblici nell'autonomia associativa e la verifica dell'esistenza di una «base ragionevole» alla luce delle disposizioni legali e statutarie applicabili, senza ricorrere a parametri di correttezza materiale³³. Tuttavia, la STC 56/1995, del 6 marzo 1995, contempla per la prima volta le particolarità associative dei partiti e inizia a costruire una dottrina specifica che fornisce maggiori garanzie. In questa sentenza, la Corte Costituzionale ha avvertito che l'art. 6 CE incorpora nel generico diritto di associazione sancito dall'art. 22 CE un contenuto esclusivo per le formazioni politiche: «i diritti di partecipazione democratica interna dei membri»³⁴. E quali sono questi diritti? Qual è la loro portata e il loro contenuto? Ebbene, visto il silenzio del potere costituente, la Corte ritiene che si debba trattare di diritti di configurazione legislativa —non bastano quelli statutari— e che questo elenco di prerogative dei membri possa essere equiparato alla libertà di auto-organizzazione del partito, perché entrambi agiscono come dimensioni del diritto di associazione politica. Secondo questo pronunciamento, la maggiore o minore operatività del principio democratico all'interno dei partiti dipende dalla maggiore o minore esaustività del legislatore nello sviluppo dei diritti degli membri. Pertanto, sebbene si possa ritenere che la Corte Costituzionale spagnola sancisca ora la democrazia interna come garanzia giuridica del corretto funzionamento dei partiti, è anche evidente che si tratta di un progresso limitato, non solo per l'aridità della LOPP, ma anche per l'atteggiamento di autolimitazione che la stessa Corte mantiene quando ricorda che il suo controllo giurisdizionale deve continuare a essere «meno intenso negli aspetti sostanziali che in quelli procedurali»³⁵.

Vent'anni dopo, tuttavia, l'interprete costituzionale riesce a evitare la trappola dell'inazione legislativa e perfeziona la sua dottrina sostenendo la convenienza di una revisione sostanziale dei conflitti interni al partito. Ciò si concretizza nella STC 226/2016, del 22 dicembre, che analizza un caso disciplinare in cui si era deciso di espellere una donna membro del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) dopo aver pubblicato su un giornale un testo fortemente critico nei confronti della dirigenza del suo partito. In questa sentenza, la Corte ricorda che i membri sono titolari e possono esercitare all'interno del partito i diritti costituzionalmente riconosciuti —diritti non rinunciabili— e che tale esercizio acquista un ulteriore significato costituzionale perché incide sull'essenza stessa dello Stato democratico in quanto i partiti sono «associazioni qualificate dalla rilevanza costituzionale delle loro funzioni»³⁶. Due sono i notevoli contributi argomentativi che

³³ M. PÉREZ-MONEO, *La exclusión en el interior de los partidos: pluralismo, democracia interna y control jurisdiccional*, in I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (a cura di), *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, Madrid, 2017, 175-179.

³⁴ STC 56/1995, FJ 3.

³⁵ STC 56/1995, FJ 3.

³⁶ STC 226/2016, FJ 6.

derivano da questa sentenza e che legittimano l'intervento della magistratura. Il primo consiste nell'affermazione dell'indisponibilità dei diritti fondamentali dei membri di un partito, indipendentemente dal fatto che questi ultimi accettino determinate restrizioni — mai rinunce— di tali diritti, derivanti dalla loro appartenenza al partito. Il secondo consiste nell'evidenziare il fatto che i partiti sono associazioni costituzionalmente rilevanti per le funzioni che svolgono nel sistema democratico spagnolo, per cui qualsiasi conflitto di diritti che si verifichi al loro interno acquista un significato maggiore. Questi due punti intensificano il controllo giudiziario: esso cessa di essere limitato al mero controllo formale e alla verifica di una «base ragionevole», e si estende agli aspetti sostanziali della decisione del partito. Per la prima volta, il giudice costituzionale entra in una valutazione delle circostanze materiali che circondano il caso, perché possono essere toccati i diritti fondamentali dei membri; in particolare, si propone di effettuare una ponderazione degli interessi giuridici in conflitto per controllare la qualificazione dei fatti provati, la proporzionalità della sanzione e la conformità costituzionale della decisione del partito³⁷.

Nonostante le notevoli carenze dei parametri fissati dal giudice costituzionale e le possibilità di miglioramento³⁸, questa dottrina sta già rendendo possibili pronunce più garantiste da parte dei tribunali ordinari. In particolare, la giurisprudenza della Corte Suprema spagnola è di grande interesse e vale la pena concludere questa analisi con alcuni riferimenti ad essa. La STS 412/2020 del 7 luglio, ad esempio, ha annullato l'espulsione disciplinare di quattro membri del partito PODEMOS che avevano infranto la disciplina di voto del loro gruppo parlamentare, tenuto una conferenza stampa per spiegare la loro posizione e creato una piattaforma critica nei confronti della linea ufficiale del partito politico. I giudici hanno analizzato uno per uno i motivi della sanzione e hanno ritenuto, da un lato, che l'espressione pubblica del disaccordo con la *leadership* fosse protetta dalla libertà di espressione; dall'altro, che la violazione della disciplina di voto fosse stata sanzionata in modo abusivo e sproporzionato. D'altro canto, la STS 671/2020 dell'11 dicembre ha ritenuto che la grave e ingiustificata inosservanza da parte del Partido Popular (PP) della disposizione statutaria sulla frequenza dei congressi nazionali

³⁷ Questo bilanciamento permette alla Corte Costituzionale spagnola di concludere che un partito può usare i suoi poteri disciplinari di fronte a un esercizio della libertà di espressione da parte di un membro che sia gravemente dannoso per la sua immagine pubblica o per i legami di coesione interna che sono alla base di ogni organizzazione umana e da cui dipende la sua vitalità come associazione e, quindi, il raggiungimento dei suoi scopi associativi (STC 226/2016, FJ 7).

³⁸ La configurazione dei limiti alla libertà di espressione dell'iscritto è stata aspramente criticata dalla dottrina spagnola. M. PÉREZ-MONEO, *La exclusión...*, cit., 185 sostiene che si dovrebbe dare un'interpretazione restrittiva dell'immagine pubblica come limite alla libertà di espressione perché i partiti politici svolgono attività pubbliche e sono quindi esposti a critiche e ad un controllo rigoroso delle loro attività. M. SALVADOR MARTÍNEZ, *La libertad de expresión del afiliado a un partido político y sus límites (a propósito de la STC 226/2016)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115/2019, 411-412 rimprovera anche alla Corte costituzionale l'imprecisione con cui formula i beni giuridici che limitano la libertà di espressione e sottolinea che, quando non specifica cosa implica la coesione interna, perpetua un dovere di lealtà eccessivamente generico che obbliga l'iscritto ad agire con una moderazione sproporzionata, proteggendo il partito nei suoi esercizi di persecuzione del dissenso interno. Infine, D. CAPODIFERRO, *La composición jurisprudencial del deber de lealtad como límite a la libertad de expresión en el contexto de los partidos políticos*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 24, 2/2020, 404-415 auspica anche una configurazione più delimitata sia del dovere di lealtà sia del dovere di preservare l'immagine pubblica del partito.

costituisse una violazione oggettiva del diritto dei membri alla partecipazione democratica e, quindi, del loro diritto fondamentale di associazione³⁹. Infine, la recente STS 682/2022 del 18 ottobre ribadisce la necessità di effettuare un controllo formale e materiale delle decisioni del partito quando queste incidono sul diritto alla partecipazione democratica dei membri che, in questo caso, è specificato nelle disposizioni statutarie sulle elezioni primarie. La Corte Suprema ha condannato PODEMOS per aver violato la libertà di credo ed il diritto di associazione di alcuni membri a cui è stato impedito di partecipare a questo processo, sostenendo che la loro candidatura era strettamente legata ad un'organizzazione esoterica e quindi incompatibile con i principi ideologici e programmatici del partito. Come si può notare, tutte queste sentenze stanno diventando precedenti importanti per il rafforzamento dello status giuridico dei membri, garantendo la tutela dei loro diritti fondamentali all'interno dei partiti e sottolineando il requisito costituzionale dell'organizzazione e del funzionamento democratico.

4. Conclusioni in una prospettiva italo-spagnola

Uno studio comparato della giurisprudenza italo-spagnola su questioni riguardanti la dimensione organizzativa dei partiti politici permette di individuare alcuni aspetti in comune. In entrambe le esperienze, il punto di partenza è stato un atteggiamento di *self-restraint* da parte dei tribunali che, gradualmente, hanno preso in considerazione la giustiziabilità delle decisioni adottate dai partiti data la loro rilevanza per il sistema costituzionale; tuttavia, i protagonisti e la portata di questo sviluppo giurisprudenziale divergono in ciascuno dei due Paesi.

In Spagna, questa transizione è stata guidata dalla Corte Costituzionale, la cui dottrina consente ora una revisione formale e sostanziale delle questioni organizzative dei partiti. Questo interventismo giudiziario sta rendendo possibile una giurisprudenza molto interessante da parte dei tribunali ordinari —e, più specificamente, della Corte Suprema— che sviluppa e rafforza la garanzia giuridico-costituzionale della democrazia interna. Ad ogni modo, si tratta di una dottrina in costruzione che ha ancora prospettive di miglioramento e concretizzazione. Sarebbe interessante, ad esempio, se l'argomentazione dei tribunali tenesse conto dello squilibrio nel rapporto giuridico tra il partito —la parte forte— e l'iscritto —la parte più vulnerabile— per tutelare meglio la sfera dei diritti indisponibili di quest'ultimo⁴⁰. Sarebbe anche utile rivedere la giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca, che ha trovato motivi sufficienti per dichiarare incostituzionali le misure che ostacolano i diritti di

³⁹ A questo proposito, la recente STS 585/2022 del 26 luglio afferma che l'inosservanza degli statuti da parte della direzione del partito non può essere sanata ricorrendo a soluzioni antistatutarie —convocando un congresso generale del partito senza averne la legittimazione— poiché, agendo in questo modo, non solo si violano i regolamenti interni, ma si viola anche il diritto fondamentale di associazione degli altri membri.

⁴⁰ Come ho già proposto in A. GONZÁLEZ MORO, *La disciplina de partido y los derechos fundamentales de los afiliados: un recorrido jurisprudencial*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 124/2022, 354.

partecipazione delle minoranze all'interno del partito e ha anche sottolineato la necessità di definire le disposizioni sanzionatorie con un certo grado di dettaglio⁴¹.

Al contrario, gli spostamenti verso posizioni più interventiste in Italia sono stati compiuti dai tribunali civili di fronte alla preterizione assoluta della Corte Costituzionale. L'atteggiamento della Corte si spiega in gran parte con l'ambiguità del mandato costituzionale e l'assenza di una legge che regoli il fenomeno partitico. A mio avviso, l'Italia dovrebbe abbandonare la tradizione giuridica liberale e continuare a muoversi verso un modello normativo che contribuisca a chiarire lo status giuridico dei partiti politici —un passo trasformativo sarebbe, senza dubbio, quello di decidere di concedere loro la personalità giuridica—⁴² in linea con la tendenza normativa che prevale in Europa e che la Commissione di Venezia sottoscrive nei suoi rapporti⁴³. L'intervento del legislatore offre un supporto cruciale che spiana la strada, come dimostra il caso spagnolo; tuttavia, ciò che ci dice anche questa analisi comparata è che la semplice approvazione di una legge non è sufficiente, ma che questo sviluppo normativo deve essere sufficientemente dettagliato —senza violare, ovviamente, l'autonomia organizzativa del partito— per ridurre la soglia di incertezza giuridica, minimizzare la discrezionalità della magistratura, garantire procedure democratiche minime e chiarire i diritti e gli obblighi dei membri.

È altrettanto importante sottolineare però che i tribunali italiani hanno attualmente basi giuridiche sufficienti per poter mantenere un atteggiamento più interventista. Il silenzio della Corte Costituzionale ha fatto sì che i tribunali italiani non utilizzino l'argomentazione costituzionale nelle loro decisioni; ciononostante, è possibile formare una solida dottrina molto simile a quella spagnola sull'interpretazione congiunta degli articoli 2 e 49 CI, poiché il primo rende esplicita l'indisponibilità dei diritti fondamentali e il secondo è già stato interpretato dal legislatore chiarendo la proiezione del principio democratico all'interno delle parti. Di conseguenza, sarebbe opportuno che i tribunali iniziassero a introdurre il parametro della democraticità dell'art. 49 CI come limite di ordine pubblico all'autonomia delle associazioni⁴⁴, per poter correggere eventuali violazioni dei diritti fondamentali subite dagli iscritti senza doversi giustificare sulla base di una carente tecnica legislativa interna —cioè, su questioni formali—.

Comunque sia, questo studio comparato dimostra che i tribunali svolgono un ruolo decisivo nel definire i limiti della libertà organizzativa dei partiti colmando, attraverso la ponderazione, i vuoti normativi —statutari e legislativi— che in molte occasioni vengono

⁴¹ Cfr. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Democracia interna en los partidos y democracia militante*, in M. CONTRERAS CASADO, C. GARRIDO LÓPEZ (a cura di), *Interiores del príncipe moderno: la democracia en los partidos políticos, entre la necesidad y la dificultad*, Zaragoza, 2015, 49 ss.

⁴² C. GÓMEZ-SALVAGO, *Partidos políticos y autonomía privada. Jurisprudencia*, Cizur Menor, 2021, 24-28.

⁴³ La Commissione di Venezia ha prodotto una prolifica produzione di rapporti sui partiti, ma i tre documenti seguenti sono quelli di riferimento per la loro stretta relazione con le questioni organizzative delle formazioni politiche: *Joint Guidelines of the Venice Commission and OSCE/ODIHR on Political Party Regulation* (CDL-AD(2020)032); *Code of Good Practice in the field of political parties* (CDL-AD(2009)021) e *Report on the method of nomination of candidates within political parties* (CDL-AD(2015)020).

⁴⁴ L. D'ACUNTO, *Esclusione dell'iscritto e democrazia interna nei partiti politici: la prospettiva privatistica*. in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 24.

utilizzati dalle formazioni politiche per eludere i principi democratici e sacrificare i diritti di partecipazione dei propri membri⁴⁵. Di fronte alle esitazioni del legislatore e al deludente lavoro solitamente svolto dagli organi giurisdizionali dei partiti⁴⁶, l'intervento della magistratura consente di delineare progressivamente un insieme di norme e criteri che possono condizionare le future riforme legislative in materia di partiti e, addirittura, gli esercizi di autonomia organizzativa delle formazioni politiche. Un chiaro esempio si può trovare nella riorganizzazione che il Movimento 5 Stelle ha subito nel 2017, quando ha modificato il suo documento costitutivo per sancire una struttura organizzativa più definita e complessa⁴⁷ che sembra tutelare un po' meglio meglio la posizione giuridica degli iscritti⁴⁸. Nel caso della Spagna, è vero che la recente giurisprudenza non sta innescando riforme normative rilevanti, ma sta contribuendo a consolidare un cambiamento nella cultura politica della militanza che, a poco a poco, sembra essere più consapevole dei propri diritti alla partecipazione democratica e sta iniziando a normalizzare il fatto di poter discutere in tribunale le decisioni ingiuste, abusive o arbitrarie della propria organizzazione. Non si può quindi escludere che, al di là della mera funzione di controllo, risoluzione dei conflitti e riparazione di eventuali violazioni dei diritti, certe dosi di attivismo giudiziario nel diritto dei partiti abbiano un'interessante capacità di trasformare le dinamiche organizzative in senso più democratico o, quantomeno, più protettivo dei diritti dei membri.

⁴⁵ A. GONZÁLEZ MORO, *La disciplina de partido*, cit., 366.

⁴⁶ GIORGIO LOMBARDI ritiene inoltre che, nonostante le notevoli differenze di regime giuridico tra Germania, Italia e Spagna, la prassi sia abbastanza simile nei tre Paesi per quanto riguarda l'espulsione dei membri dissidenti del partito, per cui questa è lasciata ai rapporti di forza all'interno del partito e di solito è giuridicamente colpevole chi è politicamente in minoranza. Per questo chiede la convenienza di un controllo esterno esercitato da organismi imparziali per poter individuare correttamente quando ci si trova davanti a limitazioni dell'esercizio dei diritti fondamentali all'interno del partito (congruamente giustificate dallo statuto) e quando, al contrario, il partito agisce per proteggere e/o tutelare i gruppi dominanti. *Vid.* G. LOMBARDI, *Corrientes y democracia*, cit., 25-26.

⁴⁷ A. BETTI E C. RICO MOTOS, *El Movimiento 5 Estrellas: utopía digital y populismo sin adjetivos*, in *Revista de Estudios Políticos*, 189/2020, 247.

⁴⁸ L. D'ACUNTO, *Esclusione dell'iscritto*, cit., 27.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

CORTI COSTITUZIONALI A CONFRONTO:
COME CAMBIA IL FENOMENO DEL *JUDICIAL ACTIVISM* NEL PANORAMA
COSTITUZIONALE COLOMBIANO E ITALIANO

ALESSIA RICCIOLI

SOMMARIO: 1. Introduzione: il fenomeno del *judicial activism*. – 2. L’attivismo della Corte costituzionale colombiana. – 3. La Corte costituzionale italiana: un attore strategico? – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: il fenomeno del *judicial activism*

Il fenomeno del *judicial activism*, nel panorama delle esperienze del XXI secolo, è un elemento che ha influenzato il ruolo che gli organi di giustizia costituzionale rivestono all’interno dell’ordinamento, la cui legittimazione è oggetto di un ampio dibattito dottrinale.

Il fenomeno in questione non si presta facilmente ad un’unica definizione. Comunemente, viene declinato nel contesto giudiziario statunitense, tanto che vi è la tendenza a sovrapporre il *judicial activism* al potere di *judicial review*¹. Tale associazione, però, è imprecisa, perché tradisce il limite di essere geograficamente determinata.

Schlesinger² ha il merito di aver, per primo, inteso il *judicial activism* come il comportamento di quel giudice che supera il *self restraint* che secondo l’ordinamento

¹ Cfr. K. D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, in *California Law Review*, vol. 92, 5/2004, 1444 ss., disponibile a: <https://www.jstor.org/stable/3481421>.

² Cfr. A. M. SCHLESINGER, *The Supreme Court*, in *Fortune*, vol. XXXV, 1/1947, 73–204.

dovrebbe adottare. Successivamente, l'idea è stata sviluppata da Bulgyn e Searl, che completano la definizione, identificando nelle norme costitutive dell'organo i confini che l'organo stesso dovrebbe impegnarsi a non superare³.

In ogni caso, non sarebbe possibile comprendere appieno il fenomeno dell'attivismo giudiziario senza considerare che l'organo in questione agisce ritenendo di avere piena legittimazione: da un lato assumendo decisioni che in realtà esulano dal suo campo di competenza, dall'altro comportandosi come se tali decisioni fossero pienamente coerenti ai poteri ad esso conferiti⁴.

Essendo un fenomeno strettamente legato al contesto geografico e cronologico di riferimento, la presente analisi, si propone di studiare il fenomeno del *judicial activism* declinato nell'esperienza colombiana, evidenziando, attraverso un raffronto con il panorama italiano, la diversità del ruolo che la Corte costituzionale riveste in ragione del contesto non solo giuridico, ma anche politico nel quale è inserita.

2. L'attivismo della Corte costituzionale colombiana

L'attivismo della Corte colombiana è dovuto a fattori plurimi: *in primis*, alla consapevolezza del ruolo (sociale) che la Corte ritiene di svolgere all'interno della società (come teorizzato dalle c.d. teorie attitudinaliste), ma anche ai nuovi strumenti giuridici introdotti dalla Costituzione e alla storia politica che ha portato alla sua emanazione⁵.

Il presidente Gaviria (in carica tra il 1990 e il 1994) fu un grandissimo promotore della Costituzione, ritenendo che solo un forte sistema di protezione delle libertà negative avrebbe potuto garantire la crescita economica di cui la Colombia aveva bisogno⁶. Tuttavia, sebbene il catalogo dei diritti che godono di copertura costituzionale sia ampio, solo i diritti fondamentali vengono considerati come *judicially enforceable norms*⁷.

³ E. BULYGIN, *On norms of competence*, in C. BERNAL, C. HUERTA, T. MAZZARESE, J. J. MOREOS, P. E. NAVARRO, S. L. PAULSON (a cura di), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, 1992.

⁴ R. M. NUNES, *Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health*, in *Latin American Politics and Society*, vol. 52, 3/2010, 72, disponibile a: <https://www.jstor.org/stable/40925586>.

⁵ *Ibidem*. L'A. descrive l'attivismo giudiziario colombiano come «*progressive judicial activism*», e fa parte di quell fenomeno che vede il crescent sviluppo dell'attivismo «*in newly constitutionalized countries (...)*», affermando che «*(...)such activism is unlikely to emerge if judges do not hold certain programmatic beliefs about the judicial role*», 68. Per una ricostruzione delle fasi che portarono all'approvazione della Costituzione del 1991, cfr. J. BOESTEN, *Constitutional Origin and Norm Creation in Colombia (Comparative Constitutional Change)*, Oxon-New York, 2022, 133.

⁶ Gaviria apparteneva alla corrente di pensiero neoliberista, *ivi*, 71. Per una critica del neoliberismo, cfr. J. D. OSTRY, P. LOUNGANI, D. FURCERI, *Neoliberalism: Oversold?*, in *Finance & Development*, vol. 53, 2/2016, disponibile a: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/pdf/ostry.pdf>; S. METCALF, *Neoliberalism: the idea that swallowed the world*, in *The Guardian*, 25 agosto 2021, disponibile a: <https://www.theguardian.com/news/2017/aug/18/neoliberalism-the-idea-that-changed-the-world> (ultimo accesso 27 luglio 2023).

⁷ In particolare, i diritti si suddividono in tre diversi capitoli della Costituzione, ognuno dei quali corrisponde ad un tipo di diritto diverso: 1) i diritti fondamentali; 2) i diritti sociali, economici e culturali e 3) i diritti collettivi. Da notare che l'unico diritto sociale considerato (già in origine) di immediata applicazione era il diritto alla salute dei bambini. Cfr. M. NUNES, *Ideational Origins of Progressive Judicial Activism*, cit., 81. Circa l'importanza dell'elenco dei diritti fondamentali introdotto con la Costituzione del

Inoltre, la nuova Costituzione introduce nuovi strumenti volti a garantire una migliore tutela dei diritti in essa contenuti, primo fra tutti *l'acción de tutela*⁸, a cui si deve un accesso alla giustizia particolarmente semplice ed economico. Lo strumento ha evidenti richiami alla *verfassungsbeschwerde* tedesca⁹ e al *recurso de amparo* spagnolo¹⁰.

L'acción de tutela ha rafforzato il controllo costituzionale, in specie in senso di *concrete review* (del quale sono frutto, appunto, le sentenze di *tutela*), mentre il ricorso da parte dei cittadini ad un sistema di *abstract review* è garantito da uno strumento già esistente, chiamato *actio popularis* e significativamente implementato nella Costituzione del 1991¹¹.

Non stupisce l'estrema diffusione dello strumento della *tutela*, il cui utilizzo negli anni è cresciuto in modo costante¹², anche a fronte di una incapacità del legislatore di rispondere con altrettanta immediatezza a esigenze sociali sempre più pressanti¹³.

Certo, la *compliance* rappresenta un profilo di criticità: il tema dell'esecutività delle sentenze emesse da una Corte costituzionale pone alcune problematiche innanzitutto sul piano teorico, dato che affidare l'esecutività del giudizio costituzionale alla stessa Corte risulta critico dal punto di vista dell'accettabilità costituzionale in termini di indipendenza tra organi. Tali problematiche si attenuano nel momento in cui la Corte si pronuncia su un ricorso diretto, dato che in questi casi essa si configura come un soggetto (tendenzialmente) appartenente a una giurisdizione ordinaria (in senso soprattutto formale e processuale)¹⁴, benchè anche quest'ultima osservazione sia discutibile alla luce

1991, cfr. M. J. CEPEDA-ESPINOSA, *Los Derechos Fundamentales En La Constitución De 1991*, Santafé de Bogotá, 1997.

⁸ Descritta nell'articolo 86 della Costituzione colombiana. Sebbene la *tutela* sia formalmente definita come uno strumento di protezione dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale ha emesso numerose e uniformi decisioni che hanno un'applicazione diretta e immediata al di là del Capo I, Titolo Secondo della Costituzione, che contiene il catalogo formale dei diritti fondamentali, estendendosi fino alla tutela dei diritti economici, sociali e culturali e dei diritti collettivi. Cfr. J. BOESTEN, *Constitutional Origin and Norm Creation in Colombia (Comparative Constitutional Change)*, cit., 157.

⁹ Come definita nell'articolo 93, primo paragrafo, n. 4° della Legge Fondamentale. P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft: zwei Studien Königstein*, Athenaeum, 1980; ID., *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, traduzione e presentazione di A. D'Atena, Milano, 2000.

¹⁰ Regolato dalla Costituzione spagnola e dalla legge organica n. 2 del 1979 sul Tribunale costituzionale, artt. 41-58. Cfr. C. NASI, *Il ricorso di amparo elettorale in Spagna: il Tribunale costituzionale fra garanzia dei diritti e garanzia dell'esercizio non arbitrario della funzione giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 4/2020, disponibile a: <https://www.federalismi.it/ricorsodeamparo.pdf>.

¹¹ Cfr. J. BOESTEN, *Constitutional Origin and Norm Creation in Colombia (Comparative Constitutional Change)*, cit., 154. Testo costituzionale disponibile a: <https://www.corteconstitucional.gov.co/constitucionpolitica.pdf>.

¹² Cfr. le tabelle disponibili a: <https://cej.org.co/infografias/cifras-de-la-tutela-en-colombia/>.

¹³ Cfr. Corte costituzionale colombiana, T-398-2019, disponibile a: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-398-19.htm>, sul tema dell'igiene mestruale, a titolo di esempio. La sentenza riguarda in particolare il diritto alla salute delle donne senz'altro e rivolge un'esortazione direttamente agli enti territoriali competenti al fine di garantire l'effettiva tutela del diritto.

¹⁴ Negli stati europei, le problematiche legate alla non esecutività delle sentenze costituzionali non sono particolarmente diffuse e questo è coerente ad una disciplina positiva tendenzialmente povera sul tema. Il tema della *compliance*, invece, torna ad avere uno spazio maggiore nella legislazione di quegli stati che prevedono un ricorso diretto del cittadino ad una forma di controllo costituzionale o, soprattutto, nei casi di pluralismo territoriale (e nelle democrazie federali). Ecco che l'esempio tedesco risulta interessante da più punti di vista. In tema di pluralismo, non può mancare un richiamo alla letteratura statunitense e al tema dell'esecutività delle sentenze della Corte, soprattutto da parte degli altri organi giurisdizionali. In tal senso,

del fatto che le sentenze di tutela (che dovrebbero avere un’efficacia *inter partes*, o al massimo *inter communis*, essendo il frutto di un controllo concreto di costituzionalità), invece tendono ad acquisire un’efficacia *erga omnes*, soprattutto a fronte di un legislatore tendenzialmente inerte in tema di tutela di diritti (*rectius*: sociali)¹⁵.

In ogni caso, è interessante notare come l’*acción de tutela* sia evidentemente frutto di un pensiero neo-costituzionalista¹⁶. Questa forma così ampia di protezione dei diritti è legata alla promessa di tutelare la dignità umana, definita non solo nell’articolo 1 della Costituzione, ma all’interno dei diritti socioeconomici (in spec. art. 42, co. 2¹⁷ e art. 51¹⁸), intendendo la dignità come un bene da tutelare attraverso un esercizio procedurale e graduale per raggiungere risultati sostanziali, secondo una visione affermativa della dignità umana e una teoria consequenzialista dei diritti. La ricerca di una decisione “giusta”, in senso anche etico, supera la lettura formalistica e positivista, che era invece stata quella dominante nella giurisprudenza del XX secolo e sicuramente l’interpretazione prevalente offerta dalla Corte Suprema colombiana, essendo a lei attribuito il controllo di costituzionalità delle leggi ai sensi della Costituzione precedente (1886), prima che la nuova costituzione istituisse una corte *ad hoc*.

Per quanto riguarda, invece, le sentenze di costituzionalità emanate dalla Corte, essendo frutto di un controllo astratto di costituzionalità, hanno efficacia *erga omnes*.

emblematico il caso *Hawkins* (cfr. *Florida ex. Rel. Hawkins v. Board of Control*, 350 U.S. 413 (1956)) o le vicende legate alla sentenza *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). La Corte Suprema gode di un’ampia legittimazione, parzialmente, ma non totalmente, collegata ad un generale senso di soddisfazione verso le sue decisioni (Gibson, Caldeira e Spence, 2003). Tuttavia, la Corte sta attraversando un momento di cambiamento, orientandosi verso posizioni sempre più conservatrici, come dimostrano due recenti eclatanti *overruling*: da un lato *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022) che travolge la disciplina prevista dai precedenti storici *Roe* (cfr. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)) e *Casey* (cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)), dall’altro le sentenze *Carson v. Makin*, 596 U.S. (2022), e *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. (2022), che superano l’orientamento precedentemente consolidatosi nella giurisprudenza in tema di *Religion Clauses* (in *primis* il riferimento è a *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971)). Sarà interessante osservare in futuro se e come il cambiamento nell’orientamento della Corte inciderà sul modo in cui verrà percepita dagli altri organi e se questo comporterà delle problematiche in termini di *compliance*. Cfr. E. STRADELLA, *Soggetti, forme e strumenti dell’esecuzione delle decisioni costituzionali: l’impatto sulla tutela dei diritti fondamentali*, in *DPCE online*, 3/2019, 2121–2135, disponibile a: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/791/732>. Circa la legittimazione della Corte Suprema statunitense, cfr. J. L. GIBSON, A. G. CALDEIRA, L. K. SPENCE, *Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court*, in *American Journal of Political Science*, vol. 47, 2/2003, 354–367, disponibile a: <https://www.jstor.org/stable/3186144>.

¹⁵ Cfr. N. RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia: Una categoría en construcción entre restricción y libertad*, Universidad Externado de Colombia, 2016, 93.

