

# Interpretazione costituzionale e populismo: una comparazione tra Italia e Ungheria

di Simone Gianello e Paolo Zicchittu\*

**Abstract: Constitutional Interpretation and Populism: A Comparison between Italy and Hungary.** This essay aims to compare constitutional interpretation techniques used by the Italian Constitutional Court and the Hungarian one vis-à-vis the advancing of populist claims in Europe. After introducing the differences between the exercise of sovereignty in constitutional legal systems towards populist regimes, the authors analyze some paradigmatic cases in which Constitutional Courts reacted to populist waves. Through comparing the different legal instrument adopted to interpret the Constitution, this paper will therefore test the Italian and Hungarian legal system concrete democratic evolution.

**Keywords:** Constitutional Court; Constitutional interpretation; Populism; Constitutionalism; Italy; Hungary.

4545

## 1. Due logiche inconciliabili, ovvero il ruolo dell'interpretazione costituzionale

Nel corso delle ultime due decadi, numerosi sistemi giuridici contemporanei hanno assistito alla progressiva ascesa di movimenti e rivendicazioni variamente ascrivibili alla categoria dogmatica del populismo<sup>1</sup>. A livello europeo, il fenomeno ha interessato sia gli assetti costituzionali occidentali, che possono vantare una tradizione liberale storicamente consolidata, sia gli ordinamenti sviluppatisi a partire dalla caduta del c.d. "blocco sovietico", i quali, invece, si sono avviati solo di recente verso un compiuto processo di democratizzazione istituzionale. Durante gli anni, dunque, il termine populismo è stato impiegato con frequenza sempre crescente da una pluralità di attori politici, fino a trascendere le divisioni teoriche tradizionali. Il relativo concetto, insomma, si è progressivamente qualificato come

---

\* Benché il presente saggio sia il frutto di una riflessione comune, i paragrafi da 1 a 3 devono attribuirsi principalmente a Paolo Zicchittu, mentre i paragrafi da 4 a 6 devono attribuirsi prevalentemente a Simone Gianello.

<sup>1</sup> Senza pretesa di esaustività, C. Mudde, *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge, 2007, 121 ss.; Y. Mény, Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Bologna, 2001; P. Pombeni, *Il populismo nel contesto del costituzionalismo europeo*, in *Ric. St. Pol.*, 3/2004, 367 ss.; J.W. Müller, *Che cos'è il populismo?*, Milano 2017; F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, 1992; E. Laclau, *La ragione populista*, Roma-Bari, 2005; K. Weyland, *Populism. A political-strategic approach*, in C. Rovira Kaltwasser, P.A. Taggart, P. Ochoa Espejo, P. Ostiguy (eds), *The Oxford handbook of populism*, Oxford, 2017, 48 ss.

una sorta di approccio generale – o se si preferisce come uno “stile” politico – che, contrapponendo sul piano ideologico il popolo, comunque portatore di valori positivi, alle *élites* corrotte e incompetenti, si è prestato piuttosto agevolmente ad essere impiegato da una panoplia di movimenti e nei contesti più disparati<sup>2</sup>.

Da questo punto di vista, una comparazione tra le realtà ordinamentali di Italia e Ungheria si rivela estremamente istruttiva per chiarire il significato che il populismo ha assunto e tende ancora ad assumere nei diversi assetti normativi. Tradizionalmente, infatti, il caso italiano rappresenta un modello democratico stabile e durevole, in cui il populismo si atteggia secondo connotati meno radicali, mentre il sistema giuridico magiario costituisce, per converso, il paradigma di un ordinamento ancora in transizione, chiamato a confrontarsi con forme di populismo decisamente più autoritarie e illiberali<sup>3</sup>.