¹⁶ La *tutela* coinvolge tutti i giudici colombiani nella difesa dei diritti umani, consentendo a qualsiasi persona i cui diritti fondamentali siano minacciati o violati da un’azione o da un’omissione di un’autorità pubblica, di chiedere, in via sussidiaria, ad un qualsiasi giudice, in un qualsiasi momento, di emettere una sentenza immediatamente esecutiva. La decisione potrà poi essere eventualmente impugnata presso il giudice competente e sempre riesaminata dalla Corte costituzionale, qualora lo ritenga opportuno, cfr. J. BOESTEN, *Constitutional Origin and Norm Creation in Colombia (Comparative Constitutional Change)*, cit., 52.

¹⁷ Art. 42, co. 2, *Cost. Política Colombia*: «El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable».

¹⁸ Art. 52, *Cost. Política Colombia*: «Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda».

Nella recente sentenza C-055-22¹⁹ la Corte costituzionale colombiana ha decriminalizzato l’aborto, contestualmente esortando il legislatore a prevedere una legislazione adeguata circa la vicenda abortiva. La Corte ha anche esplicitato di non ritenere violato il principio del *ne bis in idem*, pur essendosi già espressa sulla legislazione abortiva nel 2006²⁰, quando aveva, al contrario, affermato la legittimità della norma del Codice penale²¹ che criminalizzava l’aborto consenziente. Dato che il quadro giuridico tra le due sentenze è rimasto sostanzialmente immutato, la sentenza del 2022 si colloca, alla luce delle teorie attitudinaliste e strategiche, in un quadro di *judicial activism* della Corte colombiana.

L’attivismo giudiziario, infatti, può essere interpretato alla luce di tre principali approcci: un modello attitudinale sulla base del quale interpretare il processo di *decision-making* del giudice, secondo cui il giudice fonda la propria decisione sulle personali preferenze ideologiche; le teorie strategiche, che fanno riferimento ai vincoli istituzionali e alla fattibilità delle decisioni e, infine, la scuola di pensiero formalista e positivista, che guarda al contesto strettamente giuridico costituito dalle disposizioni legislative e costituzionali²².

Le teorie strategiche, in particolare, suggeriscono che forme di attivismo giudiziario sono più diffuse quando vi è una frammentazione politica che rende una possibile ritorsione verso il potere giudiziario meno probabile.

La Corte colombiana è stata descritta anche utilizzando la figura dello “stratega prudente”: alla luce della distinzione tra funzioni orizzontali (*interbranch arbitrator*) e verticali (*rights adjudicator*)²³, il comportamento della Corte è stato descritto come poco incisivo nel giudicare le controversie costituzionali tra i vari rami del governo (quindi nella sua funzione di controllo orizzontale), agendo da “stratega prudente” nel senso di aver delegato all’esecutivo la risoluzione nel merito dei casi politicamente più rilevanti, adottando decisioni invece anche contrarie alla volontà del Governo negli altri casi²⁴.

¹⁹ Disponibile sul sito ufficiale della Corte costituzionale colombiana, si veda: <https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Decision.php?IdPublicacion=13181>.

²⁰ Sentenza C-355-2006, disponibile a: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>, che introduce 3 eccezioni però alla fattispecie: l’aborto non può considerarsi reato quando (i) la prosecuzione della gravidanza costituisce un pericolo per la vita o la salute della donna, come certificato da un medico; (ii) quando vi è una grave malformazione del feto che ne rende impossibile la vita, come certificato da un medico; e (iii) Quando la gravidanza è il risultato di una condotta, debitamente denunciata frutto - in sintesi - di una condotta sessuale subita di cui la donna non era consenziente o di incesto.

²¹ Cfr. *Aborto*, Artículo 122, Código Penal (Ley 599 de 2000).

²² In realtà K. E. WHITTINGTON, *Once More Unto the Breach: PostBehavioralist Approaches to Judicial Politics* inserisce il comportamento strategico del giudice all’interno del *rational choice new institutionalism*, affermando che, secondo questa teoria, «judicial decisions may not simply reflect judicial attitudes, but may also reflect the larger strategic environment», 609 ss. e spec. 611.

²³ Cfr. J. BOESTEN, *Constitutional Origin and Norm Creation in Colombia (Comparative Constitutional Change)*, cit., 50.

²⁴ Per completezza, ai aggiunge che, come parte della dottrina ha notato, vi sono stati casi in inegabilmente la Corte non ha agito come stratega, ma piuttosto come organo deliberativo. Si veda, ad esempio, la decisione C-141/10 (disponibile a: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20011584>), in cui la Corte dichiara incostituzionale la legge 1354 del 2009, sia per vizi riscontrati nel procedimento, sia perché ritiene incostituzionale la previsione, contenuta nella legge, che avrebbe permesso la rielezione del Presidente per più due mandati consecutivi.

3. La Corte costituzionale italiana: un attore strategico?

Analizzando il comportamento del giudice in chiave strategica, anche il panorama costituzionale italiano offre interessanti spunti di riflessione. Alcuni Autori²⁵, infatti, hanno sottolineato la tendenza della Corte costituzionale a un auto-riconoscimento in via pretoria del ruolo che essa svolge nei confronti degli altri poteri dello Stato, mirato ad instaurare con essi un rapporto di carattere collaborativo (adottando, quindi, scelte qualitativamente diverse da quelle riferibili alla Corte costituzionale colombiana).

Ne è un esempio l'ordinanza n. 17 del 2019²⁶, resa in sede di ammissibilità del giudizio circa il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato da trentasette senatori, appartenenti al «Gruppo parlamentare “Partito democratico”» (da qui in avanti PD). I senatori ricorrenti hanno sollevato il conflitto sia a titolo individuale, sia in qualità di «Gruppo parlamentare “Partito democratico”», sia in qualità di minoranza qualificata pari a un decimo dei componenti del Senato.

Il ricorso è stato sollevato in merito alle modalità – e non al contenuto²⁷ – con cui il Senato della Repubblica aveva approvato il disegno della Legge di Bilancio per il 2019²⁸, lamentando la grave compressione dei tempi di discussione, a seguito della presentazione da parte del Governo dell'emendamento n. 19000²⁹ (c.d. maxi-emendamento). Secondo i ricorrenti, l'apposizione della questione di fiducia su di esso – sostitutivo dell'intero disegno di legge precedente – non avrebbe permesso ai senatori di partecipare consapevolmente alla discussione e alla votazione della relativa legge, inficiando la

²⁵ Così, esplicitamente G. SALVADORI, *La Corte costituzionale verso la gestione del fattore tempo*, in *federalismi.it*, 15/2020, 97, disponibile a: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=43437>. Sul punto, si veda anche N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *federalismi.it*, 4/2019, 2–15, disponibile a: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38115>.

²⁶ Corte Cost., ord. n. 17 del 2019, Camera di Consiglio del 9 settembre 2019 (depositata l'8 febbraio 2019), disponibile a: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2019:17.

²⁷ In tal senso, E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17 del 2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 166. L'A. nota che i ricorrenti stessi si sono preoccupati di sottolineare che la loro intenzione non era quella di sindacare il contenuto della legge di bilancio oggetto dell'iter di approvazione, ma quello di garantire il corretto esercizio delle competenze costituzionalmente attribuite rispetto al procedimento legislativo *ex art. 72 Cost.* Le relative argomentazioni vengono richiamate dalla Corte al fine di ritenere «*un po' apoditticamente*», che «*non è richiesto alla Corte di procedere all'annullamento di alcuno degli atti ritenuti lesivi*» (considerato in diritto, punto 1, dell'ordinanza *de qua*, come ripreso da E. ROSSI, *ult. loc. cit.*), ritenendo che l'intento dei ricorrenti fosse evidentemente volto «*ad escludere l'effetto di annullamento della legge nell'ipotesi di accoglimento (nel merito) del conflitto*».

²⁸ Legge 30 dicembre 2018, n. 145, “Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021”, disponibile a: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/12/31/18G00172/sg>.

²⁹ Sul punto, C. BERGONZINI, *Manovra di bilancio 2019: quando si finisce col fare a meno del Parlamento*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 162-164. Per un approfondimento circa le problematiche della prassi in questione, cfr. G. PISTORIO, *Fiat iustitia ne pereat mundus: un monito ultimativo sull'abuso del ricorso ai maxi-emendamenti con questione di fiducia: nota all'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 1/2019, 135–148, tratto dall'opera monografica ID., *Maxiemendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, 2018.

conoscibilità del testo³⁰ e violando, quindi, i principi costituzionali stabiliti in materia di procedimento di formazione delle leggi (art. 72 Cost.³¹) e quello di leale collaborazione tra poteri dello Stato³² (con riferimento all’art. 97, co. 1, Cost.³³ circa il principio di buon andamento e imparzialità dell’amministrazione e, con specifico riferimento alla Legge di Bilancio, all’art. 81 Cost.³⁴).

Il ricorso ha superato il vaglio di ammissibilità quanto al profilo soggettivo, riconoscendo esplicitamente ai parlamentari (per la prima volta) la qualifica di “potere

³⁰ Così G. L. CONTI, *Corte costituzionale e prerogative del Parlamento nei dintorni della decisione di bilancio*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019, 2-3, disponibile a: <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/numeri-speciali/speciale-l-ordinanza-17-2019-della-corte-costituzionale/1393-corte-costituzionale-e-prerogative-del-parlamento-nei-dintorni-della-decisione-di-bilancio/file>, che, commentando il conflitto in questione, ritiene sacrificata la dignità del Parlamento, costretto «a votare su una decisione di bilancio sostanzialmente inconoscibile perché decisa da un negoziato fra il governo e la Commissione UE all’ombra di una procedura di infrazione per debito eccessivo». Circa l’iter di approvazione della legge in questione, cfr. F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *federalismi.it*, 4/2019, disponibile a: <https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=38110&dpath=document&dfile=19022019234301.pdf&content=La%20legge%20di%20bilancio%20tra%20Governo%20e%20Corte%20costituzionale%20e%20il%20Parlamento%20approva%20a%20scatola%20chiusa%20-%20D%20dottrina%20D%20B>. Sul carattere “euro-nazionale” del procedimento per l’approvazione della legge di bilancio si veda G. RIVOSECCHI, *Manovra di bilancio 2019: la rientrata procedura di infrazione per debito eccessivo*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 155–158, disponibile a: <https://www.rivisteweb.it/download/article/10.1439/92717>.

³¹ Art. 72, Cost., «1. Ogni disegno di legge, presentato ad una Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una Commissione e poi dalla Camera stessa, che l’approva articolo per articolo e con votazione finale. 2. Il regolamento stabilisce procedimenti abbreviati per i disegni di legge dei quali è dichiarata l’urgenza. 3. Può altresì stabilire in quali casi e forme l’esame e l’approvazione dei disegni di legge sono deferiti a Commissioni, anche permanenti, composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari. Anche in tali casi, fino al momento della sua approvazione definitiva, il disegno di legge è rimesso alla Camera, se il Governo o un decimo dei componenti della Camera o un quinto della Commissione richiedono che sia discusso e votato dalla Camera stessa oppure che sia sottoposto alla sua approvazione finale con sole dichiarazioni di voto. Il regolamento determina le forme di pubblicità dei lavori delle Commissioni. 4. La procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale [cfr. art. 138] ed elettorale e per quelli di delegazione legislativa [cfr. artt. 76, 79], di autorizzazione a ratificare trattati internazionali [cfr. art. 80], di approvazione di bilanci e consuntivi [cfr. art. 81]».

³² Nello specifico, i ricorrenti hanno lamentato «il corretto esercizio delle competenze costituzionalmente attribuite con riferimento al procedimento legislativo disegnato dall’art. 72 Cost. e soprattutto, con specifico riferimento alla legge di bilancio, dall’art. 81 Cost. e dall’art. 97, comma 1, Cost.».

³³ Art. 97, co. 1, Cost.: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione».

³⁴ Art. 81, Cost.: «1. Lo Stato assicura l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. 2. Il ricorso all’indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali. 3. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte. 4. Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. 5. L’esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. 6. Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l’equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale».

dello Stato”³⁵. La Corte ha definito la situazione esaminata «impregiudicata, da esaminare, nella sua specificità, alla luce dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di conflitto tra poteri dello Stato»³⁶, qualificando i senatori come «organi»³⁷, a cui è attribuita la competenza di esprimere in via definitiva la volontà del potere a cui fanno riferimento, espressamente richiamando l’art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953³⁸, la cui nozione di “potere dello Stato” – ai fini della legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione – comprende tutti gli «organi-potere titolari di distinte quote o frazioni di attribuzioni costituzionalmente garantite»³⁹.

È apprezzabile che la Corte non si limiti, come invece avrebbe potuto fare, ad adottare un approccio in senso lato conservativo, dichiarando l’inammissibilità del conflitto, ad esempio, per mancanza del requisito soggettivo⁴⁰. Tuttavia, la Corte non manca di sottolineare che la legittimazione attiva del singolo parlamentare deve essere rigorosamente circoscritta quanto al profilo oggettivo, non ritenendo sufficiente ai fini dell’ammissibilità del conflitto che «il singolo parlamentare lamenti un qualunque tipo di vizio occorso durante l’*iter* legislativo», dovendo provare l’esistenza di «una sostanziale negazione o un’evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al ricorrente»⁴¹, a tutela della quale è previsto il rimedio giurisdizionale da esperire di fronte alla stessa Corte *ex art.* 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953. Nel caso di specie, la Corte non riscontra impedimenti tali da incidere così manifestamente sulle prerogative parlamentari, dato che il conflitto sollevato dal gruppo PD è motivato esclusivamente da ragioni processuali di tipo contingente⁴².

La Corte, in ogni caso, riconosce la legittimazione attiva unicamente in capo al singolo parlamentare, risolvendo negativamente la questione della legittimità a sollevare il conflitto della minoranza di un decimo dei componenti del Senato e non esprimendosi circa la legittimazione in capo al gruppo parlamentare, ritenendo assorbente la mancanza, nel ricorso, della «necessaria indicazione delle modalità con le quali il gruppo parlamentare avrebbe deliberato di proporre conflitto davanti alla Corte»⁴³. Se ne desume che la Corte stia rilevando la necessità di una delibera ad opera del gruppo, non ritenendo sufficiente una mera sottoscrizione del ricorso da parte della maggioranza dei parlamentari che vi appartengono – come era accaduto nel caso specifico – anche a costo di causare un irrigidimento del rimedio giurisdizionale *ex art.* 37. La scelta della Corte sembra giustificata dalla volontà di evitare la creazione di una via di accesso innovativa,

³⁵ Cfr. N. LUPO, *Un’ordinanza compromissoria*, cit., 2; G. PISTORIO, *Fiat iustitia ne pereat mundus*, cit., 137.

³⁶ Corte cost., ord. n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 3.2.

³⁷ *Ibidem*. Cfr. N. LUPO, ult. loc. e ult. cit.

³⁸ Art. 37, 1° co., L. n. 87/1953: «*Il conflitto tra poteri dello Stato è risolto dalla Corte costituzionale se insorge tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono e per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali. Restano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione*». Testo della legge disponibile a: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/istituzione/LEGGE_11_marzo_1953.pdf.

³⁹ Corte cost., ord. n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 3.4.

⁴⁰ Così anche secondo N. LUPO, *Un’ordinanza compromissoria*, cit., 2.

⁴¹ Corte cost., ord. n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 3.5.

⁴² *Ivi*, 9; G. PISTORIO, *Fiat iustitia ne pereat mundus*, cit., 138.

⁴³ Corte cost., ord. n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 3.

unicamente giurisprudenziale, più simile a una *saisine parlementaire*. La logica di quest’ultima, infatti, è più simile a quella di un confronto politico-parlamentare, ma sembra lontana dalle caratteristiche della Corte costituzionale italiana, che, anche in caso di conflitto tra poteri dello Stato, predilige focalizzarsi sui diritti individuali, in specie quelli del singolo parlamentare. La Corte sembra delineare una sorta di via intermedia⁴⁴ tra la *saisine parlementaire* (prevista in Francia, Germania e Spagna)⁴⁵ e il ricorso costituzionale diretto (come già accennato, il *Verfassungsbeschwerde* in Germania o *recurso de amparo* in Spagna).

La Corte, dunque, ha dichiarato il ricorso inammissibile in *limine limitis*, così evitando un giudizio nel merito, che, se avesse sancito l’annullamento dell’atto in questione, avrebbe potuto comportare l’esercizio provvisorio del potere di bilancio in seguito alla mancata approvazione entro l’anno della legge in questione⁴⁶.

Tuttavia, la Corte ha, al contempo, espresso valutazioni⁴⁷ in via accidentale che sarebbero state più opportunamente espresse nel contesto di un giudizio di merito, prevedendo una violazione di competenza *accertata*, ma non *dichiarata*⁴⁸. La Corte si è, infatti, espressa sull’eccezionale modalità che il Governo e gli altri attori istituzionali coinvolti hanno adottato al fine di approvare il disegno della Legge di Bilancio⁴⁹ e svolto un approfondito scrutinio nel merito degli aspetti che ha voluto portare all’attenzione del suo interlocutore politico (in questo caso il Governo). In specie, la Corte lamenta «gli effetti problematici dell’approvazione dei disegni di legge attraverso il voto di fiducia apposto su un maxi-emendamento governativo»⁵⁰, che inficiano il corretto svolgimento di una discussione sulla questione, per effetto del “voto bloccato” determinato dalla questione di fiducia.

L’atteggiamento collaborativo della Corte si pone su un piano dialogico rispetto agli

⁴⁴ Cfr. N. LUPO, *Un’ordinanza compromissoria*, cit., 10 ss.

⁴⁵ In riferimento alla possibilità di svolgere un controllo approfondito sull’iter legislativo prima della promulgazione della legge, entro un termine di trenta giorni dalla presentazione del ricorso, generalmente promosso da coloro che sono i più interessati a sollevarlo, ma anche i più informati, cioè i parlamentari dell’opposizione. Così P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale del procedimento legislativo: un quadro deprimente ad eziologia complessa*, in *Rivista AIC*, 5/2019, 50, disponibile a: https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2019_5_06_Passaglia.pdf, che, esprimendosi in modo critico circa l’idoneità del sistema di giustizia costituzionale italiano al fine di far valere i vizi dell’*iter legis*, descrive positivamente il sistema francese, le cui «virtù» sono, però, «ben lungi dal poter essere rintracciate nel sistema italiano».

⁴⁶ *Ivi*, 14, in cui l’A. lucidamente spiega che «(...) in termini meramente costituzionalistici, un rimedio allo sfioramento temporale c’era e c’è tuttora, essendo prevista la possibilità di un esercizio provvisorio (art. 81, quinto comma, Cost.). Tuttavia (...) tale eventualità avrebbe determinato un disallineamento rispetto alle tempistiche europee e, soprattutto, che la mancata tempestiva approvazione della legge di bilancio avrebbe sicuramente lanciato un messaggio di grande incertezza e debolezza delle istituzioni italiane nei confronti dei mercati, delle istituzioni dell’Unione e degli stessi partners europei».

⁴⁷ Corte cost., ord. n. 17/2019, cit., cons. in dir. n. 4.1 e ss.

⁴⁸ Cfr. G. SALVADORI, *La Corte costituzionale verso la gestione del fattore tempo*, cit., 102 ss.

⁴⁹ Da notare come anche il *Tribunal Constitucional* spagnolo ha affrontato una vicenda simile, forzando le regole processuali che presidiano il *recurso de amparo* (promosso da alcuni gruppi parlamentari di minoranza) al fine di evitare che rimanesse pendente un giudizio di costituzionalità sulla riforma costituzionale che introduceva il vincolo di bilancio, in questo modo evitando di affrontare nel merito la questione. Il riferimento è all’*auto* n. 9 del 2012, disponibile a: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22717>.

⁵⁰ Corte cost., ord. n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 4.3.

altri poteri dello Stato. Da un lato, la Corte assume un atteggiamento comprensivo, ritenendo che l'utilizzo della fiducia in tal senso rappresenti una prassi consolidata nel tempo «da parte dei governi di ogni composizione politica, in cerca di risposte alle esigenze di governabilità»⁵¹, e quindi negando l'esistenza di una violazione tanto manifesta delle prerogative parlamentari da giustificare l'esercizio provvisorio della Legge di Bilancio. Dall'altro lato, essa pare rivolgere un monito diretto all'organo governativo, sottolineando la possibilità di ottenere un diverso esito in futuro («nondimeno, in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti»⁵²).

In questo contesto, evidentemente, non era possibile per la Corte ripetere quella modulazione temporale degli effetti della propria decisione che già aveva utilizzato per un'altra ordinanza, n. 207 del 2018, del c.d. caso Cappato⁵³. Tale ordinanza si inserisce, come la prima, nell'analisi del rapporto tra la Corte e gli altri poteri dello Stato, introducendo una sorta di differimento della (declaratoria di) incostituzionalità (non essendovi una formale dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa impugnata)⁵⁴, al fine permettere al potere legislativo di intervenire circa le criticità nella disciplina del fine vita evidenziate dalla stessa Corte.

Sebbene le ordinanze richiamate riguardino contesti profondamente diversi (la fondatezza di una questione di legittimità in un caso e l'ammissibilità di conflitto di attribuzione tra poteri nell'altro), in entrambi i casi la Corte sembra riconoscere l'incostituzionalità delle norme e delle vicende che le sono state sottoposte⁵⁵, pur evitando di dichiararne l'incostituzionalità, per ragioni che si spiegano non solo giuridicamente, volendo evitare di adottare decisioni che avrebbero avuto un eccessivo impatto sull'impianto politico pre-esistente, preferendo adottare uno stile "interlocutorio forte"⁵⁶, espresso in via pretoria.

Circa il caso Cappato, la Corte ha ritenuto di non poter direttamente porre rimedio al *vulnus* che la normativa vigente comportava ai principi ex artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., «imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive»⁵⁷. Come la Corte stessa ricorda, in situazioni simili essa aveva dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità, rivolgendo però «un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Corte cost., ord. n. 24/2017, cit., cons. in dir. n. 4.5.

⁵³ Corte. cost, ord. n. 17 del 2019, udienza del 23 ottobre 2018 (depositata il 16 novembre 2018), testo disponibile a: https://www.questionegiustizia.it/data/doc/1782/ord_corte_cost_207_2018.pdf.

⁵⁴ Cfr. G. SALVADORI, *La Corte costituzionale verso la gestione del fattore tempo*, cit., 106; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita* (19 novembre 2018), in www.questionegiustizia.it, secondo cui la Corte, con tale sentenza, ha introdotto un nuovo strumento decisorio, definito da l'A. come "incostituzionalità differita".

⁵⁵ Così esplicitamente N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria*, cit., 15.

⁵⁶ Così G. SALVADORI, *La Corte costituzionale verso la gestione del fattore tempo*, cit. 116.

⁵⁷ Corte. cost, ord. n. 17 del 2019, cons. in dir. n. 9.

rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato», per poi successivamente dichiarare l'illegittimità della questione «se il monito fosse rimasto senza riscontro»⁵⁸. Nell'ordinanza *de qua*, però, la Corte ha dovuto far fronte alle incongruenze presenti nella legislazione in materia di aiuto al suicidio. La Corte ha optato, quindi, per una soluzione diversa, dato che l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa avrebbe presupposto una nuova questione di legittimità costituzionale, che sarebbe potuta essere sollevata anche dopo un notevole lasso di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità. Ecco che, considerando il caso alla luce delle «sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti»⁵⁹, la Corte fa ricorso a propri poteri di gestione del processo costituzionale, posticipando la discussione circa la legittimità costituzionale e sospendendo il giudizio a quo, espressamente dichiarando nella pronuncia la volontà di instaurare «un contesto espressamente definito «collaborativo» e «dialogico» fra Corte e Parlamento».

L'ordinanza *de qua* è stata classificata dalla dottrina come interlocutoria⁶⁰. Significativamente, la Corte ha voluto specificare nella motivazione la sospensione del giudizio *a quo*, dato che la questione proposta in via incidentale obbliga il giudice del processo *a quo* a trasmettere, unitamente al provvedimento di rinvio, anche tutti gli atti del giudizio principale, che saranno restituiti solo successivamente al provvedimento definitivo della Corte, sancendo in ogni caso la sospensione del giudizio di merito⁶¹. In effetti, l'ordinanza presenta diverse anomalie, quale, *in primis*, il fatto di non limitarsi ad essere «succintamente motivata» *ex art.* 18, ultimo comma, l. 87/1953. Coerentemente, è stato notato che entrambe le ordinanze sono accomunate da una formalità più tipicamente riferibile a una sentenza, non solo in riferimento alla motivazione, elaborata e consistente, ma anche per la distinzione presente nel testo tra *Ritenuto in fatto* e *Considerato in diritto*.⁶²

Nell'ordinanza in questione vengono rinviati gli effetti *erga omnes* prodotti dalla declaratoria ai sensi dell'art. 136 Cost. ad un momento futuro, sancendo così una sorta di *unicum* nel panorama delle decisioni della Consulta⁶³.

⁵⁸ Corte. cost. ord. n. 17 del 2019, cons. in dir. n. 11.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Sul punto, R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà* (23 giugno 2019), in www.forumcostituzionale.it, relativamente all'intervento al Seminario 2019 di Quaderni Costituzionali, *Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, Bologna, 27 maggio 2019, definendo un'ordinanza interlocutoria come una pronuncia attinente ad un aspetto del processo costituzionale circa la «regolarità del contraddittorio, del provvedimento di rimessione, alla corretta composizione del collegio, alla riunione di questioni ed anche ovviamente al rinvio del giudizio», il quale può avere varie ragioni che lo supportano «tra cui ad esempio la richiesta di adempimenti istruttori a soggetti o enti pubblici, la pendenza di un giudizio davanti alla Corte di Lussemburgo, ragioni di opportunità, come nel caso della questione avente ad oggetto l'«Italicum» ed altro», 1-2.

⁶¹ *Ibidem*, definendo apparentemente «incomprensibile» tale necessità della Corte.

⁶² L'utilizzo, in un'ordinanza, di uno stile redazionale tipico di una sentenza era già stato notato dalla dottrina nel caso Taricco, in specie Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, udienza del 23 novembre 2016 (depositata il 27 gennaio 2017), testo disponibile a: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

⁶³ Immediatamente concedendo una dilazione temporale della propria decisione al fine di permettere al legislatore di intervenire, in nome di uno spirito collaborazione, per poi successivamente emettere una sentenza additiva di principio quando l'invito è risultato inevaso: C. cost., sent. n. 242 del 2019, disponibile

Per quanto riguarda, invece, l’ordinanza n. 17, dato che, sulla base dell’art. 136 Cost., non sarebbe stato possibile applicare alcuna forma di differimento temporale degli effetti di una sentenza di accoglimento (né in via pretoria o né per legge ordinaria), quindi, onde scongiurare il possibile annullamento di una Legge di Bilancio, la Corte ha individuato una soluzione alternativa.

4. Considerazioni conclusive

L’ord. n. 17 del 2019 si inserisce nella tendenza della Corte, già espressa nell’ord. n. 207 del 2018, di riconoscersi un ruolo collaborativo con gli altri attori istituzionali in una dimensione anche politica e non solo giuridica⁶⁴, pur rimanendo rispettosa del legittimo detentore della funzione legislativa.

È opportuno considerare i segnali lanciati dalla Corte, di cui anche le ordinanze discusse fanno parte, mirati a ridefinire i rapporti con il potere politico⁶⁵. Per quando riguarda l’ord. n. 17, ad esempio, non può trascurarsi il fatto che il ricorso alla fiducia sui maxi-emendamenti provoca effetti necessariamente distorsivi rispetto alla forma di governo, incidendo negativamente sul principio di separazione dei poteri, inteso nel senso di corretta attribuzione delle relative responsabilità politiche⁶⁶. Sul punto, incide anche il modo con cui la Corte risponde a tale distorsione, nel tentativo di instaurare un rapporto collaborativo con il potere politico attraverso certe espressioni e certe formule decisorie «ben lontane dal timido monito o dai meri *obiter dicta*»⁶⁷.

Emerge quindi, piuttosto chiaramente, la tendenza della Corte verso una concezione sempre più “politica” del suo ruolo istituzionale, uno «spostamento di pendolo»⁶⁸, il cui percorso ricalca, in parte, il *judicial activism* della Corte costituzionale

a:

https://www.biodiritto.org/ocmultibinary/download/3702/44565/8/fbaa2d44730bf0bd6c5798c46dec2693/file/pronuncia_242_2019.pdf. In tal modo la Corte può appoggiarsi su due distinti momenti di censura, cfr. G. SALVADORI, *La Corte costituzionale verso la gestione del fattore tempo*, cit., 113 e nota 26.

⁶⁴ Così N. LUPO, *Un’ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, cit., 15; G. SALVADORI, *La Corte costituzionale verso la gestione del fattore tempo*, cit., 116.

⁶⁵ Cfr. G. PISTORIO, *Fiat iustitia ne pereat mundus*, cit., 141 ss.

⁶⁶ N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l’ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019, 18, disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>. L’incidenza delle decisioni della Corte sulla forma di governo, inteso nel senso di corretto equilibrio tra i poteri dello Stato, è anche dovuta ad un problema strutturale, in specie, in merito al conflitto di attribuzioni di potere, al fatto che per la relativa risoluzione è prevista la competenza della corte circa i conflitti interrogamici, così però contribuendo «all’inveramento del principio della divisione dei poteri», cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VI, Torino, 2018, 239.

⁶⁷ Cfr. G. SALVADORI, *La Corte costituzionale verso la gestione del fattore tempo*, cit., 4. L’A. sottolinea un cambio di passo della Corte, che abbandona «il tradizionale contegno attendista per assumere un piglio più concreto, che riconosce in prima battuta al legislativo la titolarità delle scelte politiche, ma esige risposte in tempi rapidi, dunque *decide di decidere*», 116.

⁶⁸ Cfr. G. SERGES, C. TOMBA (a cura di), «*Il pendolo della Corte*». *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*. *Dossier sulla giurisprudenza costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*. *Atti della Tavola*

colombiana. L'attivismo giudiziale tende ad attribuire alle Corti una funzione suppletiva del potere legislativo, volta a garantire diritti che altrimenti rimarrebbero privi di tutela.

In ogni caso, è possibile notare quanto l'atteggiamento delle due Corti differisca rispetto al rapporto con gli altri poteri dello Stato, a conferma del *judicial activism* come fenomeno *context-dependent*.

Confrontano il comportamento delle due Corti costituzionali, italiana e colombiana, rispetto al potere legislativo emerge che, da un lato, la Corte costituzionale italiana sembra voler assicurare un'effettiva giustizia costituzionale in tempi più celeri, abbandonando il tradizionale contegno attendista per assumere un ruolo più concreto, che riconosce al potere legislativo la titolarità delle scelte politiche, ma esigendo un intervento più rapido. Dall'altro lato, è interessante notare come il comportamento della Corte costituzionale colombiana sia stato frutto della necessità di rispondere a quelle esigenze sociali che giustificarono la sua istituzione nel 1991: preservare il rispetto della dignità umana e difendere la volontà dei cittadini colombiani di costruire una pace stabile in uno stato democratico amministrato da istituzioni legittime. In tal senso, la Corte si è divenuta un *forum* sempre più legittimo, capace di rispondere ad alcuni dei problemi più complessi che affliggono la società e le istituzioni colombiane⁶⁹.

rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), Torino, 2017.

⁶⁹ M. C. CEPEDA-ESPINOSA, *Judicial Activism In A Violent Context: The Origin, Role, And Impact Of The Colombian Constitutional Court*, in *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, 2004, 666 ss.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

LA DOCTRINE ITALIENNE DU DROIT VIVANT : RESSOURCE POUR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?

LUCAS TREGOU-DELVESCOVO

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. L'intérêt institutionnel d'une réception du droit vivant. – 2.1. Le droit vivant comme technique interprétative efficace. – 2.1.1. Un outil herméneutique. – 2.1.2. Un outil de politique jurisprudentielle. – 2.2. La doctrine du droit vivant, position institutionnelle exigeante. – 2.2.1. Une position systématique. – 2.2.2. Une position systémique. – 3. L'illusion d'une doctrine française du droit vivant. – 3.1. Une posture ambiguë du Conseil constitutionnel. – 3.1.1. L'absence de recours systématique. – 3.1.2. L'absence d'inscription systématique. – 3.2. Une position hostile de la Cour de cassation. – 3.2.1. Une résistance conceptuelle. – 3.2.2. Un avantage procédural.

1. Introduction

En 2002, Caterina Severino constatait déjà que l'objet d'étude de sa thèse de doctorat¹, la « doctrine du droit vivant », était devenu « une notion à la mode » pour les juristes français. Or, si l'on désigne la mode comme une « manière passagère de se conduire, de penser, considérée comme de bon ton dans un milieu, à un moment donné », l'idée d'une mode du droit vivant trahit l'incompréhension par les juristes français d'une doctrine fondée sur son caractère durable. De plus, comme on va le voir, cet engouement se révélait sans doute bien précoce au regard de l'état de contentieux constitutionnel français au début des années 2000.

¹ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Aix en Provence, 11.

La doctrine du droit vivant désigne une posture interprétative de la *Corte costituzionale* dans le cadre de son contrôle *a posteriori* des lois. Il s'agit fondamentalement d'une évolution dans sa façon d'appréhender l'interprétation des textes législatifs qui lui sont déférés par voie incidente. Dès les années 50, la Cour affirme qu'elle est « dûment tenue de prendre en compte l'interprétation jurisprudentielle constante qui confère au précepte législatif sa valeur effective dans la vie juridique »². Ce type de formulation traduit l'ancienneté de l'intérêt de la Cour italienne pour une approche concrète du processus interprétatif. Toutefois, la Cour constitutionnelle n'entend pas dès l'origine censurer sa propre interprétation. Elle tend plutôt, comme l'indique le professeur Giuseppino Treves, à faire preuve de déférence, mais non d'attache à l'égard de l'interprétation des juges ordinaires³. En effet, la sentence n° 11 de 1965 précise « qu'il n'est pas exclu que la Cour constitutionnelle puisse également faire usage d'une interprétation antérieure, à condition toutefois qu'après adhésion pleine et entière, celle-ci soit également devenue sa propre interprétation »⁴. Ainsi, selon Gustavo Zagrebelsky, cette prise en compte dépendait de « sa libre appréciation et non d'une force quelconque dont disposeraient en eux-mêmes les précédents des autres juges »⁵. Le juge constitutionnel pouvait alors tenter d'influer sur l'interprétation de la loi, notamment dans le cadre des sentences interprétatives de rejet. La doctrine du droit vivant rompt avec cette position initiale. Elle désigne la doctrine développée par la Cour suivant laquelle sa propre interprétation doit systématiquement être écartée lorsqu'il existe une interprétation consolidée dans la pratique, c'est-à-dire dès lors qu'elle constate l'existence d'un droit vivant. Cette dernière notion renvoie ainsi à l'idée que le droit n'est pas purement textuel, mais qu'il est influencé de toute part, notamment par la jurisprudence.

Il est donc aisé de percevoir l'anachronisme des auteurs qui voyaient dans l'attitude du Conseil constitutionnel français une quelconque ressemblance avec cette doctrine avant 2010, puisqu'il n'existait pas de contrôle *a posteriori* des lois. À contrario, l'idée d'un droit vivant en France peut paraître moins incongrue avant l'introduction de la Question prioritaire de constitutionnalité (Qpc). On comprend également pourquoi, lorsque le Conseil constitutionnel a estimé son contrôle « limité à la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la loi » en octobre 2010, certains ont pu y voir une imitation de « l'art italien »⁶. Depuis, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler cette position⁷ et d'en faire l'application en estimant par exemple que des dispositions n'étaient inconstitutionnelles « ni par elles-mêmes ni en raison de la portée effective que leur conférerait une interprétation jurisprudentielle

² Cour const., arrêt n°3/1956.

³ G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2/1986, 56.

⁴ Cour const., arrêt n°11/1965 (nous traduisons).

⁵ G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2/1986, 56.

⁶ D. ROUSSEAU, *L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010*, in *La Gazette du Palais*, 27 octobre 2010, 293-294.

⁷ Cons. const., 6 oct. 2010, 2010-39 QPC; 14 oct. 2010, 2010-52 QPC; 8 avril 2011, 2011-120 QPC; 6 mai 2011, 2011-127 QPC; 27 nov. 2015, 2015-500 QPC; 4 déc. 2015, 2015-503 QPC; 3 fév. 2016, 2015-520 QPC; 18 sept. 2016, 2016-563 QPC; 9 mars 2017, 2016-615 QPC.

constante »⁸. Pour autant, il n'est pas certain qu'un tel parallèle entre la situation française et italienne tienne réellement compte de l'épaisseur théorique et historique de la doctrine du droit vivant.

D'un point de vue théorique, la doctrine du droit vivant aurait un intérêt dans le cadre du débat sur l'objet du contrôle de constitutionnalité ayant donné lieu en Italie à « de vives discussions doctrinales et des juges (constitutionnels et ordinaires) eux-mêmes »⁹. Plus précisément, il s'agit de déterminer si le contrôle porte sur une disposition ou sur une norme. De façon extrêmement schématique, la distinction traditionnelle entre ces deux notions repose sur l'idée que la norme serait le fruit de l'interprétation de la disposition¹⁰. Autrement dit, la disposition serait du signe et la norme serait du sens créé à partir de ces signes. Le choix d'opérer un contrôle sur la norme ou sur la disposition aurait également des incidences pratiques. Pour le professeur Escarras, déterminer si le contrôle du juge constitutionnel porte sur « les propositions en tant que telles, ou les normes qui en dérivent » revêt d'importantes conséquences¹¹. La différence réside selon lui dans la pérennité de la « source de droit », faisant ainsi référence à la disposition. Si le contrôle de constitutionnalité porte sur la disposition, alors la source du droit disparaît. S'il porte « sur la norme, une partie de la norme ou plusieurs normes déduites d'une même source » alors seuls le ou les fruits de l'interprétation sont annulés, « la source elle-même continuera à produire des effets de droit et sera donc susceptible d'être appliquée selon une interprétation différente de celle que la Cour a déclaré illégitime »¹². Selon le professeur Escarras, la Cour constitutionnelle italienne contrôlerait soit « sur le texte et la norme qui lui correspond de façon univoque », soit sur « la norme ». C'est dans ce deuxième cas que le recours au droit vivant se révélerait utile. Celui-ci aurait bien entendu pour effet d'entériner le choix d'un contrôle des normes législatives au détriment d'un contrôle des dispositions législatives. Il permettrait également de déterminer quelle norme doit être contrôlée¹³. Autrement dit, suivant le professeur Pardini, avec la doctrine du droit vivant « la Cour constitutionnelle fait de la norme vivante — lorsqu'elle existe — l'objet même du jugement de constitutionnalité des lois »¹⁴.

S'il ne s'agit pas de remettre en cause la valeur théorique du droit vivant, il faut sans doute tempérer quelque peu son importance du point de vue des questions relatives à la nature du contrôle de constitutionnalité. Tout d'abord, il est extrêmement douteux qu'il puisse exister une alternative entre contrôle de la disposition et contrôle de la norme. Supposer qu'il existe une possibilité de contrôler la disposition seule revient à considérer qu'il est possible d'appréhender une source de droit au regard de la Constitution sans lui conférer un surcroît de sens. Sans aller jusqu'à considérer que le juge constitutionnel ne soit aucunement lié par le texte, l'opération intellectuelle visant à confronter la loi et la

⁸ Cons. const., 13 nov. 2020, 2020-864 QPC; 27 nov. 2020, 2020-867 QPC.

⁹ J.-J. PARDINI, *Réalisme et contrôle des lois en Italie*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 22/2007, 162.

¹⁰ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Aix en Provence, 26.

¹¹ J.-C. ESCARRAS, *Italie, 1er Partie, Éléments de référence*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, 543.

¹² J.-C. ESCARRAS, *Italie, 1er Partie, Éléments de référence*, cit., 543.

¹³ J.-C. ESCARRAS, *Italie, 1er Partie, Éléments de référence*, cit., 543.

¹⁴ J.-J. PARDINI, *Réalisme et contrôle des lois en Italie*, cit., 162.

Constitution ne peut porter que sur le résultat de l'intellection faite par les juges des dispositions. Même dans l'hypothèse, hautement improbable, d'une « univocité » entre disposition et norme, l'objet du contrôle resterait de toute façon cette norme, c'est-à-dire cette interprétation de la disposition dont l'unique particularité serait d'être la seule possible.

De plus, à considérer qu'un tel choix dans l'objet du contrôle de constitutionnalité soit malgré tout envisageable, l'idée que celui-ci puisse avoir une conséquence sur l'effet du contrôle de constitutionnalité semble procéder de la confusion de plusieurs aspects de ce contrôle. La question de l'objet du contrôle ne doit pas être confondue avec celle des pouvoirs du juge constitutionnel : le fait de considérer que le contrôle porte sur les normes n'est absolument pas incompatible avec le fait pour le juge de paralyser la disposition législative. Il faut simplement considérer que le juge dispose de deux pouvoirs distincts, celui d'annuler une disposition législative et celui d'en imposer une interprétation particulière. L'usage de l'un ou de l'autre ne dépend pas de la nature de l'objet du contrôle (qui selon nous est toujours une norme), mais d'un jugement sur l'origine de la potentielle inconstitutionnalité. Faire disparaître la disposition ne signifie pas qu'elle est l'objet du contrôle, cela peut simplement signifier que le juge constitutionnel estime que l'inconstitutionnalité de la ou des normes — c'est-à-dire des interprétations de la disposition — trouve à titre principal son origine dans les limites de création de sens offerte par la ressource textuelle. Une telle appréciation résulte d'ailleurs elle-même d'un processus interprétatif. La possibilité ou non de déduire une ou plusieurs normes législatives compatibles avec la Constitution d'une disposition dépend d'un ensemble de facteurs : principes d'interprétation dominants, inventivité ou audace du juge constitutionnel, contexte social, etc. Les contraintes inhérentes à la disposition constituent ainsi — selon l'interprétation du juge constitutionnel — une cause d'inconstitutionnalité de la norme ; norme qui reste en définitive l'objet du contrôle. De ce point de vue, le recours au droit vivant ne modifie pas substantiellement l'objet du contrôle de constitutionnalité. L'objet demeure toujours une norme, et même lorsque le juge constitutionnel s'estime lié par l'existence d'un droit vivant, il ne fait que concentrer son contrôle sur l'une des normes possiblement déduites de la disposition, sans tenir compte des autres interprétations possibles.

En revanche, le droit vivant implique de la part du juge constitutionnel une évolution dans sa façon d'articuler les origines de l'inconstitutionnalité et ses propres pouvoirs. Lorsqu'un droit vivant est formé, le juge abandonne l'idée d'examiner le texte comme potentielle cause de l'inconstitutionnalité pour l'imputer entièrement à l'interprétation consolidée dans la pratique puisque la possibilité d'imposer une interprétation conforme se trouve éclipée. En conséquence, le juge renonce à imposer une interprétation pour ne conserver qu'une alternative entre sentence d'admission ou sentence de rejet. Autrement dit, le droit vivant procède en apparence d'une forme d'autocensure. Dès lors, le droit vivant italien apparaît moins comme la conséquence d'un choix théorique que d'une technique rhétorique de légitimation, par la *Corte*, de ses propres décisions.

En effet, l'apparition du discours relatif au droit vivant s'inscrit historiquement dans une entreprise de redéfinition par la Cour constitutionnelle italienne de ses relations avec la Cour de cassation italienne au début des années 70¹⁵. Cette évolution s'explique par la volonté de résoudre des conflits entre juridictions, c'est-à-dire des conflits interprétatifs. Or, parce que dans le système italien (comme dans le système français), la Cour constitutionnelle n'est pas une Cour Suprême, de tels conflits ne peuvent rester cantonnés à une simple question de politique jurisprudentielle : leur résolution implique l'établissement de rapports (égalitaires ou non) entre les différents acteurs, il s'agit donc d'une question fondamentalement institutionnelle.

Cette idée invite à percevoir autrement le thème d'une « transposition » de la doctrine du droit vivant dans le système français. Il semble pertinent d'appréhender cette question sur le registre de l'acceptabilité institutionnelle des décisions du juge constitutionnel. L'établissement d'un contrôle a posteriori en France a pu être source de divergence entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation française, cette dernière ne cachant pas son hostilité à l'égard du mécanisme de la Qpc¹⁶. Il peut alors être tentant d'effectuer une analogie avec la situation italienne en se demandant si le recours à la doctrine du droit vivant est susceptible de constituer une ressource pour l'affirmation institutionnelle du Conseil constitutionnel à l'égard des juges judiciaires.

On tentera de convaincre que cette question doit recevoir une réponse négative. Loin de minimiser les ressources institutionnelles qu'est susceptible d'apporter la doctrine du droit vivant (2), les obstacles à une pleine réception se situent davantage du côté de l'état actuel du contentieux constitutionnel français (3).

2. L'intérêt institutionnel d'une réception du droit vivant

On comprend aisément l'attrait que « l'art italien » peut exercer sur toute Cour constitutionnelle en général, et sur le Conseil constitutionnel en particulier. Le droit vivant constitue, en effet, un outil rhétorique très efficace au profit du juge constitutionnel (2.1). Toutefois, il est important de comprendre que l'idée d'une doctrine du droit vivant désigne surtout une posture institutionnelle exigeante (2.2).

2.1. Le droit vivant comme technique interprétative efficace

L'efficacité de cette technique se révèle tant sur un plan herméneutique (2.1.1) que de politique jurisprudentielle (2.1.2).

¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2/1986, 65.

¹⁶ C'est ce qu'a puissamment mis en lumière l'affaire *Melki et Abdeli* entre avril et juin 2010; v. X. MAGNON, *La QPC face au droit de l'Union : le bon, la brute et le truand*, in *RFDC*, 4/2010, 761.

2.1.1. *Un outil herméneutique*

Intuitivement, le recours à la doctrine du droit vivant semble circonscrire l'étendue du pouvoir interprétatif de la Cour constitutionnelle italienne au profit de la Cour de cassation¹⁷. En effet, à première vue, c'est bien le juge judiciaire qui, en interprétant le texte pour l'appliquer, va recréer du sens à partir de ce texte. Selon certains auteurs, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, et « en présence d'un droit vivant, la Cour n'a pas en face d'elle une disposition abstraite de plusieurs interprétations, mais le fait historique d'une application judiciaire consolidée ni manipulable ni évitable pour le juge constitutionnel »¹⁸. Si cette affirmation peut éventuellement être admise, encore faut-il préciser que ce « fait historique » n'existe pas par lui-même, il ne peut résulter que d'un constat de la Cour constitutionnelle. Or, il n'existe pas de matrice permettant de savoir si telle ou telle interprétation peut ou non être considérée comme donnant naissance à un droit vivant. De plus, il n'existe pas non plus d'indicateur précis sur la récurrence à partir de laquelle l'interprétation peut être considérée comme « consolidée ». La Cour ne recourt par ailleurs pas uniquement, mais principalement à la jurisprudence. Gustavo Zagrebelsky a pu souligner la position fluctuante de la *Corte* à l'égard des pratiques et règlements administratifs¹⁹. Il arrivait à la conclusion que la Cour se fonde peu sur l'application de la loi par l'Administration dans l'identification du droit vivant parce que cette dernière étant de toute façon influencée par la jurisprudence.

En conséquence, il serait possible de soutenir que la Cour utilise tout simplement la technique du faisceau d'indices. Ceci explique que les arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation soient plus importants dans la formation du droit vivant, parce qu'ils constituent le meilleur « indice » du sens « réel » de la loi. Cette lecture serait en adéquation avec le substrat théorique de la doctrine de la Cour. Assurément, la recherche d'un droit vivant s'inscrit dans une posture réaliste, c'est-à-dire qu'elle repose sur l'idée selon laquelle « l'autorité en charge de l'application du droit — en premier lieu le juge — ne peut, dans son office, se déprendre de différents facteurs d'ordre social, économique ou encore psychanalytique et psychologique »²⁰. Néanmoins, sans remettre en cause la pertinence de la démarche réaliste de la Cour et en admettant de considérer que la loi puisse être assimilée à un fait, on peut s'interroger sur la nature de « constat » de l'opération effectuée par le juge constitutionnel. Le droit vivant n'est pas un fait que la Cour constitutionnelle se contenterait de « constater » avant d'en vérifier la conformité avec la Constitution. En admettant son caractère factuel, le droit vivant ne relève pas d'un constat, mais d'une reconstruction par la Cour. Lorsque le juge constitutionnel contrôle la norme législative, il procède nécessairement à une méta-interprétation : il interprète l'interprétation du juge judiciaire afin de constituer lui-même l'objet de son contrôle. La formule de Mezzanote « Aux juges la loi, à la Cour la Constitution » apparaît donc quelque peu excessive. Bien plus qu'il ne le constate, le juge constitutionnel crée le droit

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, cit., 64.

¹⁸ A. PUGIOTTO, *Il processo costituzionale : le tecniche di giudizio. III. Il riferimento al diritto vivente*, in *Sindacato di costituzionalità e « diritto vivente »*, 1998, 370 (nous traduisons).

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, cit., 64.

²⁰ J.-J. PARDINI, *Réalisme et contrôle des lois en Italie*, cit., 161.

vivant à partir des interprétations qu'il décèle chez les juges judiciaires, voire, parfois, les autorités publiques et administratives. On comprend qu'en dépit de la position parfois affichée, il n'est pas absolument lié par la position de la Cour de cassation²¹.

2.1.2. *Un outil de politique jurisprudentielle*

Comment le droit vivant pourrait-il être un outil de politique jurisprudentielle ? Il convient tout d'abord de préciser, suivant Gustavo Zagrebelsky, qu'il ne s'agit pas d'affirmer que la Cour constitutionnelle poursuit un programme politique au « sens de la politique d'un gouvernement ou d'une majorité parlementaire »²². Il semble toutefois quelque peu excessif de considérer qu'il n'y a pas « d'orientation préconstituée » dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne si ce n'est « pour confirmer la continuité de la valeur de la Constitution » afin d'éviter que chaque décision apparaisse comme « le produit de la pure volonté du moment et non de la raison juridique enracinée dans les textes constitutionnels »²³. En tant qu'institution, la Cour constitutionnelle italienne — à l'instar de toute juridiction constitutionnelle — tend à minima à promouvoir le bien-fondé de sa jurisprudence vis-à-vis des autres institutions. Il existe donc bien une politique jurisprudentielle de la *Corte* dont l'un des objets est de répandre ses propres interprétations constitutionnelles au sein de l'ordre constitutionnel italien.

Or, l'un des apports du droit vivant a été de renforcer en Italie le lien direct entre la *Corte* et les juges judiciaires du fond. Ces derniers ont ainsi pu bénéficier d'une caractéristique italienne : la possibilité pour tout juge de saisir directement la Cour²⁴. L'absence de filtre intermédiaire présente déjà en soi l'avantage de favoriser un dialogue entre juridiction constitutionnelle et juridictions ordinaires. L'idée que cette question de constitutionnalité porte sur un « droit vivant » accentue encore cette particularité. De façon très concrète, il est ainsi devenu possible pour les juges les plus réceptifs à la diffusion effective des « valeurs constitutionnelles » d'obtenir que soit contrôlée la jurisprudence — parfois relativement réactionnaire — de la Cour de cassation²⁵.

Le droit vivant apparaît donc comme un bon moyen d'accélérer le développement parmi les juges *a quo* de ce que certains ont pu appeler le « réflexe constitutionnel »²⁶ ou, autrement dit, d'une intériorisation des impératifs constitutionnels dans le cadre de leur activité. Précisément, cette doctrine pousse les juges du fond à s'éloigner d'une répétition acritique des solutions jurisprudentielles établies puisqu'ils peuvent — voire doivent —

²¹ À propos du droit vivant, Antoine Basset estime que « l'honneur fait à la Cour de cassation italienne était tout à fait empoisonné ». v. *Pour en finir avec l'interprétation*, Paris, 2015, 475.

²² G. ZAGREBELSKY, *Existe-t-il une politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne ?*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2006.

²³ G. ZAGREBELSKY, *Existe-t-il une politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne ?*, cit.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, T.2, 2^e ed., 2018, 96.

²⁵ R. ROMBOLI, *La relación entre la Corte constitucional y la autoridad de la jurisdicción común en el control de constitucionalidad de la ley*, in *Revista Peruana de Derecho Público*, 25/2012, 15.

²⁶ X. MAGNON et alii (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, 2013, 143 ss.

les considérer au prisme de leur conformité à la Constitution. Ceux-ci sont ainsi amenés à mettre en balance deux impératifs qui peuvent se révéler contradictoires : la préservation (au nom de la sécurité juridique par exemple) des interprétations consolidées de la Cour de cassation et l'imprégnation de leur office par les problématiques constitutionnelles. Le contrôle du droit vivant permet au juge du fond de rester fidèle à la jurisprudence de la Cour de cassation en évitant de proposer une interprétation contraire tout en évitant de faire obstacle à un contrôle effectif du juge constitutionnel.

2.2. La doctrine du droit vivant, position institutionnelle exigeante

La spécificité du droit vivant italien réside essentiellement dans le fait qu'il ne s'agit pas d'une simple technique, mais d'une véritable doctrine. La recherche et le contrôle d'un droit vivant revêtent à la fois un caractère systématique (2.2.1) et systémique (2.2.2).

2.2.1. Une position systématique

Évoquer une « doctrine » du droit vivant permet de souligner son caractère systématique. La Cour constitutionnelle italienne s'estime en principe liée par cette solution²⁷ : il s'agit d'une véritable posture qui entend s'inscrire dans une tradition de réalisme juridique²⁸. Certes, comme l'a démontré Michel Troper, le juge constitutionnel ne peut être réaliste ni au sens d'une théorie réaliste, ni au sens d'une ontologie réaliste, ni au sens d'une politique jurisprudentielle réaliste²⁹. Il n'en demeure pas moins, toujours selon Michel Troper, que « la revendication de réalisme constitue un outil rhétorique puissant pour qui entend légitimer l'institution »³⁰. C'est sur ce plan qu'il convient d'appréhender le recours au droit vivant. En effet, comme on a pu l'apercevoir, le discours du droit vivant repose sur l'assimilation de la loi à un fait. La doctrine du droit vivant se prétend donc réaliste en ce qu'elle perçoit la formation du droit comme empirique, c'est-à-dire née de l'expérience, de la pratique. Dans cette perspective, la doctrine du droit vivant apparaît sans doute comme une rhétorique visant à faire du juge constitutionnel un juge pragmatique, soucieux du sens concret conféré aux dispositions législatives.

Si l'on souhaite « dater » la doctrine du droit vivant, il est possible de mentionner la sentence n° 49 du 2 avril 1970 dans lequel la *Corte* laisse aux juges pénaux le soin d'interpréter le texte déféré³¹. Néanmoins, il faut bien garder à l'esprit que, si le « droit vivant » singularise une position interprétative, son élévation en « doctrine » désigne fondamentalement une posture institutionnelle. Celle-ci n'a de sens que parce qu'elle se maintient dans le temps. Or, il faut une nouvelle fois souligner la dimension

²⁷ Cour const., arrêt n°213/1985.

²⁸ J.-J. PARDINI, *Réalisme et contrôle des lois en Italie*, cit., 160 ss.

²⁹ M. TROPER, *Le réalisme en droit constitutionnel*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 22/2007, 125 ss.

³⁰ M. TROPER, *Le réalisme en droit constitutionnel*, cit. 131.

³¹ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, cit., 64.

« volontariste » de la doctrine du droit vivant. Comme dit précédemment, la Cour italienne a façonné cette position elle-même sous couvert d'une prétendue autolimitation. Aussi, elle n'est liée par le droit vivant que parce qu'elle le veut bien, aucune contrainte fonctionnelle n'en assurant l'effectivité.

Pourtant, la Cour multiplie les assertions exprimant qu'elle ne peut pas faire abstraction du droit vivant et doit rechercher si celui-ci est constitué lors de son contrôle³². Il faut donc comprendre la dimension « doctrinale » du droit vivant comme signifiant qu'il ne s'agit pas simplement d'un outil à la disposition de la Cour constitutionnelle. La doctrine du droit vivant désigne une position de principe, une doctrine au sens dogmatique du terme. Le caractère « incontournable » du droit vivant est d'ailleurs bien perceptible dans deux cas limites. D'abord, lorsque la Cour estime qu'aucun droit vivant n'est constitué, elle procède à une interprétation de la loi, mais celle-ci ne revêt pas un caractère « authentique » : elle n'est qu'une « proposition » de droit vivant³³, que les juges seront amenés à suivre, mais qui n'a pas vocation à s'imposer irrémédiablement. Ensuite, la Cour constitutionnelle refuse d'éviter la censure d'une disposition législative en imposant une nouvelle interprétation : le fait de contrôler le droit vivant prime sur la possibilité de sauver la disposition³⁴.

2.2.2. Une position systémique

Le caractère doctrinal de la jurisprudence italienne relative au droit vivant implique, en plus d'un recours systématique, une dimension systémique. Il faut ainsi percevoir que la Cour inscrit le droit vivant dans une véritable construction dont l'objectif est de clarifier les rapports entre la Cour constitutionnelle et les juges ordinaires. Là encore, la formule de Mezzanote « Aux juges la loi, à la Cour la Constitution » mérite d'être précisée. Aucun des acteurs de cette relation institutionnelle ne peut revendiquer une exclusivité matérielle. Les juges ordinaires et la Cour sont amenés à interpréter (ou méta-interpréter) à la fois la loi et la Constitution dans le cadre de leurs missions. La doctrine du droit vivant doit davantage être lue comme partie d'un système visant à opérer une répartition fonctionnelle. Le système mis en place par la Cour contribue à éviter la concurrence entre les juridictions dans l'exercice de deux modalités de mise en compatibilité de la production législative avec la Constitution : la sanction des lois inconstitutionnelles et l'interprétation conforme.

D'une part, la Cour constitutionnelle impose aux juridictions ordinaires de procéder elles-mêmes à l'interprétation conforme. Comme l'explique Jean-Jacques Pardini, si la Cour a toujours incité les juges *a quo* à rechercher une telle interprétation, à l'origine, « Le fait qu'il ne s'agisse que d'une faculté ou d'une éventualité permettait de tenir à

³² G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2/1986, 57.

³³ G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2/1986, 60.

³⁴ Cour const., arrêt n°378/1994.

distance la crainte de l'invasion de la sphère de compétence de la Cour »³⁵. Depuis les années 90, la recherche d'une interprétation conforme constitue une obligation. Il s'agit désormais d'une condition autonome que le juge doit respecter sous peine d'irrecevabilité des questions : « les lois ne sont pas déclarées inconstitutionnelles parce que l'on peut en donner des interprétations inconstitutionnelles, mais parce qu'il est impossible d'en donner des interprétations constitutionnelles »³⁶. On comprend au passage qu'une telle obligation tend à prévenir en amont l'inconstitutionnalité du droit vivant puisque les juridictions sont théoriquement amenées à interpréter dès l'origine les dispositions législatives au prisme de la Constitution.

D'autre part, l'intégration de l'interprétation jurisprudentielle comme élément contrôlé permet de réaffirmer la primauté de la Cour en tant que censeur de la loi. En effet, elle élargit l'étendue du contrôle puisqu'elle soumet également la jurisprudence à un examen de compatibilité. Il faut noter que la Cour adopte un système subtil lorsqu'un droit vivant est constitué afin d'éviter que l'interprétation conforme ne bloque ses possibilités de contrôle : le juge a quo peut soit « assumer » le droit vivant constitué, soit proposer une interprétation compatible avec les exigences constitutionnelles³⁷. Ce faisant, la Cour préserve également sa propre position à l'égard du droit vivant puisqu'elle fait peser le choix de la transmission sur le juge *a quo*. Si celui-ci décide de soumettre le « droit vivant » à la Cour, celle-ci le prend systématiquement en compte. En définitive, on s'aperçoit que cette doctrine fait sens lorsqu'elle est appréhendée à un niveau plus général, comme élément d'un système de répartition fonctionnelle.

Assurément, la doctrine du droit vivant participe à réduire les conflits interprétatifs amenés à naître d'un chevauchement des fonctions. Précieuse ressource, on en vient à se demander pourquoi le Conseil constitutionnel ne s'en inspire pas davantage. En vérité, il semble qu'il n'ait ni l'intention, ni les moyens d'améliorer, pourrait-on dire, son accent italien.