In entrambi i contesti, dunque, si fronteggiano, più o meno apertamente, due approcci alternativi al testo della Costituzione: uno di tipo garantistico, patrocinato dalle Corti costituzionali, l'altro di carattere, per così dire, opportunistico, tipico, viceversa, delle forze populistiche. In altri termini, in Italia e in Ungheria, il confronto giuridico e culturale che oppone strutturalmente costituzionalismo e populismo, si gioca anzitutto sul terreno dell'interpretazione giuridica, ragion per cui diventa decisivo interrogarsi su quale sia il ruolo assolto in concreto dai giudici costituzionali di fronte alle derive più evidenti della sovranità popolare<sup>4</sup>. Attraverso questo accostamento sarà possibile analizzare per contrapposizione e in via di prassi – esaminando cioè le vicende più significative in cui i diversi approcci al testo costituzionale si sono misurati – come le Istituzioni di garanzia italiane e magiare abbiano reagito alle crescenti ondate populiste, non soltanto in ragione del contesto politico e istituzionale di riferimento, ma anche con riguardo alle declinazioni in termini di “*soft populism*” o di “*hard populism*”, che il fenomeno ha rispettivamente assunto nei due assetti normativi<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. P.A. Taguieff, *Populismes et antipopulismes: le choc des argumentations*, in *Mots*, 1/1998, 5 ss.; H. Keman, A. Krouvel, *The Rise of a New Political Class? Emerging New Parties and the Populist Challenge in Western Europe*, in *Work. Papers Pol. Sc.*, 2/2006; C. Mudde, *The Populist Zeitgeist*, in *Gov. & Opp.*, 4/2004, 542 ss.

<sup>3</sup> C. Biancalana, *Four Italian Populisms*, in P. Blokker, M. Anselmi (eds), *Multiple Populisms. Italy as Democracy's Mirror*, Londra, 2020, 216 ss.; T. Di Tella, *Populism into the Twenty-first Century*, in *Gov. & Opp.*, 2/1997, 187 ss.; R. Barr, *Populists, Outsiders and Anti-Establishment Politics*, in *Party Pol.*, 1/2009, 29 ss.

<sup>4</sup> Sul carattere opportunistico dell'interpretazione costituzionale promossa dai movimenti populistici, K.L. Scheppele, *The opportunism of populist and the defense of constitutional liberalism*, in *Ger. Law J.*, 1/2019, 314 ss.; P. Blokker, *Populist Counter-Constitutionalism, Conservatism, and Legal Fundamentalism*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 3/2019, 519 ss. Nella dottrina italiana, a titolo di esempio, A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 2007 ss.

<sup>5</sup> In generale sulla *ratio* di un simile accostamento, R. Hirschl, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 1/2005, 125 ss. Più specificamente, sulla distinzione tra “*hard populism*” e “*soft populism*”, si vedano, tra gli altri, C. Mudde, *The ideology of the extreme right*, Manchester, 2000; J. De Waele, *Faces of Populism in Central and Eastern Europe*, in H. Swoboda, J. Wiersma (eds), *Democracy, Populism and Minority Rights*, Bruxelles, 2008, 49 ss.; M. Canovan, *Trust the people! Populism and the two faces of democracy*, in *Pol. St.*,

In linea generale, il pensiero costituzionalistico affronta il tema del potere politico e della sua legittimazione, predisponendo dei limiti cogenti all'esercizio (arbitrario) della sovranità popolare. In questa logica, le Carte costituzionali individuano un sistema di *checks and balances*, che delimita le aspirazioni della maggioranza per mantenere un confronto leale tra visioni contrapposte a garanzia delle libertà dei cittadini<sup>6</sup>. In questa stessa logica, le Costituzioni si propongono come un organico complesso di disposizioni, congegnate nella loro essenza per contenere eventuali deviazioni da parte dei titolari del potere politico, anche quando l'azione di governo goda di un notevole consenso popolare e quindi di un'ampia legittimazione democratica<sup>7</sup>.

Il costituzionalismo, pertanto, non innalza acriticamente il popolo alla stregua di un'indistinta totalità politica, che trascende ogni tipo di divisione e che deve essere assecondata a tutti i costi, ma postula piuttosto la manifestazione diversificata delle opinioni, la tolleranza reciproca e la pacifica coesistenza di molteplici gruppi sociali, tutti parimenti dotati di diritti e interessi, che reclamano la propria salvaguardia all'interno di un contesto comune<sup>8</sup>. Si afferma così una concezione del tutto peculiare, secondo cui esistono elementi inevitabilmente sottratti alla "volontà generale", i quali, rispondendo a logiche diverse da quelle riconducibili al mero principio maggioritario, non sono negoziabili e, proprio per questo, si collocano al vertice del sistema come contrappeso pluralistico all'azione della maggioranza democraticamente eletta<sup>9</sup>.