3. L'illusion d'une doctrine française du droit vivant

À l'analyse, les bénéfices précédemment exposés se trouvent largement paralysés dès lors que l'on envisage le droit vivant du point de vue du Conseil constitutionnel. Il serait tout à fait hasardeux de qualifier l'usage que le Conseil en fait de « doctrine » (3.1). De plus, le Conseil est limité par les réticences de la Cour de cassation (3.2).

³⁵ J.-J. PARDINI, *Contrôle de constitutionnalité, interprétation conforme et décision de justice en Italie : vers une nouvelle configuration des rapports entre la Cour constitutionnelle et les juges ordinaires*, in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, C. SEVERINO (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Aix-en-Provence, 2017, 219.

³⁶ Cour const., arrêt n°356/ 1996. Sur ce point v. P. PASSAGLIA, *Le rôle de la Cour constitutionnelle italienne*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 27/2011, 58.

³⁷ Cour const., arrêt n°242/2014. Sur cette question, v. J.-J. PARDINI, *Contrôle de constitutionnalité, interprétation conforme et décision de justice en Italie : vers une nouvelle configuration des rapports entre la Cour constitutionnelle et les juges ordinaires*, in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, C. SEVERINO (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Aix-en-Provence, 2017, 221 ss.

3.1. Une posture ambiguë du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel n'a pas importé la doctrine du droit vivant. L'utilisation qu'il fait de celui-ci ne revêt en effet ni un caractère systématique (3.1.1) ni un caractère systémique (3.1.2).

3.1.1. L'absence de recours systématique

À l'analyse, les premières décisions du Conseil constitutionnel acceptant de contrôler la jurisprudence de la Cour de cassation³⁸ et du Conseil d'État³⁹ constituent davantage une légère prise de liberté par rapport à une lecture très littérale du texte de la Constitution. En effet, l'article 61-1 de la Constitution contient les termes « dispositions législatives ». Contre cette innovation du Conseil, il a été souligné que lors des débats pour la loi de révision constitutionnelle, un amendement visant à permettre explicitement le contrôle d'une disposition législative telle qu'interprétée par la jurisprudence avait été rejeté par le Sénat. On notera au passage que cet argument n'est pas recevable parce qu'il entretient une confusion : le Sénat n'étant en aucune manière détenteur à lui seul d'un pouvoir constituant, on ne saurait rechercher « l'intention » de l'auteur de la loi constitutionnelle à travers les débats parlementaires tenus dans la Chambre haute. Quelle que soit la valeur des oppositions exprimées, il faut bien voir que cette nouvelle potentialité de contrôle développée par le Conseil constitutionnel est loin de s'être normalisée. Ce « droit vivant à la française » n'est en aucune manière devenu la position de principe du Conseil.

Tout d'abord, la « recherche » d'un droit vivant est conditionnée par les moyens invoqués. C'est ce qu'explique la formulation précise du considérant de principe aux termes duquel « en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ». Ce faisant, il permet simplement à un justiciable de demander le contrôle d'un droit vivant. La démarche n'est donc pas à l'initiative du Conseil. Il ne s'agit en aucune manière d'une rhétorique d'autolimitation telle qu'elle existe en Italie. Manque ainsi la dimension volontariste qui caractérise la démarche de la *Corte* : celle-ci se lie au droit vivant par une seule contrainte interne. Or, le Conseil fait reposer son accès au droit vivant sur un élément externe : la saisine du requérant.

En outre, le Conseil ne s'estime tenu de s'interroger sur l'existence d'un droit vivant que s'il estime que l'inconstitutionnalité procède directement de l'interprétation des juges⁴⁰. Ce faisant, le Conseil introduit une disjonction entre la disposition législative et son interprétation. En d'autres termes, est toujours postulée la possibilité de distinguer

³⁸ Cons. const., 6 oct. 2010, 2010-39 QPC, *Adoption au sein d'un couple non marié*.

³⁹ Cons. const. 14 oct. 2010, 2010-52 QPC, *Compagnie agricole de la Crau*.

⁴⁰ P. GAÏA, L. DOMINGO, M. GUERRINI, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, E. OLIVA, A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 20ème éd., 2022, 234.

entre les inconstitutionnalités imputables à la ressource textuelle et celles imputables à l'interprétation. Elle continue d'opérer une scission entre le texte et son interprétation. Cette considération démontre que le Conseil constitutionnel ne fonde pas sa démarche sur le même substrat théorique que la Cour italienne. Manque cette fois la dimension réaliste de la doctrine du droit vivant : la loi n'est pas présentée comme un fait, elle reste pour le Conseil une disposition.

En définitive, dans la jurisprudence du Conseil, le droit vivant s'apparente moins à un élément liant le Conseil qu'à un simple outil à la disposition des requérants : c'est un droit vivant d'opportunité dont l'utilisation reste par ailleurs relativement rare.

3.1.2. L'absence d'inscription systématique

L'absence de systématisme du recours au droit vivant s'explique sans doute par le refus du Conseil constitutionnel d'en embrasser complètement la logique. Une transposition fidèle de la doctrine du droit vivant l'amènerait à hypothéquer son propre système. En effet, cette doctrine postule que le juge constitutionnel abandonne aux juges ordinaires l'interprétation des lois, y compris en ce qui concerne l'interprétation conforme. Autant dire que cette solution est radicalement incompatible avec la tradition instaurée par le Conseil constitutionnel français qui préfère recourir massivement à la technique des réserves d'interprétation⁴¹ ; technique qui repose précisément sur la diffusion par le Conseil de ses propres interprétations de la loi dans l'ordre constitutionnel. Ce faisant, le Conseil paralyse l'intérêt principal de la doctrine italienne : répartir les fonctions entre les juridictions afin d'éviter les conflits.

En effet, comme le Conseil ne renonce pas aux réserves d'interprétation, l'interprétation conforme est assurée tant par les juges ordinaires que par les juges constitutionnels. Il existe ainsi une concurrence dans l'interprétation des dispositions législatives pouvant amener à des dissensions. Or, dans ce cas précis, le Conseil s'est, en tant qu'interprète privilégié de la Constitution, aménagé la possibilité de faire primer ses propres interprétations. En effet, selon l'article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Dans une lecture extensive de cette disposition, le Conseil considère que l'autorité de ses décisions « s'attache non seulement à leur dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même »⁴². Alexandre Viala avait d'ailleurs justement pronostiqué dès 2011 que le Conseil constitutionnel « [n'appliquerait] donc sans doute pas, dans sa pure et sobre orthodoxie,

⁴¹ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, 5ème éd., 2020, 736. Selon le professeur Drago, la pratique des réserves d'interprétation « s'est considérablement développée, tant en contentieux *a priori* qu'en contentieux de la QPC » précisant que ce type de décisions couvre plus de 100 pages de références dans les Tables 1958-2016.

⁴² Cons. const., 16 janvier 1962, 62-18L.

la doctrine du droit vivant s'il est ainsi tenté de substituer à la jurisprudence [des Cours suprêmes ordinaires] des interprétations conformes alternatives »⁴³.

Plus révélateur encore, même dans l'hypothèse où le Conseil se prononce sur une interprétation consolidée et où il considère cette interprétation comme inconstitutionnelle, celui-ci ne renonce pas à émettre une réserve d'interprétation plutôt qu'à censurer la loi. Dans sa décision du 11 février 2011⁴⁴, le Conseil était amené à contrôler une jurisprudence de la Cour de cassation en matière sociale. Selon cette dernière, la remise des dettes dues aux organismes de sécurité sociale en cas de procédures collectives n'était pas applicable aux professions libérales exerçant à titre individuel, quand bien même les procédures collectives avaient été rendues applicables aux professions libérales par la loi du 26 juillet 2005. Pour le Conseil constitutionnel, une telle interprétation était contraire au principe d'égalité devant la loi. Or, au lieu de déclarer ce droit vivant inconstitutionnel, le Conseil constitutionnel lui substitue une interprétation conforme. Cette attitude est tout à fait opposée à la logique du droit vivant qui procède justement d'un abandon par le juge constitutionnel de cette faculté de substituer ses propres interprétations à celles des juges ordinaires.

Il semble donc excessif de considérer que le Conseil ait, d'une quelconque façon, procédé à une transposition de la doctrine du droit vivant. Celui-ci n'a d'ailleurs jamais explicitement assumé de telles prétentions. Selon le commentaire officiel de la décision 2010-39 Qpc, le Conseil :

« s'est inspiré, dans sa rédaction, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 3 de 1956 et selon laquelle la Cour doit prendre en juste considération "l'interprétation jurisprudentielle constante qui confère au principe législatif sa valeur effective dans la vie juridique s'il est vrai — et cela est vrai — que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces" »⁴⁵.

Il serait donc plus exact de dire que le Conseil recourt à une « pratique » du droit vivant, en réalité très proche de la position de la Cour constitutionnelle italienne dans les années 50. Encore faut-il préciser que sa marge de manœuvre se trouve considérablement restreinte par l'attitude de la Cour de cassation.

3.2. Une position hostile de la Cour de cassation

À l'analyse, la Cour de cassation française n'expose pas vraiment sa jurisprudence (3.2.1) et exploite sa position très favorable de « filtre » dans la procédure Qpc (3.2.2).

⁴³ A. VIALA, *De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme*, in *RDP*, 4/2011.

⁴⁴ Cons. const., 11 février 2011, 2010-101 QPC, *Professionnels libéraux soumis à une procédure collective*.

⁴⁵ *Commentaire de la décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010* in *Cahiers de Conseil constitutionnel*, 30/2011.

3.2.1. Une résistance conceptuelle

La Cour de cassation s'est rapidement montrée hostile à l'idée d'exposer sa jurisprudence au contrôle de constitutionnalité⁴⁶, son premier Président Vincent Lamanda a d'ailleurs dû s'en expliquer devant les parlementaires. Invité à s'exprimer devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale sur l'hostilité de la Cour à l'égard de la procédure Qpc en général, celui-ci affirmait devant la Commission que « Si la Cour de cassation a refusé de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité portant non pas sur le texte d'une disposition législative, mais sur sa propre jurisprudence, elle n'a fait que se conformer strictement à la lettre de la loi et à l'intention du législateur organique »⁴⁷.

Si les décisions du Conseil constitutionnel d'octobre 2010 ont certainement incité la Cour à revenir sur sa position⁴⁸, ce revirement n'est pas adhésion. La Cour de cassation doit ainsi concilier deux positions contradictoires : sa volonté de préserver la tradition de l'interprétation-connaissance et son refus de soumettre sa propre jurisprudence à l'évaluation du Conseil. On notera très rapidement que ce deuxième point est d'autant plus délicat que la pratique du droit vivant concerne les interprétations fermement établies. S'agissant de l'illusion de l'interprétation-connaissance, la crainte de confier un pouvoir d'édition des normes aux juges est prééminente dans l'ordre judiciaire. La posture du juge administratif est différente puisqu'il est acquis que celui-ci possède un pouvoir normatif propre, notamment le Conseil d'État avec les principes généraux du droit et sa construction prétorienne de pans entiers du droit administratif. Il n'est donc pas étonnant que le juge administratif se soit révélé moins réfractaire à exposer sa jurisprudence à un contrôle de constitutionnalité. Toutefois, l'attitude de la Cour de cassation n'en était pas moins contradictoire avec ses présupposés théoriques. En refusant de transmettre les questions au motif que celles-ci visaient sa jurisprudence, la Cour de cassation reconnaissait implicitement son propre pouvoir normatif⁴⁹.

C'est d'ailleurs dans cette voie que s'est poursuivie, après novembre 2010, sa résistance au développement d'un contrôle du droit vivant. Par exemple, tout en reprenant le considérant de principe du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation refuse de transmettre une question au motif que le requérant, sous couvert d'attaquer la portée concrète de la disposition, « conteste en réalité la construction jurisprudentielle de la

⁴⁶ La Cour a ainsi refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au motif que « aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ; que, comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité » ; Cass., Crim., 19 mai 2010, n°09-82.582. Pour des formules similaires, v. Cass., Crim., 31 mai 2010, n° 09-87.578 ; Cass., Ass. Plén., 9 juillet 2010, n°10-40.010.

⁴⁷ *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, 79 s.

⁴⁸ Cass., Civ. 3ème, 30 nov. 2010, n°10-16.828.

⁴⁹ A. VIALA, *De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme*, in *RDP*, 4/2011.

théorie de l'apparence en ce qu'elle est appliquée dans le domaine de la propriété immobilière »⁵⁰. Le fil rouge théorique de l'ensemble de ces positions réside dans une séparation entre la disposition législative et son interprétation. Ce faisant, la Cour de cassation reste fondamentalement hermétique à la thèse réaliste qui, justement, postule que la loi n'a de sens qu'à travers l'interprétation.

3.2.2. Un avantage procédural

On commence ainsi à percevoir que la principale difficulté réside dans la procédure spécifique du contrôle a posteriori français qui place le Conseil constitutionnel dans une situation de dépendance vis-à-vis de la Cour de cassation. Le rôle de « filtre » de cette dernière limite largement l'emprise du Conseil sur un éventuel droit vivant. À l'inverse du système italien, la procédure Qpc assure un contrôle de la Cour de cassation sur toutes les questions soulevées dans l'ordre judiciaire. Les juges du fond n'ont donc pas de possibilité de s'adresser directement au juge constitutionnel puisque la Cour médiatise leurs relations. Cette particularité procédurale permet à la Cour de cassation de soumettre à sa bonne volonté les velléités de contrôle du droit vivant élaboré par la diffusion de sa propre jurisprudence. Ce risque n'est pas qu'hypothétique. Certains auteurs ont bien perçu que la Cour de cassation pratique en la matière une forme de « non-renvoi conflictuel » puisque « Le caractère conflictuel et protectionniste de la décision de non-renvoi s'exprime surtout à propos du contrôle de l'interprétation constante conférée à la loi »⁵¹. Dès lors, la Cour de cassation peut refuser d'exposer son droit vivant, tant aux poussées du « réflexe constitutionnel » parmi les juges du fond, qu'à un contrôle du Conseil qui empiéterait sur son rôle d'interprète de la loi.

En définitive, on aura compris que l'objectif de ces quelques observations n'est pas de minimiser la valeur intrinsèque du droit vivant comme ressource rhétorique. Il s'agirait simplement de percevoir que son intérêt est largement paralysé dès lors que celui qui le mobilise ne l'inscrit pas dans un « cercle vertueux ». La perspective initiale doit finalement être renversée. La doctrine du droit vivant ne peut être qu'une ressource très limitée pour ce Conseil constitutionnel, du moins tant qu'il ne sera pas en mesure d'en assurer un contrôle effectif.

⁵⁰ Cass., Civ. 3ème, 30 mars 2017, n° 16-22.058.

⁵¹ J. BONNET, *Le point de vue du constitutionnaliste sur le non-renvoi des QPC par les cours suprêmes* in N. DROUIN, A. FAUTRE-ROBIN (dir.), *Le non-renvoi des QPC*, Bayonne, 2018, 27.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO:
QUESTIONI ATTUALI E PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

CORTE COSTITUZIONALE E OPINIONE PUBBLICA:
RAGIONI ED EFFETTI DI UN RAPPORTO IN EVOLUZIONE

GIUSEPPE VERRIGNO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cause e strumenti dell’azione comunicativa della Corte. – 3. Gli effetti e le possibili criticità della comunicazione mediatica. – 3.1. La divulgazione delle pronunce della Corte sul suo sito ufficiale. – 3.2. I comunicati stampa sulle decisioni. – 3.3. I comunicati stampa divulgativo-istituzionali. – 3.4. Altre iniziative mediatiche della Corte. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Negli ultimi anni la Corte costituzionale ha inaugurato e perfezionato un processo di interazione con il corpo sociale che, procedendo in senso «bi-direzionale», dall’esterno all’interno della Corte e viceversa¹, è volto a instaurare con esso dei punti di contatto. La recente modifica delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», con l’introduzione della possibilità di intervento per gli *amici curiae* (articolo 6), come anche con la possibilità di acquisire informazioni da «esperti di chiara fama» (articolo 17)², rappresenta l’ultimo tentativo di coinvolgere nel processo soggetti esterni allo stesso. Ma si pensi anche al progressivo rafforzamento della comunicazione istituzionale, la quale oggi si caratterizza per la presenza di molteplici canali e strumenti utilizzati. È stata infatti inaugurata dal Giudice costituzionale una vera e propria “azione

¹ F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2023, 17.

² M. D’AMICO, C. NARDOCCI (a cura di), *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative. Atti del Seminario di Milano, 12 novembre 2021*, Napoli, 2023.

comunicativa” che, per la ricchezza e la varietà di contenuti, lo porta sempre più lontano dal principio secondo il quale esso debba «parlare solo attraverso le sentenze»³. Questo fenomeno, in particolare, per la sua ampiezza e per il significato che assume, e poiché inevitabilmente ripropone sotto un differente aspetto la riflessione «tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”» della Corte⁴ e, quindi, il tema della sua «legittimazione politica»⁵, richiede di individuare, riflettere e comprendere le cause, gli strumenti e i possibili effetti di questa comunicazione mediatica, soprattutto per le sue caratteristiche e la centralità che questa oggi assume per la Corte.

2. Cause e strumenti dell’azione comunicativa della Corte

La rivoluzione comunicativa della Corte, fatta di *account social* su *Instagram* o *Facebook*, di video su *YouTube*, di comunicati stampa, pare il risultato di due linee di evolutive: l’evoluzione del progresso tecnico e l’evoluzione del sistema istituzionale italiano.

Lo sviluppo della comunicazione diretta della Corte costituzionale si inserisce sicuramente entro uno spirito innovatore che è proprio di tutti gli organi costituzionali. Si pensi, ad esempio, all’utilizzo da parte del Parlamento, del Governo o del Presidente della Repubblica di nuovi mezzi di comunicazione come i siti *Internet*⁶ o gli *account* istituzionali su *social network*⁷. Questi cambiamenti si collegano in un rapporto causa-effetto a quelli intercorsi nel corpo sociale e nell’attività democratica e politica, cosicché la presenza dei cittadini in queste *agorà* digitali ha spinto tutti gli organi costituzionali a rappresentare le loro attività anche all’interno di questi nuovi spazi⁸. Un’esigenza che, peraltro, non è avvertita soltanto dalla Corte costituzionale, ma è propria anche di molti altri Tribunali costituzionali e Corti supreme⁹.

Questo utilizzo della comunicazione mediatica, però, pare frutto anche dell’evoluzione del sistema istituzionale e, quindi, del ruolo sempre più centrale della

³ Tale locuzione fu utilizzata in un’intervista da Vincenzo Caianiello, Presidente della Corte costituzionale durante il 1995, al fine di stigmatizzare il protagonismo comunicativo dei giudici e del presidente del collegio e rimarcare l’importanza di una comunicazione istituzionale della Corte»; C. RODOTÀ, *Storia della Corte costituzionale*, Roma-Bari, 1999, 124.

⁴ R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in ID. (a cura di), *In ricordo di Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017.

⁵ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli, 2014, 111 ss.

⁶ G. L. CONTI, P. MILAZZO (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento: crisi del Parlamento nelle regole della sua percezione*, Pisa, 2017.

⁷ D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, 2019.

⁸ T. GROPPI, *Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale. Dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della cultura costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2023, 73 e *passim*.

⁹ P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come “nodo” della rete*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 658 ss.; più di recente T. GROPPI, *Giurisdizioni costituzionali*, cit., 93 s.

Corte costituzionale all'interno dello stesso¹⁰. È ben nota la sensibilità che essa ha da sempre avuto rispetto «all'evoluzione del sistema politico»¹¹. Già tra la fine degli anni Ottanta e la metà degli anni Novanta veniva segnalata l'accentuazione della «qualità politica» del controllo di costituzionalità, per via di una serie di fattori quali, tra gli altri, la «fisionomia del nostro sistema politico» che, a causa della sua disomogeneità e frammentazione ha favorito «il sorgere di ruoli di supplenza da parte degli organi di garanzia nei confronti dei circuiti naturali dell'indirizzo politico»¹². Un ruolo sempre più centrale, appunto, che si è manifestato, in particolare, in una «attuazione della Costituzione per via giurisprudenziale» da parte della Corte¹³, di quell'attuazione di cui i partiti politici dovevano essere protagonisti e che ha visto, invece, l'arretrare della «legislazione» e l'affiancarsi a essa della «giurisdizione»¹⁴. Una tendenza che già in quegli anni si riteneva in crescita¹⁵ e che oggi, davanti le difficoltà del sistema politico, pare accentuarsi¹⁶.

Queste due linee evolutive, l'adeguamento all'inarrestabile progresso tecnico della società della comunicazione e il ruolo sempre più intenso e propulsivo del Giudice delle leggi nel sistema istituzionale, pare abbiano spinto la Corte a essere molto più attiva nella comunicazione mediatica, dotandosi di molteplici strumenti per attuarla. Questi, a oggi, sia per il loro costante sviluppo sia per la loro eterogeneità, mal si prestano a una trattazione unitaria. Per provare però a condurre un'analisi generale, anche al fine di tracciare una loro evoluzione, si potrebbe azzardare una categorizzazione per "innovatività" e "direzione", distinguendo così tra "mezzi tradizionali mediati" e "mezzi innovativi non mediati (immediati)".

¹⁰ Cfr. A. RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2023, 28.

¹¹ E. BETTINELLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica (in un sistema politico debole)*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, 39-43.

¹² «Se fosse possibile dare un giudizio di sintesi sulla storia, molto complessa, del nostro sistema di giustizia costituzionale sarei portato ad affermare che questo modello, nel suo concreto funzionamento, si è sviluppato, pur attraverso oscillazioni notevoli, essenzialmente secondo una direttrice: quella che ha portato, nel corso degli anni, ad accentuare la qualità politica - e a deprimere di contro la natura giurisdizionale - del controllo di costituzionalità così come adottato nel nostro paese»; E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1999, 48 s.

¹³ M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: articolo 2*, Roma, 2017, 104.

¹⁴ «La prima ha perduto quel monopolio nel processo di attuazione dei precetti costituzionali, che era considerato il caposaldo dello Stato legislativo di diritto, e per converso la seconda si è proposta - fino dai primi anni Sessanta [...] - proprio nella veste di attività ordinariamente diretta a interpretare le norme, sia ordinarie che costituzionali, in modo da garantire la conformità delle prime alle seconde»; *ivi*, 105 s.

¹⁵ «Se si guarda poi al futuro, questa linea di tendenza verso una crescente politicizzazione del ruolo dell'organo di giustizia costituzionale non pare destinata a smorzarsi, ma piuttosto ad accentuarsi»; E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., 52.

¹⁶ «[...] una sensazione che in questi ultimi anni il pendolo della Corte, in continua ed inevitabile oscillazione tra l'anima politica e quella giurisdizionale che in essa coesistono, si stia spostando, più di quanto finora accaduto, verso la prima»; R. ROMBOLI, *Le oscillazioni*, cit., 1 ss; cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 251 ss; R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 757-774; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 777-787.

I primi, si caratterizzano per la intermediazione dai giornalisti, i quali portano il messaggio della Corte all'opinione pubblica. Gli strumenti che possono essere qui ricompresi sono essenzialmente la conferenza di fine anno e le eventuali esternazioni del presidente della Corte, unici strumenti comunicativi fino agli anni 2000. In entrambi i casi citati, caratteristiche distintive sono la presenza del presidente del collegio¹⁷ e, soprattutto, la mediazione del messaggio comunicato. Sia la conferenza stampa sia le eventuali esternazioni rappresentano da sempre atti del presidente: in questi casi, infatti, viene da lui descritta, a nome della Corte, l'attività portata avanti dal collegio o comunicato un certo messaggio ai giornalisti e, quindi, ai *media*.

Il secondo raggruppamento – seguendo la divisione proposta – è invece cronologicamente successivo a quello ora descritto, e si caratterizza principalmente per l'uso di strumenti digitali e per l'assenza di mediazione dei giornalisti e, quindi, per l'immediatezza con cui il messaggio comunicato giunge al corpo sociale. Dopo gli anni 2000, l'istituzione del sito *Internet* ufficiale della Corte costituzionale comincia a mutare le modalità di comunicazione della stessa¹⁸. Articolato secondo una struttura che pare si rivolga più ai cittadini in generale che agli "addetti ai lavori"¹⁹, oggi all'interno del sito convivono attività giurisdizionale e attività istituzionale, ed è possibile ritrovare ogni informazione sulla Corte. Questa è una forma di comunicazione che sembra ormai irrinunciabile anche sul piano giuridico, rappresentando, come d'altra parte l'esistenza dei siti *Internet* di tutti gli organi costituzionali, il frutto dell'affermazione di una consuetudine costituzionale «*a due tempi*»²⁰. Sul sito della Corte si trova così tutto quanto attiene alla sua attività giurisdizionale. Si pensi alla pubblicazione di tutte le decisioni, fruibili immediatamente non solo dai tecnici o alla dottrina, ma potenzialmente da tutti i cittadini interessati, la quale si aggiunge pertanto alle classiche forme di pubblicità del deposito in cancelleria e della pubblicazione in Gazzetta ufficiale. Un ulteriore elemento, poi, è quello della diffusione di comunicati stampa attinenti sia all'attività giurisdizionale della Corte, sia a quella istituzionale²¹. I primi, sono essenzialmente divisibili in due specie: i comunicati diffusi successivamente alla decisione in camera di consiglio e preliminarmente alla stesura e approvazione della motivazione (cd. anticipatori)²²; e i comunicati diffusi contestualmente al deposito della sentenza o della ordinanza in cancelleria (cd. contestuali). I secondi, invece, attengono principalmente a quella che è l'attività istituzionale della Corte. La divulgazione dei comunicati stampa è una prassi che esiste invero da tempo, e che ha assunto grande rilevanza con l'istituzione del sito

¹⁷ M. C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sul potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, cit., 159-169.

¹⁸ M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, cit., 157; P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, in G. CONTI – P. MILAZZO, *La crisi*, cit., 109-118.

¹⁹ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 275.

²⁰ D. CHINNI, *Gli organi costituzionali dinanzi le sfide del web. Spunti introduttivi*, in ID. (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, cit., 11-16.

²¹ Per uno schema su tutte le tipologie di comunicati stampa, si veda G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le «voci di dentro» tra tradizione e innovazione*, in *Diritto e società*, 2/2018, 252.

²² Articolo 18, *Norme integrative per i giudizi davanti la Corte costituzionale*.

Internet della Corte e con la sua odierna centralità²³. Tutti questi comunicati, infatti, non solo vengono lì pubblicati e diffusi sui *social network*, ma sono successivamente archiviati sullo stesso sito all'interno della sezione «comunicati stampa»²⁴.

Il sito ufficiale della Corte costituzionale è dunque il pilastro principale di questa “nuova” comunicazione diretta, ma non l'unico: a questo, infatti, si aggiungono i *canali* ufficiali sui *social network*. Tra il 2016 al 2020 e, in particolare, durante la presidenza di Giorgio Lattanzi e quella di Marta Cartabia²⁵, la Corte sceglie di aprire dei *profili* o *account* sui principali *social network*: *Instagram* nel luglio 2016; *YouTube* il 20 febbraio 2018; *Twitter* nel gennaio 2020, *Spreaker* per i *podcast* il 2 giugno 2020²⁶. Questi canali vengono utilizzati in stretta connessione al sito *Internet* ufficiale, sulla cui *home page* sono segnalati immediatamente. Con essi vengono divulgate e poi archiviate informazioni già contenute sul sito, riguardanti sia l'attività giurisdizionale, riproponendo ad esempio i comunicati stampa già diffusi, sia attinenti all'attività extra giurisdizionale del collegio, come immagini di convegni o incontri istituzionali, video di interviste o conferenze stampa.

3. Gli effetti e le possibili criticità della comunicazione mediatica

L'assetto attuale della comunicazione istituzionale così come brevemente descritto pare porti con sé alcuni effetti, sia sul piano più strettamente giuridico, quello dell'attività giurisdizionale della Corte, sia sul piano “politico”, per dir così, influenzando – positivamente o negativamente – sul piano della legittimazione del Giudice delle leggi all'interno del sistema. L'analisi di alcuni e più significativi strumenti, facendo riferimento anche al dibattito che la loro istituzione e diffusione ha generato, consentirà di fare emergere e valutare questi effetti.

3.1 La divulgazione delle pronunce della Corte sul suo sito ufficiale

La diffusione attraverso il sito *Internet* delle pronunce della Corte ha ampliato la loro diffusione, rendendo ancor più semplice e immediata la loro reperibilità, aumentando di conseguenza anche la conoscibilità delle questioni oggetto di scrutinio. Oltre questi benefici sono state evidenziate alcune problematiche di profilo strettamente giuridico. La pubblicazione sul sito delle decisioni avviene contestualmente al deposito della pronuncia in cancelleria e, quindi, ben prima della pubblicazione della stessa in Gazzetta Ufficiale o nei Bollettini regionali. Inoltre, a un più attento sguardo, può notarsi come il documento pubblicato sul sito al momento del deposito della pronuncia subisca delle successive

²³ P. CARNEVALE, *Conclusioni*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, cit., 217.

²⁴ Tutti i comunicati stampa divulgati dalla Corte costituzionale possono essere consultati sul sito ufficiale al seguente link <https://www.cortecostituzionale.it/comunicatiStampa.do>.

²⁵ F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale*, cit., 15-17.

²⁶ Tale periodizzazione è stata ricavata dalle informazioni presenti sugli *account* della Corte all'interno delle piattaforme digitali citate.

modifiche a pubblicazione in Gazzetta Ufficiale avvenuta: il documento originario con la decisione, infatti, viene sostituito da un nuovo documento nel quale vengono aggiunte la data della pubblicazione nelle fonti di cognizione e le massime presenti nella decisione.

Nel caso in cui una pronuncia abbia a oggetto l'incostituzionalità di una disposizione, questa ulteriore tipo di pubblicazione sul sito si pone però in un certo qual modo in contrasto non solo con il dato normativo che, com'è noto, regola gli effetti delle decisioni mediante il deposito in cancelleria e la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale²⁷, ma anche con l'opinione prevalente che ritiene quest'ultimo tipo di «pubblicazione», di cui all'articolo 136 della Costituzione, quella da cui cessano gli effetti della disposizione incostituzionale²⁸. Così, la pubblicazione sul sito della decisione diviene una sorta di terza forma di pubblicazione non prevista né dalla legge 11 marzo 1953, n. 87 né dalle «norme integrative per i giudizi davanti la Corte costituzionale»²⁹. Questo contrasto, generato dalla diffusione sul sito *Internet* delle decisioni della Corte, potrebbe condurre il personale della pubblica amministrazione, consapevolmente o inconsapevolmente, a tenere in considerazione la decisione presente sul sito e a non attendere la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale³⁰.

3.2 I comunicati stampa sulle decisioni

La divulgazione di comunicati stampa relativi all'attività giurisdizionale sembra essere il mezzo di comunicazione più significativo messo in campo, sia per gli effetti che essi provocano sul piano più strettamente giuridico, sia per gli effetti in termini di legittimazione che generano sulla Corte.

Quelli cd. anticipatori sono da tempo oggetto di riflessione da parte della dottrina³¹. Oltre ad avere uno scopo chiaramente informativo rivolto a tutti i cittadini, essi hanno la

²⁷ Articolo 136 della Costituzione italiana e articolo 15 legge 11 marzo 1953, n. 87.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 250 s.; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI (a cura di), *Giustizia costituzionale*, Torino, 2011, 151; A. PACE, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza d'incostituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1997, 444.

²⁹ D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Diritto e società*, 2/2018, 266 s.

³⁰ M. NISTICÒ, *Corte costituzionale*, cit., 94-96; D. CHINNI, *La comunicazione*, cit., 265-268.

³¹ A. CELOTTO, *I comunicati stampa aiutano o danneggiano la motivazione delle decisioni?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2009, 3728-3730; F. RIGANO, *Sulla "divulgazione" del dispositivo della sentenza della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, cit., 210-213; A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d'incostituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2/2013; G. COSMELLI, *Ancora in tema di illegittimità della mediazione civile c.d. obbligatoria: sugli effetti dei comunicati-stampa della Corte costituzionale (Osservazioni a Corte cost., sent. n. 272/2012)*, in *Consulta Online*, 8 maggio 2013; G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione*, cit., 248-252; D. CHINNI, *La comunicazione*, cit., 268-278; A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Diritto e società*, 4/2019, 778-785; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale*, cit., 96-102; A. VACCARI, *Il ruolo dei comunicati stampa nel recente "caso Cappato"*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, cit., 185-189; AA. VV., *Il forum. I comunicati stampa della Corte costituzionale*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 1/2020; G. SOBRINO, *«Uscire dal palazzo della Consulta»: ma a che scopo? La "rivoluzione comunicativa" della Corte nell'attuale fase della giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 15/2020, 198 ss. e passim; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 275-279; O. SPATARO, *Il "linguaggio" della Corte costituzionale. Note sparse su alcuni aspetti dell'esperienza recente*, in *Rivista AIC*, 1/2023, 8-11; R.

preminente funzione di evitare possibili «fughe di notizie» su quanto deciso dalla Corte in camera di consiglio, indiscrezioni che potrebbero determinare un'informazione distorta, incompleta, e degli «effetti destabilizzanti»³². Tuttavia, il ricorso a questo tipo di comunicati genera alcune criticità. Già da tempo, infatti, viene segnalata la possibilità che il dibattito provocato in seno al corpo sociale dalla pubblicazione del comunicato stampa che anticipa la decisione assunta dal collegio possa condizionare l'apparato motivazionale della decisione. Quest'ultima, così, potrebbe caratterizzarsi per una «abbondanza motivazionale»³³, frutto della «preoccupazione» della Corte di «rispondere alle reazioni che il comunicato stesso ha creato»³⁴. Nondimeno, c'è chi ha posto l'attenzione sulle conseguenze dovute alle possibili discrasie testuali tra il messaggio presente nel comunicato stampa anticipatorio e la successiva decisione, lì dove essi, nel caso in cui non fossero perfettamente coincidenti, potrebbero tradire «il senso complessivo» di quanto argomentato dalla Corte nella sua pronuncia³⁵. Tali elementi hanno quindi indotto alcune riflessioni sulle modalità di scrittura del comunicato, sulla procedura che governa la sua redazione, su quale debba essere il suo contenuto³⁶. L'utilizzo di questo tipo di comunicazione potrebbe però generare anche delle «conseguenze esterne alla Corte». Qui, si è avuto modo di constatare che più l'oggetto dello scrutinio di costituzionalità assume importanza per i cittadini, più il comunicato stampa che rende noto il suo esito potrebbe orientare e influenzare il comportamento di tutti cittadini, dei giudici, dei componenti della pubblica amministrazione. Per proporre un esempio, questi potrebbero ritenere «autoapplicativo» il comunicato pur non conoscendo le motivazioni della decisione, non applicando la disposizione che, come reso noto dal comunicato, è stata dichiarata incostituzionale³⁷. Quanto detto ha indotto una riflessione circa gli effetti prodotti dai comunicati stampa anticipatori: ci si è chiesti se ed «entro che limiti può ritenersi esigibile l'osservanza di norme giuridiche, pur nella generalizzata consapevolezza della loro conclamata incostituzionalità»³⁸. Su queste basi, altri ancora hanno assimilato gli effetti promananti da comunicati in questione a quelli di provvedimenti cautelari, sostenendo che, poiché «provengono dalla Corte costituzionale, tali comunicati sono idonei a eliminare – sia pur solo provvisoriamente – l'incertezza che caratterizza la situazione determinatasi in seguito alla contestazione in giudizio della

ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2023, 57-59.

³² P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione*, cit., 111.

³³ A. CELOTTO, *I comunicati stampa*, cit., 3730, il quale propone l'esempio del comunicato stampa anticipatorio sulla sentenza Corte cost. 19 ottobre 2009, n. 262 sul cd. Lodo Alfano.

³⁴ *Ibidem*; F. RIGANO, *Sulla "divulgazione"*, cit., 212, il quale, invece, propone l'esempio del comunicato stampa anticipatorio sulla sentenza Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203.

³⁵ A. RUGGERI, *Corte costituzionale*, cit., 31; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 278; G. SOBRINO, *Uscire dal palazzo*, cit., 182.

³⁶ G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione*, cit., 251 s.; A. VACCARI, *Il ruolo dei comunicati*, cit., 189.

³⁷ D. CHINNI, *La comunicazione*, cit., 276-278; A. SPERTI, *Corte costituzionale*, cit., 784.

³⁸ «Il paradosso che si corre, a considerare vincolante per i consociati e gli organi giudiziari un precetto già notoriamente dichiarato *contra constitutionem*, è senz'altro quello di perpetuare la medesima lesione della legalità costituzionale che l'intervento della Corte è diretto a rimuovere»; G. COSMELLI, *Ancora in tema*, cit., 6 s.; A. SPERTI, *Corte costituzionale*, cit., 784 s.

costituzionalità di un atto o di un comportamento»³⁹. Se – come sostenuto da più parti – il comunicato non può produrre alcun effetto giuridico⁴⁰, e anche perché, banalmente, non esiste ancora la sentenza o l’ordinanza, la conoscenza dell’esito dello scrutinio di costituzionalità, soprattutto nel caso in cui venga dichiarata l’incostituzionalità di una disposizione, potrebbe comportare non poche criticità. Si pensi al caso in cui la Corte, a seguito di una camera di consiglio, divulghi un comunicato in cui si rende nota la dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione restrittiva della libertà personale. Chi è tenuto ad applicare questa disposizione si troverà davanti a una scelta ben precisa: se sacrificare o meno la libertà personale dei soggetti in attesa del deposito della pronuncia e delle sue motivazioni. Com’è accaduto, la scelta da seguire in questi casi è apparsa tutt’altro che scontata⁴¹.

Sull’altro versante, i comunicati diffusi contestualmente al deposito della sentenza o dell’ordinanza provocano parimenti alcune perplessità rispetto agli effetti concretamente dispiegati. Diffusi a partire dal 2003, il loro utilizzo si afferma a partire dal 2017 con la pubblicazione di una media di quaranta comunicati ogni anno. Il fine sotteso al loro utilizzo pare quello di riassumere e semplificare il contenuto delle decisioni più significative, così da renderle più accessibili a tutti i cittadini e aumentare di conseguenza la conoscibilità dell’attività della Corte e la fiducia nel suo operato⁴². Infatti – com’è stato anche dichiarato – oggi «chiunque» cerca una pronuncia la troverà sempre «accompagnata da un comunicato stampa che ne sintetizza il contenuto e non lo costringe a leggere la sentenza (spesso molto lunga e molto tecnica) motivazione»⁴³. Tuttavia, diverse sono le criticità che sono state segnalate. Questi comunicati potrebbero causare una «banalizzazione del contenuto della decisione»⁴⁴, sintetizzata in poco meno di due pagine, e la sovraesposizione di alcuni temi – quelli evidenziati all’interno del comunicato – a discapito di altri, presenti nella sentenza o nell’ordinanza, premiando così la rilevanza di alcune linee interpretative e «orientando il lettore in una direzione piuttosto che in un’altra»⁴⁵. Il fine divulgativo proprio di questi comunicati, la loro brevità, l’uso di un linguaggio semplice e non tecnico nonché la frequente assenza di citazioni dirette della

³⁹ A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa*, cit., 5, 9-12.

⁴⁰ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale*, cit., 58 s.

⁴¹ Ciò è accaduto nel caso del «comunicato emesso dalla Corte prima del deposito della sentenza con la quale ha dichiarato la illegittimità dell’art. 1, comma 6, lett. b) della l. 9 gennaio 2019 (la c.d. Spazzacorrotti)» disposizione che «include alcuni delitti contro la p.a. nel catalogo dei reati sottoposti al regime particolare dell’art. 4 bis, comma 1, dell’ordinamento penitenziario». Il comunicato ha avuto un notevole impatto «sul regime carcerario al quale risultavano improvvisamente soggetti coloro che avevano commesso il fatto prima dell’entrata in vigore della legge in giudizio. [...] molti sono stati, infatti, i provvedimenti immediatamente disposti per la scarcerazione di coloro che, in applicazione della legge, non erano stati ammessi alle pene alternative. E ciò dal momento che - come si legge nella richiesta della revoca dell’ordine di esecuzione emesso e della conseguente richiesta di scarcerazione del condannato, avanzata dal procuratore generale della Corte di appello di Palermo, peraltro giudice a quo del procedimento allora pendente di fronte alla Corte - “la decisione di cui si (aveva) notizia rendeva fin da subito possibile una interpretazione nel senso della irretroattività della nuova disciplina”»; M.C. GRISOLIA, *Il forum*, cit., 379-381. Si veda anche R. ROMBOLI, *Il forum*, cit., 383 e anche ID., *Corte costituzionale*, cit., 58 s.

⁴² G. LATTANZI, *La comunicazione della Corte costituzionale*, 26-28 giugno 2019, 4. Il documento è consultabile al seguente link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/news/CC_NW_20190902.pdf.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale*, cit., 56 s.

⁴⁵ A. VACCARI, *Il ruolo dei comunicati*, cit., 189; O. SPATARO, *Il “linguaggio” della corte*, cit., 10 s.

decisione, potrebbe portare in una condizione di subalternità l'apparato argomentativo-motivazionale di quest'ultima⁴⁶. A questo proposito, infatti, è stato paventato il rischio che i comunicati stampa contestuali al deposito della sentenza o della ordinanza della Corte in realtà sostituiscano quest'ultime nell'opinione pubblica, lasciando la decisione oggetto di studio degli addetti ai lavori⁴⁷.

3.3 I comunicati stampa divulgativo-istituzionali

Ai comunicati sulle pronunce della Corte si affiancano i comunicati stampa di tenore essenzialmente divulgativo-istituzionale. Si pensi a quelli che rendono noti eventi, cerimonie, iniziative, incontri istituzionali in cui è coinvolta la Corte o un suo componente, o a quelli che documentano le modifiche che interessano il collegio, come l'elezione di un nuovo membro o quella del presidente. Essi mirano probabilmente ad amplificare la conoscenza delle Corte, dei giudici, delle loro attività, non rimanendo tuttavia esenti da criticità.

In questo senso, alcuni problemi rispetto alla legittimazione della Corte costituzionale potrebbero sorgere dal ricorso ai comunicati che informano dell'elezione del presidente del collegio: qui, infatti, sono state evidenziate delle discrasie tra prassi e dato normativo che potrebbero condurre a una delegittimazione del Giudice delle leggi⁴⁸. Le disposizioni che disciplinano l'elezione del presidente prevedono la segretezza come regola generale al fine di conseguire alcuni precisi obiettivi, interni ed esterni alla Corte⁴⁹. All'interno, infatti, la segretezza che caratterizza l'espressione del voto dei singoli giudici è posta a salvaguardia della compattezza del collegio. All'esterno, invece, la segretezza che avvolge l'intero procedimento dovrebbe impedire che nei cittadini si ingeneri la "percezione" di una Corte disunita o in conflitto⁵⁰. Dallo studio di questo tipo di comunicati è stato possibile notare come in essi vengano specificati i voti espressi, i voti ottenuti dal presidente eletto o, in qualche caso, persino i voti attribuiti ad altri candidati⁵¹. Tale prassi e le «disomogeneità» che la caratterizzano potrebbero compromettere l'immagine del presidente eletto e del collegio agli occhi dell'opinione pubblica: un

⁴⁶ «Ebbene, la sintesi che è propria dei comunicati suddetti [...] può non darne una compiuta e fedele rappresentazione»; A RUGGERI, *Corte costituzionale*, cit., 31; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 278.

⁴⁷ D. CHINNI, *La comunicazione*, cit., 278; G. ZAGREBELSKY, *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale. Un'introduzione*, in *Diritto e società*, 4/2019, 549; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 278s; O. SPATARO, *Il "linguaggio" della corte*, cit., 11.

⁴⁸ S. PANIZZA, *La (disomogenea) prassi dei comunicati stampa relativi all'avvenuta elezione del Presidente della Corte costituzionale italiana*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2023, 35-40.

⁴⁹ Vengono qui in evidenza l'articolo 6 della legge 11 marzo 1953, n. 87 e, in particolare, l'articolo 7 del Regolamento generale della Corte costituzionale.

⁵⁰ S. PANIZZA, *La (disomogenea) prassi*, cit., 39 s.

⁵¹ Si pensi al comunicato stampa che informa dell'elezione di Mario Morelli a presidente: «La Corte costituzionale riunita oggi in camera di consiglio ha eletto presidente, a maggioranza (9 voti Mario Morelli, 5 Giancarlo Coraggio, 1 voto Giuliano Amato), il giudice Mario Morelli». Il comunicato stampa *Mario Rosario Morelli eletto presidente della Corte costituzionale*, del 16 settembre 2020, è consultabile al seguente [link](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200916114324.pdf)

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200916114324.pdf.

recente caso conferma come, ad esempio, la pubblicazione dei voti ottenuti dal presidente eletto abbia consentito audaci ricostruzioni e commenti da parte dei giornali⁵². Pertanto, una composizione dei comunicati poco aderente alle disposizioni descritte consentirebbe nei fatti di apprendere le dinamiche interne alla Corte e, di conseguenza, potrebbe consegnare all’opinione pubblica l’impressione di una Corte divisa o in conflitto⁵³.

3.4 Altre iniziative mediatiche della Corte

Da non trascurare nell’analisi degli strumenti di comunicazione adoperati dalla Corte costituzionale e dei loro effetti sono alcune sue “nuove” iniziative, diffuse sul sito *Internet* ufficiale e, da lì, sui *social network*. Si pensi, solo per citarne alcune, alla recente creazione di un annuario digitale dell’attività giurisdizionale e istituzionale della Corte, facilmente consultabile da qualunque cittadino, o, ancora, ai “viaggi” nelle scuole e nelle carceri o alla «libreria dei *podcast*»: tutte iniziative che sembrano insistere specialmente sul piano degli effetti politici, e cioè sulla legittimazione della Corte.

Rispetto a queste iniziative vale la pena soffermarsi su un caso finora isolato ma particolarmente significativo: la conferenza stampa del 16 febbraio 2022 sull’esito dello scrutinio di ammissibilità dei *referendum* promossi durante il 2022⁵⁴. In quella occasione, il Presidente emerito Giuliano Amato, in diretta sulla piattaforma digitale *YouTube*, rispondeva alle domande dei giornalisti e illustrava gli esiti legati alle proposte di *referendum* abrogativo, alcune delle quali, com’è noto, seguite con grande interesse dall’opinione pubblica. Questo singolare inedito, in cui secondo alcuni sarebbe possibile scorgere il nascere di una nuova prassi comunicativa, potrebbe però causare, com’è stato recentemente segnalato, delle problematiche in termini di legittimazione della Corte⁵⁵. Nell’occasione adesso ricordata, ha destato particolari critiche l’inammissibilità del *referendum* su «“Abrogazione parziale dell’articolo 579 del Codice penale (omicidio del consenziente)”». In quella conferenza stampa, il giorno dopo la camera di consiglio e successivamente alla divulgazione di un comunicato stampa del tipo “anticipatorio”

⁵² Si pensi al caso in cui è stato necessario smentire delle influenze esterne nella elezione del presidente della Corte, ponendo come prova i voti ottenuti dai singoli candidati. Il comunicato stampa, *Elezione presidente: la Consulta precisa*, del 21 settembre 2022, è consultabile al seguente link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20220921215746.pdf. Si veda anche F. MANTI, *Consulta, la Sciarra nuova presidente. Boccia la candidata di Mattarella*, in *il Giornale*, 21 settembre 2022, è consultabile al seguente link <https://www.ilgiornale.it/news/politica/consulta-sciarra-nuova-presidente-bocciata-candidata-2068552.html>.

⁵³ «La circostanza che si registrino schede bianche o di astensione viene talora espressamente attribuita al neoeletto, mentre in altri casi nulla viene detto, senza che ciò possa escludere (anche per il carattere dell’elezione, per i numeri del collegio e per la stessa prassi che tende sovente a fare applicazione, come noto, del criterio di anzianità di carica) di essere magari di fronte a un’ipotesi perfettamente sovrapponibile. La presenza di voti a favore di altri candidati viene talora puntualizzata con i relativi nominativi, mentre in altri casi ci si limita a indicare la maggioranza conseguita dal neoeletto, con un impatto ben diverso, in particolare sull’opinione pubblica»; S. PANIZZA, *La (disomogenea) prassi*, cit., 40.

⁵⁴ S. AGOSTA, *Linguaggio della Corte costituzionale e consenso (a margine di una recente tendenza in tema di comunicazione con l’opinione pubblica)*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 40 s.; ID., *La conferenza stampa sull’inammissibilità del referendum abrogativo in tema di omicidio del consenziente: un terrarium di studio per i futuri rapporti tra Corte ed opinione pubblica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2023, 57-65.

⁵⁵ S. AGOSTA, *Linguaggio della Corte*, cit., 55 s.; ID., *La conferenza stampa*, cit., 63 s.

descritto in precedenza⁵⁶, il presidente si è trovato non solo a spiegare la decisione assunta dalla Corte in assenza della sentenza e delle sue motivazioni, ma anche a rispondere alle insidiose domande dei giornalisti presenti, nonché, in particolare, a respingere le critiche dei promotori di quel referendum⁵⁷. Tutte circostanze che hanno posto la Corte al centro di molteplici e scomposte critiche, fugate totalmente soltanto con la pubblicazione della sentenza 2 marzo 2022, n. 50⁵⁸.

4. Conclusioni

La ricostruzione condotta e la descrizione degli effetti dei mezzi di comunicazione adoperati dalla Corte, soprattutto dei nuovi strumenti comunicativi digitali (“mezzi innovativi non mediati”) consentono di svolgere qualche considerazione, sia di carattere generale sia sui singoli strumenti appresso descritti.

Questa nuova “azione comunicativa” della Corte costituzionale rappresenta un aspetto nuovo e «“autodato”, dato cioè dal giudice costituzionale stesso»⁵⁹. La Corte costituzionale compie la sua attività giurisdizionale «in nome del popolo italiano» nel nome del quale sono pronunciate le decisioni⁶⁰. Essa ha il dovere di rendere note le sue attività e, in particolar modo, le sue decisioni⁶¹, sottoposta com’è al principio democratico della pubblicità che informa tutto il sistema costituzionale: si pensi, ad esempio, alla pubblicità delle udienze⁶² o alla pubblicazione delle sue pronunce sulla Gazzetta ufficiale⁶³. Al di là di questi obblighi, espressione dei principi di democrazia e di quelli connessi al concetto di Stato di diritto, basi fondanti dell’ordinamento giuridico e da cui discende un generale dovere di pubblicità per tutti gli organi costituzionali, non è dato riscontrare ulteriori o diversi obblighi di pubblicità. In altre parole, la comunicazione della Corte non pare potersi ritenere un “obbligo” o un “dovere” imposto o dipendente da una qualche disposizione o principio.

In ogni caso la Corte ha deciso di «uscire dal Palazzo»⁶⁴, facendosi protagonista di un’opera di «“catechismo costituzionale”»⁶⁵, di divulgazione della cultura costituzionale,

⁵⁶ Il comunicato stampa sull’inammissibilità del referendum del 15 febbraio 2022 è consultabile al seguente [link](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20220215193553.pdf) https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20220215193553.pdf.

⁵⁷ A. MORRONE, *I referendum abrogativi in chiaroscuro*, in *Federalismi.it*, 14/2022, VIII-X.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ A. FUSCO, *Un problema di civic constitutional culture: la legittimazione del giudice costituzionale tra nuovi canali di dialogo della società civile l’effettiva conoscibilità e l’effettiva conoscibilità dell’organo della sua fisiologia*, in *Federalismi.it*, 15/2020, 157.

⁶⁰ Articolo 18, comma 3 legge 11 marzo 1953, n. 87.

⁶¹ A. MELONCELLI, *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, 1037-1039.

⁶² Articolo 136 della Costituzione italiana e articolo 15, legge 11 marzo 1953, n. 87.

⁶³ Articolo 30, legge 11 marzo 1953, n. 87.

⁶⁴ G. LATTANZI, *La comunicazione*, cit., 2.

⁶⁵ N. ZANON, *Su alcune questioni e tendenze attuali intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza*, in M. LOSANA, V. MARCENÒ (a cura di), *Come decide la Corte dinanzi questioni “tecniche”. Incontri sulla giurisprudenza costituzionale. Torino, marzo-giugno 2019*, Torino, 2020, 24.

volta a ripianare quel «deficit di conoscenza» che la riguardava e quella «crisi di fiducia» nelle istituzioni presente tra i cittadini⁶⁶. Degli obiettivi che sembrano raggiunti, come anche testimoniato dal diffuso utilizzo che gli strumenti qui passati in rassegna hanno avuto tra i cittadini. E tuttavia, se ampi sono i benefici di questa comunicazione, non minori sembrano le criticità da risolvere e da prevenire. Il rischio che corre la Corte è quello di una mutata percezione in seno all’opinione pubblica, nel senso di una perdita di legittimazione, che rischia di pregiudicare l’intero sistema istituzionale⁶⁷. Questo acquisisce ulteriore valore anche in considerazione dell’odierna centralità del Giudice delle leggi e del ruolo sempre più cruciale che esso ha acquisito nel sistema istituzionale. Già a metà degli anni Novanta Enzo Cheli sottolineava come «le vicende recenti [...] non hanno solo aumentato le occasioni per l’ampliamento di un ruolo “politico” della Corte, ma hanno fatto anche notevolmente aumentare per quest’organo, forse più che per gli altri organi di garanzia, i rischi di una delegittimazione»⁶⁸. Questo pericolo potrebbe così aumentare grazie a questa nuova esposizione mediatica della Corte che, in un tempo in cui il dibattito pubblico e politico si svolge in maniera scomposta, può trascinarla, tra accuse e veementi critiche, sempre più «sul ring della politica»⁶⁹.

Le considerazioni appena svolte impongono così di individuare dei percorsi per valorizzare questa comunicazione della Corte che, per via dell’ampiezza e dell’importanza acquisita, non pare si possa drasticamente ridimensionare. Dall’affermazione dei “mezzi innovativi non mediati” discende il ridimensionamento dei “mezzi tradizionali mediati”: infatti, l’intermediazione operata dai *media* classici – i quotidiani su tutti – e dai giornalisti, acquisisce un ruolo subalterno. Se prima la conferenza stampa di fine anno, ad esempio, raggiungeva i cittadini attraverso la stampa, oggi la trasmissione in *diretta* sul canale *YouTube* della Corte ridimensiona l’opera di rielaborazione dei giornalisti, consegnando con immediatezza il messaggio ai cittadini. Anche la televisione prima portava la conferenza stampa direttamente all’attenzione dei cittadini, e tuttavia oggi, il diffuso utilizzo dei cd. *smartphone*, la fruizione quotidiana e immediata attraverso quest’ultimi dei *social network*, la diffusione su questi canali di quanto pubblicato dalla Corte, rende il messaggio comunicato molto più veloce. Un’immediatezza, poi, soprattutto all’interno dei *social network*, che si intreccia anche alle insidie per la corretta informazione per cui questi mezzi di comunicazione sono oggi anche noti. Per queste ragioni sarebbe necessario che l’azione comunicativa della Corte si caratterizzasse per delle forme “estremamente istituzionali”, differenziandosi nettamente da quella degli altri organi costituzionali, in particolare Parlamento e

⁶⁶ G. LATTANZI, *La comunicazione*, cit., 1.

⁶⁷ A RUGGERI, *Corte costituzionale*, cit., 32 s.

⁶⁸ E. CHELI, *Il giudice*, cit., 68-70.

⁶⁹ M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R. G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005, 138. «Insomma, la Corte è da tempo oggetto di una sovraesposizione mediatica, di cui – è bene precisare – si giovano strumentalmente anche taluni operatori politici per fini di parte. Una maggiore cautela e iscrizione da parte della Corte sarebbe, a mia opinione, sommamente opportuna, anche al fine di non dare fiato ed alimento a siffatte manovre»; A RUGGERI, *Corte costituzionale*, cit., 32.

Governo⁷⁰, a cui spetta il compito precipuo di creare, formare e incentivare il collegamento tra istituzioni e cittadini.

Nello specifico, nel caso della pubblicazione sul sito delle decisioni, benché in caso di discrasie tra il testo pubblicato sul sito e quello in Gazzetta prevalga quest’ultimo, anche per quanto attiene alla produzione di effetti giuridici, forse sarebbe opportuna un maggior coordinazione tra questi due tipi di pubblicazione, la quale potrebbe eliminare le criticità descritte: ad esempio, si potrebbe attendere la pubblicazione della pronuncia in Gazzetta Ufficiale prima di pubblicarla sul sito⁷¹. Per l’utilizzo dei comunicati anticipatori, invece, andrebbero soppesati i “costi” e i “benefici” di questo tipo di comunicazione. Forse adottare meno comunicati, valutando le criticità che potrebbero derivare dalle «fughe di notizie» successive alla decisione in camera di consiglio, con quelli che potrebbero invece discendere dalla comunicazione anticipata dell’esito dello scrutinio di costituzionalità, potrebbe essere una soluzione per prevenire i rischi evidenziati. Quanto ai comunicati contestuali, che potrebbero determinare una mancata consapevolezza delle argomentazioni utilizzate nella sentenza o nell’ordinanza, sarebbe invece opportuno evitare che la loro diffusione conduca a una incomprensione della pronuncia, con una conseguente possibile delegittimazione dalla Corte. Per questo, rifuggire da un’eccessiva semplificazione e rimettere al centro il percorso argomentativo della decisione, magari attraverso delle dettagliate “sintesi” delle motivazioni e del dispositivo, guardando anche all’esperienza di altri giudici costituzionali⁷², potrebbe rappresentare una contromisura per evitare il rischio che le pronunce siano confinate in un cono d’ombra. Una comunicazione più istituzionale, per quel che riguarda i comunicati divulgativo-istituzionali, ma anche tutte le altre iniziative mediatiche, potrebbe consentire una maggiore precisione a ogni occasione, come anche una maggiore aderenza al dato normativo. Ciò permetterebbe, ad esempio, per i comunicati che informano sull’elezione del presidente, di non annullare la segretezza prevista dalle disposizioni, evitando di ampliare i rischi di una delegittimazione della Corte, già sotto pressione in costanza di elezione⁷³. In ogni caso, per giungere a una comunicazione prudente, precisa – come detto

⁷⁰ «Ad ogni buon conto, anche (e soprattutto) nella ricerca dei consensi la Corte dovrebbe farsi cura di non omologarsi agli operatori restanti (specie, appunto, a quelli chiamati allo svolgimento di attività politiche) ma di salvaguardare la propria specificità, ciò che la rende unica anche in seno al genus degli organi di garanzia (a partire dal Capo dello Stato) e, segnatamente, degli organi preposti alla somministrazione della giustizia comune, coi quali ben poco o nulla ha a che spartire. E non è al riguardo inopportuno qui rammentare che la confusione dei ruoli istituzionali fa suonare le campane a morto per il principio della separazione dei poteri che – come si sa – è uno dei pilastri portanti dello Stato costituzionale»; A. RUGGERI, *Corte costituzionale*, cit., 30.

⁷¹ D. CHINNI, *La comunicazione*, cit., 268.

⁷² Sul *Conseil Constitutionnel* G. SOBRINO, «Uscire dal palazzo», cit., 183; F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale*, cit., 29. Sul *BVerfG* A. SPERTI, *Corte costituzionale*, cit., 779.

⁷³ Si ricordi, ad esempio, come recentemente la Corte sia stata costretta a smentire asseriti tentativi da parte di un componente del collegio di rinviare l’elezione della presidenza della Corte per non dimostrate finalità opportunistiche e personali. Il comunicato *Elezione nuovo presidente della Corte costituzionale: nessuno slittamento*, comunicato del 26 gennaio 2022, è consultabile al seguente [link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20220126113937.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20220126113937.pdf). Si veda G. MERLO, *Amato ci crede e vuole posticipare la sua elezione a presidente della corte Costituzionale*, in *Domani*, 24 gennaio 2022, è consultabile al seguente [link https://www.editorialedomani.it/politica/italia/amato-quirinale-presidente-consulta-costituzionale-voto-smlha927](https://www.editorialedomani.it/politica/italia/amato-quirinale-presidente-consulta-costituzionale-voto-smlha927).

– “estremamente istituzionale”, prevedere delle regole minime di procedura, soprattutto per il caso dei comunicati, permetterebbe, a un tempo, di rendere più efficace la comunicazione della Corte e attenuare possibili imprecisioni e rischi: uno strumento per dotarsi di questa disciplina potrebbe essere quello delle norme integrative⁷⁴, sull’esempio di altri tribunali costituzionali⁷⁵.

In conclusione, come tutte le istituzioni pubbliche sono in questi anni chiamate a riflettere sulla propria comunicazione e «a “governare” l’accresciuta trasparenza che deriva da *internet*»⁷⁶, anche la Corte dovrà realizzare questo compito. A questi fini, affrontare i possibili rischi e le problematiche descritte attraverso una ulteriore valorizzazione del suo ruolo costituzionale, antimaggioritario, giurisdizionale, di garanzia⁷⁷, così come della sua cruciale posizione all’interno del sistema, mettendo sempre più al centro una diffusione della cultura costituzionale che abbia come oggetto principale le pronunce, la sua giurisprudenza, potrebbe rendere più efficace la sua comunicazione istituzionale e allontanare qualsiasi criticità.

⁷⁴ S. PAJNO, *La Corte “mediatica”: aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, 153. Si vedano anche D. CHINNI, *La comunicazione*, cit., 279 s.; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale*, cit., 57.

⁷⁵ Un esempio potrebbe essere quello del Tribunale costituzionale federale tedesco che, ai paragrafi 17 e 32 del suo «Regolamento di procedura», ha previsto una disciplina minima in tema di comunicazione; A. SPERTI, *Corte costituzionale*, cit., 779.

⁷⁶ N. LUPO, *Qualche ipotesi alla base della nuova stagione comunicativa della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2023, 43.

⁷⁷ G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2005, 273-282.



QUARTA EDIZIONE DEL SEMINARIO INTERNAZIONALE DI DIRITTO COMPARATO
«LE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI NEL XXI SECOLO: QUESTIONI ATTUALI E
PROSPETTIVE FUTURE»
IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA

“AL CROCEVIA DI SPINTE POLITICHE, DI SUGGERZIONI RIFORMATRICI, DI
POSSIBILI DIVERSE INTERPRETAZIONI DEL TESTO COSTITUZIONALE”:
IL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE NEL SISTEMA ISTITUZIONALE

BENEDETTA LIBERALI

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il ruolo della Corte nel sistema istituzionale: quali filoni. – 2.1. Premessa. – 2.2. I vizi del procedimento legislativo, la tutela delle minoranze parlamentari, la democrazia interna ai partiti politici, il diritto vivente. – 3. La comunicazione istituzionale: la necessità di mantenere la “giusta distanza”. – 4. La Corte costituzionale fra evoluzione della coscienza sociale, moniti al legislatore e nuove tecniche decisorie. – 4.1. La nuova tecnica decisoria inaugurata in materia di aiuto al suicidio. – 4.2. La lunga “saga” del patronimico. – 4.3. Ulteriori casi di rilievo dell’evoluzione della coscienza sociale e delle conoscenze scientifiche. – 5. Postilla.

1. Osservazioni introduttive

Dai numerosi contributi che hanno animato il IV atelier del convegno dedicato alla memoria del Professor Carrozza emerge una serie di profili eterogenei, che, appuntandosi sul ruolo delle giurisdizioni costituzionali nel sistema istituzionale, inducono necessariamente a soffermarsi sul rapporto fra le Corti costituzionali (con le modalità di esercizio del loro specifico sindacato) e gli altri soggetti istituzionali, fra i quali, innanzitutto, il legislatore (e il perimetro della sua sfera di discrezionalità)¹.

¹ Su queste problematiche si vedano, da ultimo, A. RUGGERI, *Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, in E. MALFATTI, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, Pisa University Press, Pisa, 2023, 21 s. e 41, che sottolinea come,

L’analisi del complessivo rapporto fra Corte costituzionale e legislatore che, in particolare, nel nostro ordinamento è andato delineandosi con sempre maggiore complessità – sia in ordine a profili di merito, sia in rapporto a profili processuali e di tecnica decisoria della Corte – consente non solo di tratteggiare, più in generale, il “ruolo” della prima nel sistema istituzionale, ma anche di tornare a ragionare su quale tipo di giudice essa sia, nel costante bilanciamento fra la natura “politica” e quella più propriamente “giurisdizionale”², e quale sia la “delimitazione” della sua attività³,

“pur laddove si tratti di ripensare alle più salienti tendenze che connotano al presente i rapporti tra giudice costituzionale e legislatore, non può tralasciarsi la sana avvertenza secondo cui il sistema istituzionale risulta composto da una rete di relazioni fattasi via via sempre più estesa e fitta allo stesso tempo e coinvolgente tutti gli operatori, sia pure con diversità di compiti e di responsabilità”, e come proprio “i rapporti tra Corte e legislatore” vivano “oggi, più ancora di quanto non si sia avuto in passato, una stagione segnata da gravi incertezze e fluidità di quadro”; P. CARNEVALE, *Del rapporto fra Corte e legislatore alla luce dei nuovi indirizzi giurisprudenziali in tema di discrezionalità legislativa e “rime obbligate”*, ivi, 44, che ritiene che quello con il legislatore “non è uno dei vari rapporti che la Corte intesse con gli altri suoi interlocutori – i giudici comuni, le Corti sovranazionali, la stessa dottrina giuridica, sino ad arrivare al corpo sociale – ma è il cuore, per dir così, l’essenza stessa del ruolo e della posizione rivestita nel sistema”, giungendo in modo suggestivo a suggerire che “quel rapporto sia alla Corte più intimo di quanto la Corte lo sia a se stessa (onde sembra ancor meglio che si parli di ontologica, piuttosto che di fisiologica relazione)”; N. ZANON, *Intorno a due tecniche decisorie controverse: le sentenze di accoglimento “a rime adeguate” e le decisioni di rinvio dell’udienza a data fissa con incostituzionalità prospettata*, ivi, 73 ss., che con particolare riguardo al rapporto fra Corte e legislatore a fronte della nuova tecnica decisoria inaugurata con l’ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019 sottolineando come si possa trattare da un lato di una “imposizione inammissibile di una sorta di legislazione ‘coartata’, nei tempi e nei contenuti”, e dall’altro di “una forma raffinata di *leale collaborazione* tra Corte e legislatore” (ivi, 96), concludendo che “parlare svagatamente (e, talvolta, proprio leggermente) di ‘leale collaborazione’, quanto ai rapporti tra una Corte e il legislatore, evoca un che di stonato, ed anzi [...] suscita un sommesso (ma non meno fermo) dissenso” (ivi, 97); e R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, ivi, 301 ss.

Si vedano le riflessioni di A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *RivistaAIC*, 2/2023, 103 ss., che sottolinea come sia “l’intera nostra ‘forma di governo’ – e la stessa forma di Stato – che viene in evidenza nel confronto fra Corte e Parlamento” (ivi, 105).

² Si veda innanzitutto a questo proposito R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 1 ss., il quale sottolinea come si potrebbe “parlare di attività eccessivamente ‘creativa’ che avvicina la Corte più ad un legislatore che ad un giudice, mentre in altre situazioni la natura politica deriva dalla eccessiva accondiscendenza che la Corte mostra verso il potere politico, attraverso ad esempio l’utilizzo del necessario rispetto della discrezionalità del legislatore o addirittura di procedimenti di revisione costituzionale ancora in corso di approvazione” (cit., 6).

³ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 279, che ritiene che il “problema vero è che la delimitazione della costituzione è opera anche e, per *posizione*, soprattutto, dell’attività del giudice costituzionale”: poiché, quindi, “gran parte della *materia costituzionale* rilevante è opera del suo custode”, “Qui stanno i rischi di un *cortocircuito*: ciò che dovrebbe delimitare la legittimazione del giudice non è altro che un *prodotto* della sua stessa attività”. L’A. giunge a riconoscere l’ipotesi di “un’*auto-legittimazione*”, che sarebbe un “fatto in sé *scabroso*, solo in parte compensato dal processo e, specialmente, dalla motivazione, cioè sul piano delle forme e dell’esposizione [...] di *buoni argomenti*, che, essendo sempre meno frutto dell’applicazione di paradigmi consolidati e condivisi, servono, piuttosto, per *riscrivere* la costituzione [...] e per convincere un uditorio *indeterminato e non qualificato* e, quindi, per giustificare le decisioni *mediaticamente*”.

Si veda da ultimo anche A. MORRONE, “Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione”, in E. MALFATTI, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 103 ss., che ritiene che “gli sconfinamenti della Corte costituzionale sono

sempre tenendo conto dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*), che dispone che il "controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento"⁴.

Proprio rispetto ai profili processuali e di tecnica decisoria, sono ben note le autorevoli considerazioni di Alessandro Pizzorusso, che, rispetto allo storico smaltimento dell'arretrato, osservava come fosse "indiscutibile che il rafforzamento realizzato dalla Corte sul piano dell'efficienza e dell'organizzazione si traduce anche in un incremento di potere politico e che l'acquisizione di un ruolo politico più forte non significa necessariamente confusione di tale ruolo con quello degli altri organi costituzionali, né tanto meno riduzione del tasso d'indipendenza della Corte (che anzi non può non uscire aumentato per effetto del generale rafforzamento dell'istituto)". In particolare, egli riteneva che rispetto "agli atteggiamenti disinvolti, sotto il profilo del rispetto dei principi processuali, che la Corte ha talora assunto, quello che conta non è tanto il numero o la qualità delle inosservanze, quanto il fatto che esse no siano teorizzate come espressione di una sorta di libertà dalla legge processuale [...], ma siano anzi tenacemente (anche se non sempre convincentemente) smentite"⁵.

Allo stesso modo, Beniamino Caravita di Toritto, ragionando sul ruolo della Corte, riteneva "inevitabile partire dal dato più rilevante: lo smaltimento dell'arretrato", per sottolinearne "due importanti effetti". Si è potuto, infatti, non solo "dare un segnale a tutto il mondo giudiziario sulla possibilità di far lavorare la giustizia in tempi rapidi", ma anche (e forse soprattutto) "catapultare la Corte nell'attualità politica"⁶.

Al fine di raggiungere un equilibrio fra le due "anime" (politica e giurisdizionale) della Corte, quindi, risultano centrali gli strumenti di cui la stessa, in fondo, si è dotata.

Innanzitutto, vengono in rilievo le stesse regole processuali dei differenti giudizi, che come noto conducono a riflettere sull'esistenza di un vero e proprio processo costituzionale o, meglio, di più processi costituzionali⁷. Come già sottolineato da Paolo

quelli decisivi dal punto di vista della Costituzione e delle interpretazioni costituzionali; e, quindi, essi hanno un peso specifico e sono i più importanti, anche perché la giurisprudenza costituzionale orienta le scelte dei giudici comuni e, almeno in linea teorica, i comportamenti degli altri poteri" (ivi, 104).

⁴ L'art. 28 della legge n. 87 del 1953 è stato ritenuto "ambiguo e infelice" da A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, cit., 133, che giunge a ritenere che sia "venuto il momento di vedere le pronunce costituzionali (diverse dalle caducatorie semplici) in un'altra, completamente nuova, prospettiva", dovendosi "prendere atto che [...] siamo ormai dinnanzi al confronto non fra una stretta valutazione di *merito* (preclusa alla Corte) e una stretta valutazione di *legittimità* (esclusiva della Corte), ma semmai al confronto dialettico fra due diversi tipi di 'discrezionalità' e quindi anche a due diversi 'modi di pensare' [...] e di argomentare".

⁵ A. PIZZORUZZO, *Prefazione*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 7.

⁶ B. CARAVITA, *Alcune riflessioni sulla collocazione della Corte costituzionale nel sistema politico dopo la fase dello «smaltimento dell'arretrato»*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 44, che giunge a ritenere che alla fine della fase di smaltimento dell'arretrato rimanga "soprattutto la sensazione di una Corte costituzionale divenuta attore politico in prima battuta e di prima grandezza" (ivi, 45).

⁷ Si vedano su questi profili le considerazioni di M. D'AMICO, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur. it.*, 11/1990, 480 ss., V. ANGIOLINI, *La Corte senza il "processo", o il "processo" costituzionale senza processualisti?*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La*

Carrozza, a cui il convegno è dedicato, "è sintomo di una innegabile maturazione della cultura giuridica del nostro paese, [...] la consapevolezza che oggi non sia possibile affrontare le questioni di 'ruolo' o di 'legittimazione' senza tenere in debito conto anche dell'esame del processo costituzionale come processo, come insieme di tecniche e regole processuali, il cui assestamento e la cui evoluzione sono indice dell'effettiva legittimazione raggiunta dalla giustizia costituzionale in un determinato ordinamento"⁸.

Rilevano poi le (nuove) tecniche decisorie⁹, le modalità argomentative delle proprie decisioni, gli approcci comunicativi dei contenuti delle stesse attraverso i comunicati stampa e le più recenti conferenze stampa¹⁰ e, di conseguenza, anche le "trasformazioni" delle motivazioni successive ai primi che riportano il dispositivo delle decisioni¹¹.

giustizia costituzionale a una svolta, Torino, 1991, 20 ss., R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro It.*, 4/1995, 1090 ss., A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, in *Forum cost.*, 2009, 1 ss., G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, Giuffrè, 1989, e F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020, 114 ss.

⁸ P. CARROZZA, *Il processo costituzionale come processo*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, cit., 65.

⁹ Riconduce "l'intera storia dell'arricchimento degli strumenti decisorie che ha contrassegnato la parabola evolutiva del ruolo della Corte costituzionale nel nostro ordinamento, il complessivo fenomeno della ricca fioritura di forme e formule, l'elaborazione di sempre più sofisticate strategie giurisprudenziali" a "un'unica esigenza: quella di minimizzare, circoscrivere, limitare 'a quanto strettamente necessario' gli effetti delle pronunce di accoglimento" P. CARNEVALE, "Del rapporto fra Corte e legislatore alla luce dei nuovi indirizzi giurisprudenziali in tema di discrezionalità legislativa e 'rime obbligate'", cit., 45 s. In particolare, "l'intero tragitto che ha dato luogo al progressivo accrescimento dell'armamentario decisionale a disposizione del giudice costituzionale può essere ricostruito come segnato da una mancata sinergia con il legislatore", che sarebbe "evidenziata non solo dal carente seguito offerto ai pronunciamenti della Corte, ma anche nell'inerzia mostrata nel lasciare le invenzioni della Corte sul piano delle tecniche decisorie nel solo solco pretorio, senza provvedere ad una codificazione nel diritto positivo" (ivi, 46). Si rinvia alle approfondite considerazioni svolte da R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, che sottolinea come non ci sia "forse timore di fondo che abbia maggiormente influito sui comportamenti tenuti dalla Corte costituzionale e quindi sul ruolo effettivamente svolto dalla stessa nella nostra forma di governo" se non la "preoccupazione, da sempre presente, del mancato intervento legislativo a seguito di pronunce d'incostituzionalità": l'A., in particolare, intravede in ciò "un filo rosso che lega, sotto il profilo teleologico, alcune prassi e strategie, così come l'elaborazione di varie tecniche decisionali, che risultano prive, del resto, di punti di contatto o di analogia" (ivi, 1).

¹⁰ Si pensi, in particolare, alla conferenza stampa del 16 febbraio 2022 del Presidente della Corte costituzionale Amato, a seguito delle decisioni di inammissibilità del referendum sulla fattispecie penale dell'omicidio del consenziente (comunicato stampa del 15 febbraio 2022, in attesa del deposito delle motivazioni della successiva sentenza n. 50 del 2022) e del "referendum droghe" (così testualmente definito nel comunicato stampa del 2 marzo 2022 relativo al deposito della sentenza n. 51 del 2022). Si vedano le generali considerazioni svolte da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., 274, laddove si sofferma sul «tasso di mediatizzazione e di politicizzazione della Corte costituzionale» che raggiungerebbe «apici vertiginosi [...] nella comunicazione pubblica che l'istituzione cura, nella maggior parte dei casi direttamente, soprattutto mediante il proprio ufficio stampa».

¹¹ In generale, sul punto si vedano F. RIGANO, *Sulla "divulgazione" del dispositivo della sentenza della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, cit., 212, che in modo specifico sottolinea che "non vi è dubbio che la notizia del dispositivo provoca la convinzione di dover immediatamente rendere operativa la statuizione della Corte: di fatto i giudici di adegueranno al dispositivo divulgato, ad esempio non più applicando la norma la cui dichiarazione di incostituzionalità è stata annunciata", e i contributi pubblicati in *Il Forum. I comunicati stampa della Corte costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, 1/2020, 358 ss., oltre che A. CELOTTO, *I «comunicati stampa»*

Se indubbiamente si tratta di un processo costituzionale del tutto particolare (sul quale indubbiamente incidono il suo più o meno elevato grado di astrattezza e/o concretezza, la sua più o meno ampia autonomia rispetto ai giudizi *a quibus*, l’obiettivo specifico della tutela della cd. legalità costituzionale e dei diritti fondamentali) anche e soprattutto perché governato dalla Corte stessa, esso è pur sempre un giudizio “giurisdizionalizzato”, se si considerano alcuni (ben noti) indici, quali il necessario rispetto di tutta una serie di regole processuali, la motivazione delle decisioni, la “vivacità” di quello che si potrebbe chiamare “contraddittorio” davanti alla Corte data dalla partecipazione (pure non strettamente necessaria) delle parti vere e proprie e anche dei terzi e degli *amici curiae*, oltre che degli esperti, e i poteri istruttori (cui la Corte non fa ricorso significativo almeno dal punto di vista formale).

Certamente, l’evoluzione (e la crisi) del sistema dei partiti, unitamente al nuovo equilibrio (o squilibrio) fra Parlamento e Governo contribuiscono a delineare la necessità di una maggiore “presenza”, in particolare, dei supremi organi di garanzia come la Corte costituzionale (e il Presidente della Repubblica)¹².

aiutano o danneggiano la motivazione delle decisioni?, in *Giur. cost.*, 5/2009, 3728 ss., che sottolinea (in relazione alla sentenza n. 262 del 2009) come “Alcuni dei passaggi argomentativi appaiono [...] palesemente tesi a [...] «rispondere» alle svariate questioni e ai dubbi emersi sulla stampa d’opinione e tra gli addetti ai lavori nei giorni successivi al comunicato stampa”. E, quindi, se da un lato il “comunicato stampa serve a informare l’opinione pubblica e gli addetti ai lavori di quale sia la decisione della Corte”, dall’altro esso “- ancor più nelle decisioni ad alto impatto politico-istituzionale [...] - sviluppa tutta una serie di commenti e di dibattiti che, in una assurda circolarità, impattano sulla redazione della motivazione”. In definitiva, “la sentenza scritta dopo un esito annunciato con comunicato stampa è molto probabilmente diversa da quella che sarebbe stata scritta senza un previo comunicato stampa”.

A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., 278, dopo aver qualificato i comunicati stampa quale “arma formidabile di cernita e di segnalazione delle informazioni rilevanti, diretti alla costruzione di narrazioni ben focalizzate sull’istruzione e sulle sue attività”, sottolinea che “Prima della pronuncia, ma anche contestualmente alla sua pubblicazione, i comunicati tracciano sagome che non corrispondono (non possono corrispondere) ai contenuti di quella: o perché veicolano dati che potrebbero essere totalmente smentiti, configurandosi come notizie *al buio*, non essendosi ancora compiuto il processo deliberativo che porterà alla scrittura e all’approvazione della motivazione (che non potrà non svolgersi liberamente, senza alcun vincolo rispetto alla tesi cristallizzata nel comunicato); o perché, nel caso in cui la decisione sia stata depositata e il comunicato l’accompagni, la sintesi per la stampa non può che rappresentarne solo un profilo (né necessariamente quello qualificante, né quello esatto)”.

Su questi profili, inoltre, si vedano volendo le osservazioni svolte in B. LIBERALI, *Ancora sulla scelta del cognome dei figli (e sul complesso “rapporto fra Corte costituzionale e legislatore)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2023, 134 s., sul rapporto fra la comunicazione dell’esito del giudizio costituzionale, il deposito delle motivazioni delle decisioni e la successiva pubblicazione.

¹² Si veda, ancora, B. CARAVITA, *Alcune riflessioni sulla collocazione della Corte costituzionale nel sistema politico dopo la fase dello «smaltimento dell’arretrato»*, cit., 52, laddove sottolinea “come il nostro sistema politico non sappia più produrre, nemmeno nelle forme storicamente sperimentate, una unità orientata sui valori”: di conseguenza, la “forza” e la “vitalità” della Corte “può essere apprezzata appieno solo se essa opera nel contesto di un sistema istituzionale forte, capace di recepire gli stimoli, le indicazioni, le provocazioni che da essa provengono”. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit. 281 s., si sofferma sul rapporto con il Parlamento e il Governo e rinviene “il principale nodo” nella “lunga crisi di legittimazione [...] delle istituzioni della democrazia rappresentativa e la difficoltà (apparente o reale) del legislatore di rispondere alle domande sociali, di prestare tutela alle pretese soggettive, ai diritti vecchi e nuovi dell’essere umano e dei cittadini”, per concludere che l’inerzia legislativa non giustifichi “l’assioma (che molti considerano tale) secondo cui, nella crisi delle istituzioni di governo e dei partiti politici, una via d’uscita sia il ruolo di *supplenza* o, meglio, l’*attivismo* del giudice costituzionale (precipitato dell’analogia pretesa perseguita da

Questo riferimento si unisce alla necessità di tenere "presenti i mutamenti e le tendenze della forma di governo", conducendo a verificare la portata della posizione assunta e del ruolo svolto dalla Corte, di volta in volta, collocandosi essa "al crocevia di spinte politiche, di suggestioni riformatrici, di possibili diverse interpretazioni del testo costituzionale" e, dunque, "al punto di snodo di decisioni politiche"¹³.

Proprio per questo, in fondo, si ripropone "Ciclicamente" l'interrogativo "sul ruolo della Corte costituzionale nel nostro sistema istituzionale", al fine di "rilevare evoluzioni o mutamenti nel rapporto tra il giudice costituzionale e gli altri poteri dello Stato"¹⁴, che ha condotto, come noto, a individuare nelle trasformazioni dell'attività della Corte stessa "lo «sfarinamento» del fondamentale principio di divisione dei poteri, intaccandolo nel suo contenuto più geloso, quello della separazione tra governo e giurisdizione"¹⁵.

In questa prospettiva ci si è chiesti se si possa o meno "continuare a parlare della Corte come di un giudice [...] oppure si debba parlare di un legislatore": in questo ultimo caso, si è evidenziato, si dovrebbe forse parlare di "un rapporto tra due legislatori"¹⁶, proprio in ragione dell'evidente "salto di qualità avvenuto" con le nuove

una parte rilevante della magistratura). Quale che sia la causa di questa supplenza [...], quando la Corte l'assume, essa esercita al massimo grado un'attività politica di governo".

Occorre richiamare, a proposito del termine "supplenza", le efficaci riflessioni di A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 3/1980, 117, che riteneva che vi fosse nella maggior parte dei casi "una valutazione negativa dell'inerzia dei soggetti suppliti, la quale ha reso possibile o necessaria la supplenza, ed una valutazione positiva di quest'ultima" e che in "casi abbastanza frequenti" la supplenza fosse "valutata negativamente, ravvisandosi in essa un'inopportuna esorbitanza del soggetto in questione dall'ambito dei propri poteri e talora anche un'«interferenza» nella sfera di competenza propria dell'altro soggetto". Secondo l'A. vi sarebbe anche un "terzo possibile sviluppo delle valutazioni di questo genere [...] quando si afferma che l'attività di supplenza si è resa necessaria per risolvere una situazione che si presentava per un verso o per un altro come eccezionale, con la conseguenza che l'opera svolta risulta approvata o quanto meno giustificata a condizione che essa cessi una volta venuta meno la situazione che aveva reso necessario il ricorso ad essa". In questa prospettiva, sia nel secondo sia nel terzo caso la supplenza è evidentemente attività che "non rientrava nella competenza del soggetto che l'ha svolta": di conseguenza, secondo l'A., "è ovvio come sia di considerevole importanza valutare, in relazione ai casi di questo genere, se ci troviamo davvero di fronte ad un fenomeno di supplenza o di interferenza".

¹³ B. CARAVITA, *Alcune riflessioni sulla collocazione della Corte costituzionale nel sistema politico dopo la fase dello «smaltimento dell'arretrato»*, cit., 46.

¹⁴ R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757.

¹⁵ Il riferimento è ad A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., 268, il quale osserva anche che "l'attività funzionale, che la costituzione attribuisce ai giudici della Consulta, [...] non è affatto esente da risvolti politici: l'uso della Costituzione e l'esercizio delle attribuzioni da parte della giurisdizione costituzionale, almeno indirettamente, implicano sempre una domanda di legittimazione e di consenso politico".

Si rinvia ancora ad A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, cit., 117 s., a proposito delle ipotesi di "supplenza" o di "interferenza" della Corte costituzionale, prospettate sia nei confronti dei giudici comuni (soprattutto rispetto all'attività interpretativa) sia nei confronti del legislatore. L'A., peraltro, sottolineava che "Minore attenzione ha destato invece l'altro potere normativo primario che è stato esercitato dalla corte attraverso la produzione di «norme integrative» o di «regolamenti», nonostante che sia risultata ben presto evidente l'impossibilità di ricondurre questa attività normativa entro i limiti di un'attività puramente interna" (ivi, 118).

¹⁶ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, cit., 303.

tecniche decisorie sperimentate dalla Corte¹⁷. E, però, se di relazione fra due legislatori si dovesse trattare (“quello rappresentativo e quello non, quello ‘preferito’ e quello ‘secondario’ ma pur sempre competente”), “potrebbe al limite apparire addirittura fuori luogo chiamare in causa il principio di separazione dei poteri, sembrando doversi fare riferimento ai differenti principi applicati per delineare i rapporti tra soggetti appartenenti allo stesso potere”¹⁸.

Il nodo centrale da sciogliere, nell’indagare il “rapporto”, il “nesso” o la “dinamica” fra Corte e legislatore, in effetti, sembra appuntarsi sull’indagine intorno alla conformità (o meno) di queste innovazioni ai “principi del costituzionalismo ed in particolare quello di separazione dei poteri”¹⁹.

Da questo punto di vista, l’intervento sostitutivo (rispetto al legislatore) della Corte si potrebbe ritenere legittimato in ragione della “bontà dei risultati ottenuti”²⁰ in termini di tutela dei diritti fondamentali a discapito della separazione dei poteri. Efficacemente e condivisibilmente, invece, si è ritenuto che non vi possa essere “alcuno spazio per un bilanciamento tra i due principi e tanto meno nel senso di giustificare la violazione della separazione dei poteri in nome della tutela dei diritti”²¹.

2. Il ruolo della Corte nel sistema istituzionale: quali filoni

2.1. Premessa

Gli interventi della sessione, come si anticipava, prendono in esame diversi filoni, che riguardano le scelte e le modalità comunicative delle pronunce e dell’attività istituzionale della Corte (di cui si sono occupati, in particolare, Giuseppe Verrigno e Aniello Formisano), l’attività interpretativa dei giudici (su cui si sofferma Lucas Tregou Delvescovo), il rapporto con il legislatore (su cui vertono i contributi di Alessia Riccioli e Matteo Caldironi) e la tutela delle minoranze parlamentari e la democrazia interna dei partiti politici (di cui si sono occupati rispettivamente Daniele Camoni e Alicia González Moro).

Tutti gli interventi e, poi, gli scritti hanno contribuito, cogliendone importanti e distinti aspetti, a disegnare il complessivo e complesso ruolo svolto dalla Corte nel sistema istituzionale.

Considerandone l’eterogeneità, in questa sede si richiamerà qualche tratto di alcune relazioni, mentre ci si soffermerà in modo più diffuso su quelli che paiono

¹⁷ *Ibidem*, 319.

¹⁸ *Ibidem*, 334.

¹⁹ *Ibidem*, 319, in cui si richiama l’art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell’uomo e del cittadino del 1789.

²⁰ *Ibidem*, 320.

²¹ *Ibidem*, 321. L’A. specifica che il “rispetto della separazione dei poteri rappresenta infatti la cornice entro la quale tutti gli organi dello stato sono chiamati a svolgere le loro funzioni e l’obiettivo di garantire i diritti è prioritario e comune a tutti i poteri dello stato, ma nello spazio delineato ad ognuno di loro dalla cornice della separazione dei poteri”.

maggiormente indicativi di una (più generale) tendenza trasformativa della Corte costituzionale, che riguardano la comunicazione delle proprie attività (in particolare, dei contenuti delle decisioni) e le modalità di scelta intorno alle tecniche decisorie, in materie dove viene in rilievo sia la sfera di discrezionalità del legislatore sia fattori di "condizionamento esterno", come l'evoluzione della coscienza sociale e della scienza.

2.2. I vizi del procedimento legislativo, la tutela delle minoranze parlamentari, la democrazia interna ai partiti politici, il diritto vivente

Nella sua relazione, Daniele Camoni ha indagato in particolare il caso della sospensione in via cautelare del procedimento legislativo spagnolo, per porre in evidenza una serie di differenze sostanziali rispetto al nostro ordinamento che si appuntano sia sui procedimenti che possono instaurarsi davanti ai rispettivi Giudici costituzionali sia sulle soluzioni da essi individuate.

La differenza fondamentale viene rinvenuta nella circostanza che nel modello spagnolo non sembra potersi mettere in discussione la possibilità di un procedimento di sospensione cautelare laddove venga in rilievo la tutela di diritti fondamentali (compresi quelli delle minoranze parlamentari), mentre in quello italiano si pongono notevoli interrogativi rispetto allo stesso tipo di strumento da predisporre e regolamentare per la medesima finalità.

In modo particolarmente acuto, Camoni individua un "punto di contatto, relativo all'intreccio tra la protezione giurisdizionale delle minoranze parlamentari ed il ruolo che il Giudice costituzionale è chiamato a giocare rispetto al potere 'politico' (legislativo)". In questa prospettiva, l'Autore ritiene che "l'apertura della Corte costituzionale italiana [...] di una piccola porta al singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzioni per violazione – grave e manifesta – delle sue prerogative sembra dare rilievo alla latenza di un problema che, prima o poi, potrebbe esplodere in tutta la sua potenza", per concludere che sarebbe immaginabile la costruzione di uno strumento che disegni per le minoranze parlamentari un ricorso preventivo, "così da garantire [...] l'effettività piena della tutela, aprendo tuttavia ulteriori interrogativi in ordine all'esigenza di ampie riforme 'di sistema' del modello di giustizia costituzionale italiana".

In effetti, se pure questa strada potrebbe garantire la posizione delle minoranze parlamentari nella dinamica che ne caratterizza il rapporto con la maggioranza, questi ulteriori interrogativi sembrano concretizzare ostacoli (forse del tutto) insuperabili, laddove evidentemente essa potrebbe incidere sull'autonomia complessiva delle Camere, sulla stessa natura del giudizio costituzionale scardinandone l'impianto "solo" successivo e non preventivo e, infine, sul ruolo stesso della Corte costituzionale, con correlato rischio di una sua "politicizzazione" o strumentalizzazione, nel caso in cui si aprisse al ricorso diretto delle minoranze parlamentari. Come autorevolmente sottolineato si aprirebbe non una finestra, ma una porta: occorrerebbe, allora, pensare

una riforma complessiva, che comprenda, anche, la definizione di un vero e proprio Statuto delle opposizioni²².

In questa prospettiva, si può ritenere che la “previsione della sola via incidentale ed il mancato inserimento del ricorso delle minoranze parlamentari” abbiano “certamente meglio consentito alla Corte costituzionale di esprimere la sua vocazione ‘giurisdizionale’ e trovare quindi una determinata collocazione e legittimazione nel sistema istituzionale disegnato dalla Costituzione”²³.

Si è soffermata sulla giurisdizione costituzionale in relazione alla democrazia interna dei partiti politici Alicia González Moro, nella prospettiva comparata fra Italia e Spagna, partendo da una premessa particolarmente forte, secondo la quale di “fronte alle gravi ripercussioni della disaffezione dei cittadini, non sembra opportuno che i poteri pubblici stiano a guardare il declino delle formazioni politiche senza adottare misure per ricostruirne la legittimità”.

Con ciò, evidentemente, viene in particolare rilievo il dibattito relativo alla stessa regolamentazione dei partiti politici, con specifico riguardo al metodo democratico richiesto dall’art. 49 Cost., conducendo a interrogarsi sulla perimetrazione di questa stessa nozione rispetto alla stessa libertà di associazione e di organizzazione interna dei partiti²⁴.

In questa prospettiva, viene in rilievo quello che è stato definito “il progressivo intensificarsi delle ipotesi di trasformazione della *conflittualità politica*, presupposta dalla dimensione costituzionale dei partiti, in una *conflittualità giuridica*, estranea al modello di partito riconosciuto esistente al momento dei lavori della Costituente”²⁵.

²² R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 29, laddove pone l’interrogativo, «in prospettiva futura, se davvero possa ritenersi una migliore garanzia e protezione dei diritti fondamentali la previsione di un ricorso diretto al Giudice costituzionale rispetto ad un ricorso interno all’apparato giudiziario, il quale certamente può ritenersi esposto ai rischi di frammentazione e disomogeneità della tutela dovuti al carattere “diffuso” del potere giudiziario, ma al tempo stesso appare meno controllabile da parte del potere politico». Si vedano anche le precedenti notazioni in R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale del futuro (verso una maggiore valorizzazione e realizzazione dei caratteri «diffusi» del controllo di costituzionalità?)*, in *Foro it.*, 123/2000, 39 s., laddove sottolineava come «l’ampliamento delle forme di accesso in maniera ampia a gruppi o soggetti politici (come le minoranze parlamentari), senza la prefissazione di precisi limiti di materia né temporali, non potrebbero che aumentare il tasso di politicità dell’attività della Corte costituzionale, allontanandola inevitabilmente dal carattere giurisdizionale della stessa e correndo il rischio di uno schiacciamento della corte da parte della politica». Rispetto alla posizione delle minoranze politiche, ancora, l’A. rileva come sarebbe «Diverso se il ricorso delle minoranze parlamentari attenesse specificamente alla tutela del c.d. statuto delle opposizioni o fosse introdotto allo scopo di far valere vizi relativi al procedimento di formazione dell’atto normativo».

²³ *Ibidem*.

²⁴ Si rinvia per le molteplici ed eterogenee problematiche sottese ad A. POGGI, *La democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC*, 4/2015, 1 ss., oltre che a I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, in S. STAIANO, G. FERRAIUOLO, A. VUOLO (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di Governo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 191 ss., che si pone il centrale interrogativo sul “*se, ed a quali condizioni, il ricorso al metodo democratico interno si concilia con l’obiettivo di ridare centralità ai partiti politici e di attrezzarli a raccogliere le sfide della democrazia contemporanea*” (ivi, 191), per sostenere la tesi che “l’esigenza di democraticità interna in tanto va perseguita, in quanto (e solo in quanto) sia funzionale allo svolgimento dei compiti che l’ordinamento costituzionale attribuisce ai partiti” (ivi, 192).

²⁵ N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale*, in S. STAIANO, G. FERRAIUOLO, A. VUOLO (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di Governo*, cit., 266.

Proprio considerando che il "discrimine tra un *conflitto politico* e un *conflitto giuridico* sta nell'oggetto del confliggere, che nel primo caso è costituito dai *fini* programmatici del partito" e "dalle *regole* (pubblicistiche o privatistiche) che disciplinano le modalità di decisione dei suddetti fini programmatici o indirizzi (finanche attraverso l'uso strumentale del potere disciplinare)"²⁶. Quindi, il "conflitto *giuridico* non si risolve esclusivamente in una tensione tra una *persona* (iscritta al partito) ed il *gruppo*, quindi non si esaurisce nelle dinamiche proprie anche di altre formazioni sociali (art. 2 Cost.) o associazioni (art. 18 Cost.), potendo assumere la consistenza di un conflitto [...] tra una *minoranza politica* [...] ed il *gruppo*"²⁷. Tali caratteristiche del tutto peculiari del conflitto, che emergono dallo stesso art. 49 Cost., dunque, impongono di "ricostruire per i partiti un *modello costituzionale di giustiziabilità*, sia *interna* [...] sia *esterna*", e proprio in relazione a questa ultima si pongono le maggiori criticità rispetto alla sottoposizione dei partiti politici "ad un sindacato sulla propria *auto-nomia*"²⁸, in un contesto che ha indiscutibilmente registrato quella che si è definita una "teoria della negazione radicale della tutela giurisdizionale avverso gli atti dei partiti", con affermazione di una sorta di "*difetto assoluto di giurisdizione*"²⁹.

Come è noto, l'individuazione successiva della giurisdizione naturale per i partiti politici in quella civile si è giustificata considerando la natura di soggetti privati di questi ultimi, nonché l'applicabilità del diritto dei contratti: più specificamente e condivisibilmente, si è rintracciato il fondamento della "*giurisdizione naturale* dei partiti" nella "ricostruzione della natura del partito (soggetto privato) e sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive (poteri privati/interessi legittimi), alla luce delle quali il giudice civile, nel rispetto degli artt. 24, 102, 103 Cost., conosce dei *conflitti* nei e dei partiti, secondo un diverso modello"³⁰.

Permangono, evidentemente, tutta una serie di profili problematici, che attengono ai limiti – meramente procedurali oppure di merito – del sindacato sulle decisioni assunte all'interno dei partiti politici, che inducono a tornare a ragionare sull'interpretazione combinata degli artt. 49 e 24 Cost., nella ricerca di un (difficile) equilibrio fra l'autonomia da garantirsi ai partiti e la necessità di una tutela giurisdizionale effettiva. Questi profili problematici sembrerebbero forse accentuarsi, laddove si attribuisse la relativa competenza alla Corte costituzionale, come sembra adombrare, fin dal titolo del suo contributo ("La democrazia interna dei partiti politici davanti alla giurisdizione costituzionale"), González Moro.

Dell'individuazione di questo bilanciamento, evidentemente, dovrebbe farsi carico il legislatore, attraverso l'approvazione di una regolamentazione che definisca le

²⁶ N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici*, cit., 267.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici*, cit., 267 s.

²⁹ N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici*, cit., 282, che sottolinea come, di fatto, si sia determinata una "primazia assoluta dell'art. 49 Cost. sull'art. 24 Cost., e più in generale, del ruolo costituzionale del partito su un elemento costitutivo della forma di Stato".

³⁰ N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici*, cit., 285, che pure si sofferma sul "possibile *contributo indiretto* della giurisdizione amministrativa" e sulla "*giurisdizione della Corte dei conti in sede di responsabilità per danno erariale* [...], conseguente agli atti dei partiti o ai singoli atti o comportamenti degli iscritti" (ivi, 285 s.).

“regole di giustiziabilità, la perimetrazione dei poteri del giudice e quindi delle tecniche di tutela”, che, in definitiva, “costituiscono esse stesse un baluardo per l’autonomia partitica rispetto ai protagonismi giudiziari”³¹.

Infine, il contributo offerto da Lucas Tregou Delvescovo mira a fornire una interessante chiave di lettura della “dottrina italiana del diritto vivente”, quale “risorsa” per il *Conseil Constitutionnel*, approfondendo una tematica senz’altro centrale, che ha registrato nel corso del tempo una evoluzione rilevante nel modo di intendere la stessa attività interpretativa innanzitutto affidata ai giudici comuni (e alla Corte di cassazione) e poi anche (pur con le evidenti specificità che la caratterizzano) alla Corte costituzionale.

Proprio in relazione al ruolo svolto da quest’ultima emergono due ulteriori profili di interesse: uno più specifico che riguarda la “costruzione” dell’interpretazione costituzionalmente conforme e le modalità con le quali la Corte stessa valuta il percorso argomentativo delineato nelle ordinanze di rimessione sul punto (anche in rapporto con il cd. diritto vivente); l’altro più generale che riguarda il “rapporto” (o la “dinamica”) che si instaura fra Corte costituzionale e giudici comuni.

Di quest’ultimo, che, come è stato efficacemente notato, “riverbera immediatamente i suoi effetti anche lungo l’asse che collega il giudice costituzionale al legislatore”³², è noto che si possa “scrivere in tanti e diversi modi, seguendo molteplici prospettive ed intendimenti”, tanto che l’analisi del “rapporto della Corte costituzionale con l’autorità giudiziaria nel sistema istituzionale può voler dire [...] analizzare tutto il processo costituzionale”³³.

Come è stato efficacemente sottolineato, in effetti, si può ritenere che tale rapporto sia “costante e insistente”, “caratterizzando, in modo diverso ma continuo, tutte le fasi del processo, nonché il seguito delle sentenze”³⁴ e che, in fondo, il giudice comune rivesta il ruolo di “«portiere» e collaboratore essenziale della corte (e quindi co-autore del risultato finale)”³⁵.

3. La comunicazione istituzionale: la necessità di mantenere la “giusta distanza”

Come si è anticipato, i profili maggiormente indicativi di una “trasformazione” (o “evoluzione”) delle modalità con cui la Corte costituzionale svolge la propria attività

³¹ N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici*, cit., 310 s., che ritiene necessaria l’adozione di un “rito processuale speciale [...] sottratto alle fluttuazioni ermeneutiche” che sia in grado di “rendere prevedibile il processo e quindi stabile lo stesso fondamento del bilanciamento tra *autonomia* e *sindacato giurisdizionale*” (ivi, 310).

³² A. RUGGERI, *Corte costituzionale e parlamento (in chiaroscuro)*, in *Foro it.*, 123/2000, 22, che in modo specifico pone in relazione non solo il rapporto della Corte con i giudici e il legislatore, ma anche quello fra il modo con cui la prima utilizza il diritto vivente e l’interpretazione conforme a Costituzione, oltre che il modo con cui “li pone in reciproco rapporto”.

³³ G. AZZARITI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria (del giudice costituzionale come giudice)*, cit., 33.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale del futuro*, cit., 42.

istituzionale (e, dunque, non di una trasformazione propria *della Corte*) sembrano poter essere individuati, fra quelli che emergono dai contributi della sessione, innanzitutto con riferimento alla comunicazione istituzionale, che si collega all’ulteriore profilo problematico relativo alla (asserita) necessità per la Corte di individuare una propria, ulteriore (forse più solida?) legittimazione nello svolgimento delle funzioni³⁶.

In questa prospettiva, la comunicazione non sarebbe “solo il modo per *far conoscere* soggetto e attività; ma, proprio per la sua natura relazionale, soprattutto lo strumento per *posizionare* il comunicante nel contesto sociale di riferimento”: come gli “organi politici hanno bisogno di comunicazione per esistere, alimentandosi del consenso che essi stessi producono”, così avverrebbe per la Corte costituzionale, considerando che “la sua storia è anche la narrazione di un processo comunicativo che si è andato sviluppando e perfezionando nel tempo, le cui trame hanno intrecciato e intrecciano continuamente i fili comunicativi tirati dagli stessi titolari dell’attività di governo”³⁷.

D’altra parte, attraverso il comunicato stampa avente a oggetto il dispositivo di una decisione della Corte, certamente si intende “fornire una informazione del contenuto, evitando fughe di notizie, travisamenti, strumentalizzazioni o errate letture”³⁸.

Per soppesare la portata della comunicazione – che può avere a oggetto le più diverse attività, anche non strettamente legate alle prerogative costituzionali della Corte – occorre considerare il suo più diretto effetto: effetto che può considerarsi, in fondo “tutto sommato relativo e marginale”, laddove rivolta agli studiosi e agli accademici; oppure qualitativamente differente, invece, nei confronti dell’opinione pubblica, poiché “in questo ambito [...] comunicare serve per *legittimare*”, attenendo “al *processo di legittimazione* sia della Corte costituzionale sia della sua attività, [...] funzionale e istituzionale”³⁹.

Opportunamente Verrigno nel suo contributo richiama la relazione tenuta del Presidente della Corte costituzionale Lattanzi in occasione dell’incontro di studio con il Tribunale costituzionale federale della Germania, svoltosi nel giugno del 2019 a Karlsruhe in Germania.

In quel documento il Presidente Lattanzi sottolinea che la Corte ha “una tradizione di apertura alla società che risale alla sua nascita”⁴⁰, fin dall’istituzione dell’ufficio

³⁶ Si vedano, da ultimo, le considerazioni svolte da F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale e la sua comunicazione*, in *Quad. cost.*, 1/2023, 15 ss., e da R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, ivi, 45 ss., oltre che di M. C. GRISOLIA, *Corte costituzionale ed opinione pubblica: un “cambio di passo” ormai necessario*, ivi, 48 ss., A. SAITTA, *La comunicazione istituzionale del giudice delle leggi come pedagogia costituzionale*, ivi, 53 ss., e N. LUPO, *Qualche ipotesi alla base della nuova stagione comunicativa della Corte costituzionale*, ivi, 42 ss.

³⁷ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., 274.

³⁸ R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, cit., 55.

³⁹ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., 275.

⁴⁰ Si vedano i riferimenti storici riportati da A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul complesso rapporto tra corti, media ed opinione pubblica*, in *Forum cost.*, 1/2023, 126, laddove ricorda che nel 1983 Leopoldo Elia nella conferenza annuale della Corte aveva ricordato come la presenza della stessa nella vita nazionale fosse legata alla percezione offerta dalla stampa.

stampa e della conferenza stampa tenuta ogni anno come "momento di bilancio della propria attività e di interlocuzione con il mondo esterno".

A partire da questi strumenti, però, si rileva la "necessità di strutturare in modo stabile la comunicazione esterna, in funzione degli obiettivi di trasparenza e conoscenza della Corte e di accessibilità dei suoi atti": ecco che, in questa prospettiva, si esplicita il collegamento con l'obiettivo di "essere sempre accompagnata dalla fiducia dei cittadini". Riscontrata una carenza di conoscenza della stessa istituzione, che avrebbe determinato, in fine, una "vera e propria crisi di fiducia", "nonostante", in generale, "il patrimonio di valori comuni e condivisi che" le istituzioni "rappresentano".

Ecco che il Presidente Lattanzi, in modo significativo, dopo aver affermato che "la comunicazione della Corte assolve anche al compito di far ritrovare questi valori e di colmare o ridurre la distanza tra le istituzioni e i cittadini, che, per quanto riguarda le decisioni della Corte, è spesso alimentata dalla loro complessità e dalla tecnicità del linguaggio adottato", ritiene che la "comunicazione [...] non passa attraverso l'interpretazione, a volte tendenziale, o il commento di terze persone ma proviene direttamente dalla Corte", contribuendo "alla formazione di un'opinione pubblica informata e quindi al miglioramento del dibattito e della qualità della democrazia"⁴¹.

In tale prospettiva allora si delinea "l'esigenza di rafforzare stabilmente la comunicazione esterna, non solo con comunicati ma anche con altre iniziative informative che, con un linguaggio accessibile, pur mantenendo sempre un tono istituzionale, rendano più facilmente conoscibile e comprensibile" l'attività della Corte, giungendo, addirittura, ad affermare che come avviene per "tutte le novità, soprattutto se riguardano ambienti chiusi, come quello dei giuristi, la prassi strutturata dei comunicati è stata accolta con un po' di insofferenza o di diffidenza".

Le modalità di comunicazione (anche anticipatorie) relative ai contenuti delle pronunce e, più in generale, alle attività istituzionali con ogni evidenza negli ultimi tempi sono state ulteriormente influenzate dagli "strumenti" e dalle "strategie comunicative [...] più efficaci, più pervasivi, più rapidi, anche in conseguenza degli sviluppi tecnologici" e che si sono trasformate in "nuove iniziative"⁴².

Le nuove modalità comunicative e le nuove iniziative, che, come si è detto, hanno quali obiettivi la diffusione dei contenuti delle pronunce, la conoscenza delle attività istituzionali della Corte e, in fondo, la ricerca di una più solida legittimazione, attraverso la materiale "protezione" del proprio messaggio⁴³, che si articola in un doppio binario che lega il rapporto sia con i media sia con l'opinione pubblica e i cittadini, possono svilupparsi secondo diverse linee direttrici ciascuna delle quali sembra presentare, come si cercherà di mostrare, qualche profilo di criticità.

⁴¹ Nella citata relazione, il Presidente della Corte prosegue sottolineando la maturazione "in noi giudici" anche della consapevolezza della "necessità di 'uscire dal Palazzo', non solo per farci conoscere ma anche per conoscere, per farci capire ma anche per capire. Non certo per un'autocelebrazione e tanto meno per un protagonismo, ma perché farsi conoscere e farsi capire significa innanzi tutto far conoscere e far capire la Costituzione", contribuendo a "mantenere vivi i valori costituzionali e a far crescere la cultura e la coscienza civile del Paese".

⁴² A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul complesso rapporto tra corti, media ed opinione pubblica*, cit., 128.

⁴³ *Ibidem*.

Esse possono definirsi quali “protezione come *trasmissione* di un’informazione veritiera, accurata (ed oggi anche tempestiva) sulle singole pronunce”, “protezione come *trasmissione* di un messaggio più vasto che trascende il senso delle singole pronunce e si propone di illustrare il ruolo complessivo delle corti e il loro impatto sulla vita dei cittadini”, “protezione come *promozione* dei valori costituzionali di cui le corti sono interpreti e garanti” e “protezione come *promozione* delle stesse corti costituzionali o dei singoli giudici che le compongono”⁴⁴.

Da questi primi rilievi, che tengono conto anche di quanto autorevolmente sostenuto dal Presidente della Corte medesima proprio in ordine alla comunicazione esterna, emergono tutta una serie di interrogativi, colti da Verrigno nel suo contributo, che possono differenziarsi ulteriormente a seconda che si considerino i comunicati stampa cd. anticipatori rispetto al deposito delle motivazioni delle decisioni oppure quelli successivi, che spiegano diffusamente il contenuto delle pronunce.

Nel primo caso, come si è già posto in evidenza nelle osservazioni introduttive, si pongono non pochi problemi sia in ordine al percorso motivazionale che poi verrà seguito dalla Corte costituzionale nella stesura della decisione (che evidentemente potrà anche tenere conto, come avvenuto con la sentenza n. 131 del 2022, degli eccentrici effetti che il comunicato ha determinato prima del deposito delle motivazioni), sia rispetto alla scelta dei parametri costituzionali, nel caso in cui si sia pervenuti a una decisione di accoglimento (poiché in tal caso il comunicato stampa che espliciti i parametri su cui si fonda la dichiarazione di incostituzionalità e quelli sui quali, al contrario, la Corte decide di non superare la soglia dell’ammissibilità può potenzialmente impedire una rimediazione sul punto).

Con riguardo a questo tipo di comunicato, lo stesso Presidente della Corte, nella già citata relazione, rileva che esso “non si limita più ad anticipare il contenuto del dispositivo ma cerca di tradurlo in un linguaggio divulgativo e soprattutto di fornire qualche indicazione sulle ragioni della decisione per spiegarne il senso”: con ciò, quindi, si può porre un ulteriore elemento di (potenziale) criticità, laddove, evidentemente, nelle stesse intenzioni dei giudici che comunicano l’esito del giudizio costituzionale, si mira a dire, in fondo, qualcosa di più rispetto al solo dispositivo e qualcosa di meno o di diverso rispetto alle successive (e definitive) motivazioni. La ragione giustificativa di questa modalità di comunicazione anticipatoria ed esplicativa che viene individuata dal Presidente della Corte consiste nello scongiurare il rischio di, “almeno finora, non solo ‘fughe di notizie’, incontrollate e spesso pilotate, ma anche manipolazioni o letture superficiali, se non strumentali, della decisione”. Le fughe di notizie, le manipolazioni e le letture superficiali, però, se non sembrano potersi in ogni caso eliminare, potrebbero ulteriormente determinarsi proprio nell’arco temporale che separa la pubblicazione del comunicato stampa e il successivo deposito delle motivazioni.

⁴⁴ *Ibidem*. L’A. chiarisce come “i primi tre modi di intendere il senso della comunicazione e della trasparenza delle corti costituzionali siano non solo quelli che esse hanno perseguito sin dalla loro istituzione, ma altresì quelli più confacenti al loro ruolo”, mentre la quarta declinazione consistente nell’autopromozione sia “quella più problematica sul piano della legittimazione delle corti stesse”.

Nel secondo caso, emerge l’interrogativo di fondo di più ampio respiro circa la necessità (o anche “solo” l’opportunità) che sia proprio la Corte a essere interprete e divulgatrice delle proprie stesse decisioni⁴⁵. Più in particolare, si pongono i temi – già anticipati sommariamente - in ordine all’individuazione del “mediatore comunicativo” fra l’organo costituzionale e l’opinione pubblica e alla asserita necessità di rafforzare la legittimazione del primo al cospetto della seconda.

Anche questo tipo di comunicato viene preso in considerazione nella già menzionata relazione del Presidente della Corte, che si sofferma sul “criterio di scelta” delle decisioni destinatarie della comunicazione: esso sarebbe “elastico, nel senso che il comunicato non si fa per tutte le sentenze ‘importanti’ [...], ma si fa quando la sentenza costituisce una ‘notizia’, che può anche essere rappresentata da un passaggio significativo della motivazione, da segnalare e valorizzare per evitare che sfugga alla generalità dei cittadini o sia manipolato oppure strumentalizzato”. Analogamente alle considerazioni critiche relative alle ragioni giustificative addotte in ordine ai comunicati che anticipano i contenuti delle pronunce, anche in relazione a quelle poste per i comunicati “contestuali” emergono non pochi profili di criticità, considerando le stesse modalità con cui avviene la relativa selezione (non solo delle questioni “importanti”, ma anche degli specifici passaggi delle relative decisioni).

In entrambi i casi viene specificamente in rilievo un ulteriore e significativo aspetto connesso al carattere divulgativo e conoscitivo, ossia “il rilievo essenzialmente extraprocessuale o ‘esterno’ della motivazione delle pronunce costituzionali”⁴⁶.

Proprio considerando “la motivazione che sostiene la decisione [...] rivolta all’intero ordinamento giuridico, all’ambito istituzionale dei poteri, e, più in generale, a tutti gli ‘utenti’ della giustizia costituzionale”, essa “appare come ciò che regge la ‘forza’ della pronuncia costituzionale, la sua autorevolezza e persuasività”: in definitiva, è, “da sempre, lo strumento essenziale per la costruzione della legittimazione della Corte nell’ordinamento”⁴⁷.

Ecco che allora, tenendo conto della portata intrinseca ed estrinseca dei percorsi argomentativi che sostengono le pronunce costituzionali, il pur significativo profilo della ricerca di una (ulteriore, rispetto a quella conferita direttamente dalle disposizioni costituzionali) legittimazione della Corte si salda, condivisibilmente e più

⁴⁵ Si vedano le considerazioni svolte da N. ZANON, *Introduzione*, in M. LOSANA, V. MARCENÒ (a cura di), *Come decide la Corte dinanzi a questioni “tecniche”*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino, 2020, 24, laddove sottolinea che anche nel caso in cui dalla giurisprudenza (“in quanto costante e coerente”) “si possano trarre ‘messaggi’, essi dovrebbero essere comunque raccolti e sistematizzati non tanto dalla stessa Corte ma da altri, dalla dottrina in primo luogo”. E, infatti, “Più discutibile [...] è che essi siano oggetto di ‘predicazione’ da parte di giudici costituzionali che escono dal palazzo, ‘si aprono’ alla società civile e diffondono il ‘verbo’ (ma quale?)”. Tali considerazioni conducono l’A. a ritenere che si tratti di “una minimale applicazione del principio della separazione dei poteri; nel senso che una volta che la Corte ha deciso una data questione”, non è certo che essa “possa altresì arrogarsi il potere di diffondere, spiegare, commentare, approfondire il senso di quella stessa decisione”.

⁴⁶ N. ZANON, *Introduzione*, cit., 22.

⁴⁷ *Ibidem*.

correttamente, con le modalità connesse all'esercizio delle proprie funzioni, dovendo di conseguenza mantenersi "la giusta distanza"⁴⁸.

4. La Corte costituzionale fra evoluzione della coscienza sociale, moniti al legislatore e nuove tecniche decisorie

Un secondo profilo di interesse, come si è anticipato, riguarda la "posizione" della Corte costituzionale nel sistema istituzionale nella specifica (e inevitabile) "relazione" con il legislatore. A questo proposito, vengono in rilievo le modalità con cui la Corte definisce le questioni che attengono ai diritti fondamentali (fra i quali si possono individuare quelli che vengono definiti "nuovi diritti") sia con riguardo, evidentemente, al merito delle decisioni che la stessa Corte assume (con le conseguenti riflessioni problematiche che possono svolgersi in ordine alla perimetrazione del sindacato costituzionale rispetto alla sfera di discrezionalità del legislatore), sia con riferimento alla scelta delle tecniche decisorie che si adattano alle specificità delle medesime questioni sollevate (con ulteriori profili di interesse, rispetto alla loro "modulazione" o "evoluzione").

A questo proposito, risultano significative alcune ben conosciute vicende, che costituiscono un privilegiato campo di indagine in ordine a tali aspetti, ossia quello più propriamente di merito e quello processuale relativo alle tecniche decisorie che inevitabilmente si intrecciano e si influenzano vicendevolmente.

In effetti, il ricorso a nuove tecniche decisorie è funzionale, in fondo, all'obiettivo di "riperimetrare" sostanzialmente i confini del sindacato costituzionale nella complessiva e complessa dinamica che lega la Corte al legislatore, in costanza di un rilevato (da parte della prima) mutamento della coscienza sociale oppure dell'evoluzione scientifica (non "intercettato" prontamente dal secondo).

4.1. La nuova tecnica decisoria inaugurata in materia di aiuto al suicidio

Le questioni sollevate in materia di aiuto al suicidio hanno offerto l'occasione alla Corte costituzionale non solo per definire precisamente le condizioni del soggetto che viene aiutato nell'esecuzione del proposito suicidario che rendono penalmente irrilevante la condotta dei terzi, ma anche per innovare il proprio strumentario decisorio, con una combinazione di pronunce. Con l'ordinanza n. 207 del 2018 la Corte ha anticipato sostanzialmente e puntualmente i profili di criticità circa la tenuta dal punto

⁴⁸ N. ZANON, *Introduzione*, cit., 22, che, ancora, sottolineando il carattere di strumento essenziale della motivazione ai fini della costruzione della legittimazione della Corte costituzionale, afferma come essa sia certamente "una considerazione scontata", ma che sia "tanto più necessario ripeterla, nel momento in cui la Corte costituzionale stessa sembra cedere all'idea che la propria legittimazione dipenda anche da altro, ad esempio dalle cd. 'aperture alla società civile', in particolare (ma non solo) dai 'viaggi' all'esterno del proprio palazzo, soprattutto nelle carceri, o dall'utilizzo 'disinvolto' dei comunicati-stampa o dei cd. *social*". In tale prospettiva, quindi, "la Corte costituzionale, come del resto tutti gli organi giudiziari o affini, dovrebbe esprimersi essenzialmente attraverso le proprie pronunce".

di vista costituzionale della disposizione censurata, demandando al legislatore il compito di intervenire entro un preciso arco di tempo al termine del quale la Corte fissa la nuova udienza pubblica di trattazione delle medesime questioni, restando sospeso il giudizio *a quo*. Con la seconda decisione, ossia la sentenza n. 242 del 2019, verificata la perdurante inerzia del legislatore, la Corte ha deciso di confermare e rendere effettiva la dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Con l'ordinanza n.207, in particolare, la Corte costituzionale accerta diversi profili di illegittimità costituzionale, pur riconoscendo la necessità di un intervento puntuale del legislatore. Considerando la delicatezza della materia (il cd. fine vita, nella specifica declinazione dell'aiuto al suicidio) e la possibilità di individuare, in concreto, anche diverse soluzioni di regolamentazione, la Corte decide di sospendere il proprio giudizio, rinviando a una nuova udienza la trattazione delle questioni sollevate, proprio per permettere al legislatore, nelle more, di intervenire recependo, evidentemente, le indicazioni specificamente fornite dalla Corte.

Come è altrettanto noto, il legislatore non è affatto intervenuto in materia riconoscendo, per esempio, un vero e proprio diritto di accesso all'aiuto al suicidio oppure limitandosi a recepire i contenuti dell'ordinanza n. 207 e, quindi, a rendere non più penalmente rilevante la condotta dei terzi che aiutano al suicidio coloro che si trovano nelle specifiche condizioni di salute fisica e psichica individuate dalla Corte. Quest'ultima, quindi, riaprendo il proprio giudizio, ha confermato con la sentenza n. 242 del 2019 – pur con qualche differenza che attiene soprattutto al coinvolgimento dei comitati etici – i contenuti della precedente pronuncia.

Nella ricerca di equilibrio fra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale, per di più nella delicata materia penale, la Corte costituzionale non ha rinunciato al proprio intervento, considerando la gravità delle violazioni prospettate.

Allo stesso tempo, però, occorre rilevare come la specifica individuazione delle condizioni del paziente che, proprio a seguito della decisione della Corte, legittimano la condotta di aiuto al suicidio dei terzi, se pure aderente al caso concreto dal quale le questioni hanno avuto origine, determina una differenziazione (forse irragionevole) nel trattamento riservato a coloro che rientrano perfettamente nella categoria di pazienti disegnata dalla sentenza n. 242 e coloro che, invece, non vi rientrano a causa, in particolare, della mancanza di un trattamento di sostegno vitale oppure perché non sono in grado di compiere l'ultimo atto idoneo a concretizzare l'intento suicidario (rendendosi in questi casi necessaria una condotta da parte dei terzi "attiva" e non "solo" di aiuto o sostegno al suicidio).

Proprio tale rilievo lascia permanere un elevato grado di problematicità, non tanto in relazione alla sentenza n. 242 del 2019 della Corte che risulta già perfettamente autoapplicativa (nel rendere, appunto, non più penalmente rilevante la condotta dei terzi che acceda alla condizione del soggetto che si trova in quella determinata condizione), quanto rispetto alla costruzione di un eventuale vero e proprio diritto di accesso alla prestazione dell'aiuto al suicidio e, tendendo conto delle differenze di condizioni in cui gli individui possono trovarsi, di un eventuale vero e proprio diritto di accesso alla morte medicalmente assistita.

La nuova tecnica decisoria, con la quale la Corte evidentemente erroneamente ha inteso (e intende ancora, avendovi fatto ricorso anche successivamente in relazione ad altre questioni) di poter ottenere una reazione tempestiva e puntuale da parte del legislatore ha mostrato di non poter ottenere l’effetto sperato.

A questo proposito, certamente, occorre considerare che l’inerzia del legislatore potrebbe ben considerarsi come espressiva di quella stessa discrezionalità che pure gli viene riconosciuta e, dunque, ben potrebbe non essere affatto “definita tale, con evidente giudizio di valore negativo”, ma qualificata come “volontà di conservazione di un assetto giudicato non negativamente”⁴⁹.

4.2. La lunga “saga” del patronimico

L’altrettanto ben nota vicenda dell’attribuzione del cognome ai figli, culminata con la sentenza n. 131 del 2022 con cui la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 262, primo comma, c.c., nella parte in cui prevedeva, nel caso di riconoscimento da parte di entrambi i genitori, che il figlio assumesse il cognome del padre, anziché i cognomi dei genitori nell’ordine da essi concordato, salvo sempre l’accordo per attribuire solo uno dei due cognomi⁵⁰, offre ulteriori spunti di riflessione per arricchire il quadro della complessiva dinamica.

Le questioni (molteplici ed eterogenee) che nel corso del tempo sono state sollevate alla Corte costituzionale a partire dal 1988 pongono in rilievo una evidente evoluzione sia nella scelta della tecnica decisoria, sia nel merito delle relative pronunce.

A partire dalle prime decisioni di (manifesta) inammissibilità delle questioni, alla luce della riconosciuta sfera di discrezionalità da riconoscersi in capo al legislatore in materia⁵¹, la Corte, sempre e in misura maggiore valorizzando il riferimento all’evoluzione della coscienza sociale, giunge con la sentenza n. 61 del 2006 a rivolgere un chiaro monito nella direzione della necessaria rimeditazione della disciplina, per poi dichiarare per la prima volta, con la sentenza n. 286 del 2016, l’illegittimità

⁴⁹ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 9, che, peraltro, sottolineando come si sostenga “non di rado che tale inerzia legittimerebbe la supplenza giudiziaria nell’affermazione del diritto”, afferma come vi sia “in tale argomento una singolare inversione concettuale. Quando si sostiene che il silenzio o l’inerzia del legislatore nell’accogliere il nuovo diritto o il nuovo valore legittimerebbero l’innovazione giurisprudenziale anche *praeter legem* (o addirittura *contra legem*) (senza per ora considerare se ci si riferisca ai giudici costituzionali o comuni: ma sono casi molto diversi), si dimentica la banale verità che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nell’espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell’ordinamento. Inoltre, quel che non si decide in sede parlamentare, non per ciò solo va deciso in altre sedi, perché bisognerebbe in primo luogo chiedersi se la mancata decisione non racchiuda in realtà una decisione negativa, comunque da rispettare” (ivi, 9 s.).

⁵⁰ Con la stessa decisione la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale in via consequenziale anche delle previsioni che prevedevano che il figlio nato nel matrimonio assumesse il cognome paterno anziché quello di entrambi i genitori e che il figlio adottato assumesse il cognome del marito anziché quello di entrambi gli adottanti (sempre nell’ordine da loro concordato e salvo diverso accordo).

⁵¹ Corte cost., ordinanze nn. 176 e 586 del 1988.

costituzionale delle disposizioni che non permettevano ai coniugi di comune accordo di trasmettere ai figli al momento della nascita anche il cognome materno⁵².

Nel 1988, infatti, nella prima ordinanza la Corte già sottolineava che “sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all’evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell’autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall’art. 29 Cost., anziché avvalersi dell’autorizzazione a limitare l’uno in funzione dell’altro”. Con la seconda pronuncia la Corte in modo forse ancora più incisivo afferma che il limite posto all’uguaglianza dei coniugi non violi l’art. 29 Cost., “in quanto utilizza una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell’unità della famiglia fondata sul matrimonio”: proprio la coscienza sociale e il costume sociale rende quindi ragionevole la compromissione del principio di uguaglianza fra i coniugi, nella prospettiva di garantire l’unità della famiglia.

Nella sentenza n. 61 del 2006, confermando l’inammissibilità di analoghe questioni, la Corte sottolinea in modo particolare la consistenza dell’arco temporale intercorso dall’ultima pronuncia in materia, soffermandosi ancora sulla coscienza sociale. Secondo la Corte, a distanza di diciotto anni “non può non rimarcarsi che l’attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell’ordinamento e con il valore costituzionale dell’uguaglianza tra uomo e donna”.

Ecco che la Corte, proprio valorizzando il tempo trascorso e le considerazioni già svolte nel 1988, ritiene, in definitiva, che la regola della trasmissione del cognome paterno non possa più considerarsi coerente con i principi costituzionali. È però significativo che la Corte, nonostante questa valutazione, decida di non pervenire a una dichiarazione di illegittimità costituzionale e di dichiarare (ancora una volta) l’inammissibilità (per la prima volta) con una sentenza (e non con una ordinanza): tale forma della decisione è particolarmente rilevante se si considerano, appunto, le argomentazioni di merito che la Corte tiene comunque a inserire nella motivazione di inammissibilità delle questioni sollevate. L’argomento assorbente che non consente alla Corte, in quella occasione e pur tenendo conto del rilevante tempo trascorso, consiste, in definitiva, nella possibile individuazione di diverse soluzioni normative, rispetto alle quali la Corte non può evidentemente sovrapporre proprie valutazioni politico-discrezionali.

L’evoluzione della coscienza sociale si riflette, dunque, in un mutamento nell’interpretazione dei parametri costituzionali che vengono in rilievo, in assenza di un mutamento normativo, conducendo successivamente la Corte a ritenere non più ammissibile una simile disciplina.

⁵² Con la medesima pronuncia la Corte in via consequenziale dichiara l’illegittimità costituzionale anche delle previsioni che non permettevano ai genitori che fossero d’accordo di trasmettere al figlio alla nascita anche il cognome materno e ai coniugi in caso di adozione di attribuire il cognome anche della madre adottiva al momento dell’adozione.

Essa, infatti, proprio considerando tali profili, con la sentenza n. 286 del 2016 introduce la previsione della possibile aggiunta del cognome materno al momento della nascita del figlio, rilevando che a “distanza di molti anni [...], un ‘criterio diverso, più rispettoso dell’autonomia dei coniugi’, non è ancora stato introdotto”. La perdurante impossibilità di trasmettere anche il cognome materno si traduce – proprio alla luce del tempo trascorso, dell’evoluzione del costume sociale e, in fondo, delle stesse decisioni precedenti della Corte che non hanno determinato alcuna attivazione effettiva da parte del legislatore – nella violazione del diritto all’identità personale del minore e del principio di uguaglianza fra coniugi, che non si giustifica nemmeno ricorrendo all’esigenza di garantire l’unità familiare.

Anche in questa decisione, peraltro, la Corte tiene a richiamare, in ogni caso, il legislatore al suo dovere di intervento, soprattutto per regolare l’ipotesi in cui i genitori non pervengano a un accordo sulla trasmissione del cognome anche materno (permanendo in questo caso la regola del patronimico). Con espressioni particolarmente incisive la Corte afferma che si resta “in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità”.

Proprio la considerazione per la quale risulta non più differibile un intervento del legislatore, che sia idoneo a regolamentare complessivamente e organicamente l’intera materia dell’attribuzione del cognome ai figli, induce in fondo la Corte con l’ordinanza n. 18 del 2021 a sollevare davanti a sé stessa la questione ritenuta “logicamente pregiudiziale e strumentale per definire le questioni sollevate dal giudice a quo”: la questione è stata poi definita nel senso della illegittimità costituzionale dell’art. 262, primo comma, c.c., che prevedeva l’assunzione del cognome del padre, anziché quella dei cognomi di entrambi i genitori, nell’ordine da loro concordato, salvo l’accordo per attribuire solo un cognome.

Il trascorrere del tempo che ha inciso – grazie alla trasformazione della coscienza sociale – anche sull’interpretazione dei parametri costituzionali induce la Corte a ritenere, in via definitiva, che la regola del patronimico rappresenti “il lascito di una visione discriminatoria”, che “non è più tollerabile” (proprio) a “fronte dell’evoluzione dell’ordinamento”.

Tale mutamento storico-sociale incide, dunque, sull’interpretazione degli artt. 3 e 29, secondo comma, Cost., anche tenendo conto della riforma del diritto di famiglia del 1975 e di quella della filiazione del 2012 e 2013. Per la Corte, la prima è frutto di quella stessa evoluzione sociale, pur non incidendo sull’attribuzione del cognome, ma contribuendo “a mettere a fuoco il senso del rapporto fra eguaglianza e unità familiare”, mentre la seconda riforma è “silente rispetto alla norma censurata, ma fautrice della rimozione di un altro residuo storico della disparità fra i genitori”.

4.3. Ulteriori casi di rilievo dell’evoluzione della coscienza sociale e delle conoscenze scientifiche

Vi sono poi tutta una serie di altre decisioni, particolarmente significative nella prospettiva di verificare in che modo la Corte seleziona le proprie tecniche decisorie e le adatta alle specifiche questioni sollevate, che restituiscono il grado di “frizione” fra sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa, sempre in relazione all’evoluzione della coscienza sociale e anche delle conoscenze scientifiche.

Nelle decisioni in cui la Corte è stata chiamata a risolvere i dubbi di legittimità costituzionale che si appuntavano sulla cd. omogenitorialità, sull’accesso da parte delle coppie omosessuali alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e sulla tutela dei nati da tecniche vietate nel nostro ordinamento (come l’applicazione della tecnica di fecondazione cd. eterologa nei confronti di una coppia composta da persone dello stesso sesso oppure la maternità surrogata), la Corte, pur non riconoscendo direttamente un vero e proprio diritto alla procreazione per le coppie omosessuali, ha ritenuto di rivolgere moniti rafforzati dall’utilizzo di espressioni particolarmente “energetiche”, peraltro precisando di non esprimere valutazioni negative sulla “capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch’esse, all’occorrenza, le funzioni genitoriali”, per concludere, ancora una volta richiamando il ruolo del legislatore nella ricezione del mutamento della coscienza sociale, che nell’esigere, “per l’accesso alla PMA, la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto, d’altronde, anche del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta ‘omogenitorialità’ nell’ambito della comunità sociale, ritenendo che, all’epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto”⁵³.

Al contrario, laddove si è rilevata la fondamentale esigenza di garantire la posizione e, in particolare, la sicura costruzione dello stato di filiazione di nati da tecniche vietate nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale ha profondamente accentuato le proprie argomentazioni, ricorrendo a espressioni significative nella prospettiva di richiamare il legislatore al suo dovere di intervenire.

Così, nella sentenza n. 32 del 2021 si afferma che “non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia”, e nella sentenza n. 33 dello stesso anno si sottolinea come di “fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte impicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all’attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore”.

Alla discrezionalità del legislatore, che deve tenere conto (anche) dell’evoluzione della coscienza sociale, peraltro, la Corte aveva fatto riferimento nella ben nota sentenza

⁵³ Corte cost., sentenza n. 221 del 2019.

n. 84 del 2016, in cui veniva in rilievo anche l'evoluzione delle conoscenze tecnico-scientifiche, trattandosi delle disposizioni della legge n. 40 del 2004 che ancora oggi limitano in via assoluta la ricerca scientifica sugli embrioni⁵⁴.

In quella occasione la Corte afferma (di fronte a quella che viene definita una "scelta tragica" del diritto) che "la linea di composizione tra gli opposti interessi [...] attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale".

Ancora, sempre in relazione al rilievo dell'evoluzione della coscienza sociale, si può ricordare la sentenza n. 126 del 1968 in materia di adulterio, con cui la Corte nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 559, primo e secondo comma, c.p., afferma che, "alla stregua dell'attuale realtà sociale, [...] la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia. La legge, non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale".

Ancora, risulta significativo il modo di interpretare le disposizioni oggetto e anche quelle parametro offerto dalla Corte nel caso della cd. prostituzione libera e consapevole, con le sentenze n. 141 e 278 del 2019: pur registrandosi nella società l'emersione di nuovi fenomeni collegati alla prostituzione, la Corte adottando una nozione di dignità oggettiva ritiene che la punizione penale delle condotte che "accedono" all'attività prostitutiva preservi, nel corso del tempo, la sua ragionevolezza. In particolare, la Corte riconosce come "l'incriminazione delle 'condotte parallele' alla prostituzione [non] rappresenti una soluzione costituzionalmente imposta" e come "il legislatore [...] possa, nella sua discrezionalità, decidere di fronteggiare i pericoli insiti nel fenomeno della prostituzione con una strategia diversa. Quella in esame rientra, semplicemente, nel ventaglio delle possibili opzioni di politica criminale, non contrastanti con la Costituzione"⁵⁵.

Nella materia del riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso, invece, pur riconoscendo richiamando l'art. 2 Cost. il diritto di queste coppie di vivere liberamente la propria condizione, la Corte ritiene di dover interpretare l'art. 29 Cost. in modo cristallizzato e aderente alle intenzioni storiche dell'Assemblea costituente, non pervenendo alla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni che impediscono il matrimonio per le coppie omosessuali⁵⁶.

In un caso particolarmente interessante, la Corte, pur valorizzando in misura rilevante l'evoluzione del costume sociale con specifico riferimento alla famiglia (tradizionale), non giunge alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della causa di non punibilità per i reati contro il patrimonio prevista per i coniugi e per le parti delle

⁵⁴ Per osservazioni critiche alla decisione si veda M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, 171 ss.

⁵⁵ Corte cost., sentenza n. 141 del 2019, su cui si vedano i contributi pubblicati in A. APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021.

⁵⁶ Corte cost., sentenze n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014.

unioni civili, riconoscendo in capo al legislatore il compito di intervenire in materia. Con la sentenza n. 223 del 2015, infatti, la Corte riconosce come non vi sia “dubbio che una disposizione come quella censurata [ossia l’art. 649, primo comma, c.p.] – ispirata ad un criterio di rigida tutela della istituzione familiare e della sua coesione, attuato a discapito dei diritti individuali dei componenti del nucleo e dello stesso interesse pubblico alla repressione dei reati [...] – debba essere valutata, in punto di ragionevolezza, «alla stregua dell’attuale realtà sociale»”.

Il riconoscimento di una pluralità di soluzioni tutte costituzionalmente compatibili (che inducono quindi a non dichiarare l’illegittimità costituzionale della disposizione, benché si rilevi espressamente che “l’intervento di questa Corte si legittima in casi, come quello in esame, nei quali l’inopportuno trascinarsi nel tempo di discipline maturate in un determinato contesto trasmodi, alla luce della mutata realtà sociale, in una regolazione non proporzionata e manifestamente irragionevole degli interessi coinvolti”) non impedisce alla Corte di rivolgere un monito particolarmente incisivo al legislatore, chiamato a un “ponderato intervento [...], non sostituibile attraverso la radicale ablazione proposta”, al fine di pervenire all’“indispensabile aggiornamento della disciplina dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare, che realizzi, pur nella perdurante valorizzazione dell’istituzione familiare e della relativa norma costituzionale di presidio (art. 29 Cost.), un nuovo bilanciamento, in questo settore, tra diritti dei singoli ed esigenze di tutela del nucleo familiare”.

Sono, dunque, numerosi ed eterogenei i casi in cui la Corte ha fatto ricorso alla nozione di coscienza sociale e alla sua evoluzione (così come anche al rilievo dell’evoluzione delle conoscenze scientifiche).

Al riguardo, occorre sottolineare come accanto alla necessità di pervenire a una definizione di “coscienza sociale” si ponga, più in generale, il profilo problematico dell’individuazione del soggetto che possa, legittimamente, intercettarla e soprattutto registrarne i mutamenti che, come si è visto, sono stati in alcuni casi ritenuti dalla Corte costituzionale idonei a modificare la stessa tecnica interpretativa non solo delle disposizioni oggetto, ma anche (e forse soprattutto) delle disposizioni costituzionali.

Tornando agli interrogativi di fondo sollevati dai contributi di questa sessione sul “posto” e il “ruolo” della Corte nel sistema istituzionale, si può ricordare quanto è stato autorevolmente osservato, ossia che ““Coscienza sociale” è definizione che contiene un riferimento a qualcosa di oggettivo. A ben vedere, anzi, identificare e interpretare la coscienza sociale e i suoi mutamenti è il contrario dell’arbitrio individuale di un singolo, o di quello di un collegio. Proprio perché sociale e collettiva, la coscienza è diffusa e oggettiva, e deve pur consistere di indici che dovrebbero essere a loro volta oggettivamente in dati identificati e rintracciabili. A sua volta, l’espressività di tali dati nell’indicare una evoluzione in una certa direzione dovrebbe essere chiara e razionalmente argomentabile. Comprendere quali siano questi dati, ovviamente non è semplice. E si devono fare i conti con l’osservazione per cui una Corte costituzionale non può certo essere descritta e considerata alla stregua di un organo rappresentativo,

che ‘registra’ le tendenze politiche, sociali e culturali prevalenti in un qualche ‘corpo sociale’ di riferimento”⁵⁷.

Ecco che proprio intorno a queste sollecitazioni è possibile tornare a ragionare, riprendendo tutti i profili indagati dalle relatrici e dai relatori, nella prospettiva di offrire nuovi contributi e riflessioni, anche allargando l’esame al giudizio di ammissibilità del *referendum* che, proprio recentemente, ha offerto occasione per rinnovare un vivace dibattito sui limiti di valutazione spettanti alla Corte e che, in definitiva, fa emergere un ulteriore aspetto del “ruolo” di quest’ultima nel sistema istituzionale: quello con il corpo elettorale⁵⁸.

5. Postilla

Occorre segnalare che, nelle more della pubblicazione di questo contributo, è stata sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale (per ora solo) dal Tribunale di Firenze sull’art. 580 (*Istigazione o aiuto al suicidio*) c.p., “come modificato dalla sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, nella parte in cui richiede che la non punibilità di chi agevola l’altrui suicidio sia subordinata alla circostanza che l’aiuto sia prestato a una persona «*tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale*»”⁵⁹.

Le ben note considerazioni che sono state svolte con riguardo alla “nuova strategia della ‘doppia pronuncia’”⁶⁰ sono destinate, con ogni evidenza, a essere ulteriormente arricchite.

La dinamica complessiva del “rapporto” fra Corte costituzionale e legislatore con l’ordinanza n. 207 del 2018 è stata innovata, avendo ritenuto la Corte di “dover provvedere in diverso modo, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”, disponendo “il rinvio del giudizio [allora] in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale” e riconoscendo che la “soluzione del quesito di legittimità costituzionale” coinvolgesse “l’incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere”, e che andasse garantito a quest’ultimo lo spazio per “ogni opportuna riflessione e iniziativa”.

Successivamente, come si è ricordato, con la sentenza n. 242 del 2019 è stato superato l’ostacolo che nella precedente occasione aveva impedito alla Corte di pronunciare la declaratoria di illegittimità costituzionale. Nonostante ciò, nella pronuncia non si è mancato di fare un espresso riferimento al ruolo del Parlamento, laddove la Corte ha affermato di non poter fare a meno di “ribadire con vigore

⁵⁷ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali*, cit., 14.

⁵⁸ Il riferimento è alla sentenza n. 50 del 2022 con cui la Corte ha dichiarato l’inammissibilità del quesito referendario avente a oggetto la fattispecie penale dell’omicidio del consenziente.

⁵⁹ TRIB. FIRENZE, sez. GIP, ordinanza di rimessione del 17 febbraio 2024.

⁶⁰ P. CARNEVALE, “Del rapporto fra Corte e legislatore alla luce dei nuovi indirizzi giurisprudenziali in tema di discrezionalità legislativa e ‘rime obbligate’”, cit., 52 ss., che si sofferma sulle analogie e anche sulle asimmetrie fra la doppia pronuncia che esprime “il nesso e la sequenza dinamica fra sentenze interpretative di rigetto e di accoglimento” e la doppia pronuncia relativa alla tecnica inaugurata con l’ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019.

l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina [...], conformemente ai principi precedentemente enunciati".

Se permane, come è noto, l'atteggiamento di inerzia del legislatore - che con l'ordinanza n. 207 si era inteso sollecitare "in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale" e che, quindi, ha determinato il successivo intervento del 2019, che ha fissato definitivamente le condizioni di liceità della condotta di aiuto al suicidio - molto problematico appare il quadro che si pone alla stessa Corte, chiamata sostanzialmente a "rivisitare" il proprio precedente su impulso dei giudici comuni (finora è stato solo il Tribunale di Firenze a sollevare tale nuova questione, ma analoghi procedimenti pendono davanti ai Tribunali di Milano e di Bologna ed è facile immaginare che questi ultimi in modo analogo decidano di determinarsi).

Se, dunque, il legislatore resta silente, pur laddove sollecitato con particolare vigore dalla Corte costituzionale (e, ovviamente, ci si potrebbe interrogare sul - diverso? - "destino" di una nuova disciplina che su quegli stessi requisiti dettati dalla sentenza n. 242 del 2019 incidesse⁶¹), non si può sottacere il ruolo e il peso che assumono i giudici comuni nell'interpretare il loro ruolo di "filtro" rispetto all'introduzione di un giudizio costituzionale. Come è stato autorevolmente sottolineato, in fondo, "un elemento decisivo per segnalare il mutamento della coscienza sociale è la presenza di numerose e concordanti ordinanze di rimessione che sollevano questioni di legittimità costituzionale (e che perciò indicano chiaramente una 'direzione')"⁶². Da questo punto di vista, quindi, "i giudici *a quibus*, o meglio le loro ordinanze di rimessione", potrebbero considerarsi "quali 'antenne' della Corte costituzionale nella identificazione dei mutamenti rilevanti, per l'interpretazione costituzionale, della coscienza sociale"⁶³.

Sarà interessante, quindi, verificare se e in che modo la Corte costituzionale deciderà di definire tale nuova questione, considerando la portata del proprio precedente, ossia la sentenza n. 242 del 2019, e il peso della specifica condizione che in quella stessa sede è stata fissata per rendere penalmente irrilevante la condotta del terzo che aiuta al suicidio e della quale, con la citata ordinanza di rimessione, si richiede sostanzialmente la rimeditazione (o meglio l'eliminazione), per (asserito) contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 32 e 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

⁶¹ Sia consentito il rinvio alle osservazioni critiche svolte rispetto al Testo unico recante *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita* (che raccoglie i testi dei disegni di legge nn. 2-1418-1586-1655-1875-1888-2982-3101-A), approvato dalle Commissioni Giustizia e Affari sociali della Camera dei Deputati il 9 dicembre 2021 e posto in discussione in Assemblea il 13 dicembre, in B. LIBERALI, *Un'occasione "storica" per la Corte costituzionale (fra giudizio di ammissibilità del referendum sull'omicidio del consenziente e iniziativa legislativa sul suicidio assistito)?*, in M. D'AMICO - B. LIBERALI (a cura di), *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, Fasc. spec. 4/2022, 17 ss.

⁶² N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali*, cit., 14.

⁶³ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali*, cit., 15, che precisa che in ogni caso non sarebbero gli unici indicatori in questa direzione.



INFORMAZIONI SUI CURATORI E SUGLI AUTORI

CURATORI

Marta Aurino, Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «Federico II» di Napoli in cotutela con l'Università di Bordeaux – Componente della *Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle*

Alessandro De Nicola, Dottorando di ricerca in Discipline giuridiche, curriculum Discipline pubblicistiche, presso l'Università degli Studi «Roma Tre» – Componente del Comitato dei Giovani Costituzionalisti

Maria Chiara Girardi, Ricercatrice in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «Federico II» di Napoli – Componente del Comitato dei Giovani Costituzionalisti

Laura Restuccia, Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, curriculum «*Law and Pluralism*», presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca – Componente del Comitato dei Giovani Costituzionalisti

Pietro Villaschi, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «la Statale» di Milano – Componente del Comitato dei Giovani Costituzionalisti

AUTORI

Simone Benvenuti, Professore associato in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi «Roma Tre»

Riccardo Cabazzi, Dottore di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Ferrara

Dorinda Caccioppo, Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi «Roma Tre»

Matteo Caldironi, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Daniele Camoni, Ricercatore in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi «la Statale» di Milano

Mathieu Carniama, Docteur en Droit, Enseignant-chercheur contractuel en Droit public presso l'Università di Bordeaux

Elisa Cavasino, Professoressa ordinaria in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Palermo

Andrea Chiappetta, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Ines Ciolli, Professoressa associata in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «la Sapienza» di Roma

Ilaria De Cesare, Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Pavia

Marilisa D'Amico, Professoressa ordinaria in Diritto costituzionale e Prorettrice con Delega a Legalità, Trasparenza e Parità di Diritti presso l'Università degli Studi «la Statale» di Milano – Ex Presidente dell'Associazione «Gruppo di Pisa»

Viviana Di Capua, Ricercatrice in Istituzioni di Diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi «Federico II» di Napoli

Jacopo Ferracuti, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «Roma Tre»

Silvia Filippi, Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia

Giulia Formici, Ricercatrice in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi «la Statale» di Milano

Aniello Formisano, Dottore di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi «Parthenope» di Napoli

Emanuele Gabriele, Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, presso l'Università degli Studi «la Sapienza» di Roma

Gohar Galustian, Docteure en Droit public presso l'Università di Montpellier, Enseignante-chercheuse presso l'Università Grenoble Alpes - Président della *Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle*

Paolo Gambatesa, Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «la Statale» di Milano e l'Universidad de Granada

Ilaria Giugni, Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi «Federico II» di Napoli

Itziar Gómez Fernández, Profesora titular in Derecho constitucional presso l'Università «Carlos III» di Madrid

Kassandra Goni, Doctorante en Droit public presso l'Università di Bordeaux

Alicia González Moro, Dottoranda e ricercatrice in Diritto costituzionale presso l'Università di Siviglia (Spagna)

Francesco Emanuele Grisostolo, Ricercatore in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Udine

Ferdinando La Placa, Doctoral Candidate in Law presso l'Università di Turku (Finlandia) in cotutela con l'Università degli Studi di Palermo

Benedetta Liberali, Professoressa associata in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «la Statale» di Milano

Antonello Lo Calzo, Ricercatore in Diritto costituzionale presso l'Università di Pisa - Vice-Presidente del Comitato dei Giovani Costituzionalisti

Lorenzo Madau, Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università Politecnica delle Marche

Luca Mariantoni, Dottore di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi «la Sapienza» di Roma

Maxime Millon, Doctorant contractuel en Droit public presso l'Università di Bordeaux

Raffaella Niro, Professoressa associata in Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Macerata

Chiara Padrin, Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «la Statale» di Milano

Leonardo Pace, Ricercatore in Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi «Roma Tre» - Segretario del Comitato dei Giovani Costituzionalisti

Giorgio Repetto, Professore associato in Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia

Alessia Riccioli, Dottoranda di ricerca in Teoria dei diritti fondamentali, Giustizia costituzionale e Comparazione giuridica presso l'Università di Pisa

Giuliano Serges, Ricercatore in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «Roma Tre» - Presidente del Comitato dei Giovani Costituzionalisti e del Comitato scientifico

Francesco Severa, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «Roma Tre»

Edin Skrebo, Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, curriculum «Law and Pluralism», presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca e l'Union Faculty of Law di Belgrado

Sacha Sydoryk, Docteur en Droit public, Maître de conférences presso l'Università «Jules Verne» de Picardie

Lucas Tregou-Delvescovo, Doctorant en Droit public presso l'Università «Panthéon-Assas» di Parigi

Julien Vachey, Docteur en Droit public presso l'Università di Toulon, Vice-Président della *Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle*

Luca Pietro Vanoni, Professore associato in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi «la Statale» di Milano

Giulia Vasino, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «Carlo Bo» di Urbino

Giuseppe Verrigno, Dottorando di ricerca in Ecologia dei sistemi culturali e istituzionali presso l'Università degli Studi del Piemonte Orientale

Pietro Villaschi, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi «la Statale» di Milano - Componente del Comitato dei Giovani Costituzionalisti

Davide Zecca, Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi «la Statale» di Milano