Le teorie populiste, al contrario, presuppongono che la "volontà popolare", in quanto tale, superi naturalmente i limiti di diritto posti dalla Costituzione: qualora riceva il sostegno diretto da parte degli elettori, l'azione di governo non può e non deve subire interferenze di sorta. Il "popolo", infatti, è l'unico depositario

---

1/1999, 2-16; K. Lang, *Populism in Central and Eastern Europe a threat to democracy or just political folklore?*, in *Sl. For. Pol. Aff.*, 1/2005, 6 ss.

<sup>6</sup> M. Dogliani, *La Costituzione italiana del 1947 nella sua fase contemporanea*, in Aa.Vv., *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Roma, 2003, 33 ss. Analogamente si vedano G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; C. Pinelli, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 1675.

<sup>7</sup> Sul rapporto tra sovranità e legittimazione costituzionale, G. De Vergottini, *La persistente sovranità*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Torino, 2014, 1373 ss.; Q. Skinner, *Sovereignty in Fragment. The Past, Present and Future of a Contested Concept*, Cambridge, 2011, 151 ss.; L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*, Milano, 1995; P. Passaglia, *Sovranità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5643 ss.; N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 2008, 74 ss.

<sup>8</sup> In questa prospettiva A. Spadaro, *Dal problema dell'“effettività” della democrazia (la lezione di Martines) a quello dei limiti alla democrazia (la lezione della storia)*, in M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri, L. Ventura (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, 1998, 287 ss.; M. Dogliani, *Il “posto” del diritto costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2/1993, 529 ss.; A. D'Atena, *Lezioni di Diritto costituzionale*, 2006, Torino, 2006, 31 ss.

<sup>9</sup> Così *passim* A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino 1993. In proposito anche L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, Bologna, 2005, 36 ss.; P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, 1992, 73 ss. e G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, 28 ss.

dei valori positivi presenti nella società, ragion per cui i movimenti o i *leaders* carismatici, che, attraverso una relazione disintermediata e non tradizionale, ne rappresentano le istanze, non devono incontrare alcun vincolo in grado di contrastare la rapida e puntuale realizzazione delle aspettative sociali<sup>10</sup>.

Il populismo integra cioè una programmatica degenerazione delle regole democratiche-costituzionali, non solo perché esclude in radice la possibilità che esistano delle minoranze qualificate, dotate di diritti e capaci di opporsi agli obiettivi fissati inopinatamente dal “popolo”, ma anche perché rifiuta con fermezza l’esistenza di principi assiologicamente superiori al volere manifestato dal corpo elettorale, delegittimando in varie forme l’azione contro-maggioritaria affidata alle Istituzioni di garanzia<sup>11</sup>.

Di conseguenza, mentre il costituzionalismo assume come premessa della democrazia la compresenza di posizioni politico-ideologiche diverse, il populismo si basa su una raffigurazione monolitica della società, che livella le differenze e sacrifica le libertà in nome di un interesse suppostamente unitario, onde favorire la costruzione di uno Stato di diritto “debole”, in cui diventa possibile governare senza vincoli di sorta<sup>12</sup>.

Proprio per evitare distorsioni di questo tipo, le Costituzioni novecentesche hanno previsto al loro interno tutti gli anticorpi necessari per neutralizzare le pericolose oscillazioni della sovranità insite nel populismo, assegnando ai giudici costituzionali un ruolo di assoluta rilevanza all’interno dell’ordinamento<sup>13</sup>. Nei modelli contemporanei, l’interpretazione della Costituzione viene chiamata a chiarire le regole che governano la democrazia nei confronti del potere politico, ribadendo le condizioni indispensabili affinché l’esercizio del suffragio non trasmodi nell’arbitrio della maggioranza e non si traduca in una violazione dei diritti individuali o in un pregiudizio per la posizione delle minoranze<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> *Ex plurimis* N. Merker, *Filosofie del populismo*, Roma-Bari 2009, 52 ss.; N. Matteucci, *Dal populismo al compromesso storico*, Roma 1976; P.A. Taguieff, *A Political Science Confronts Populism: From a Conceptual Mirage to a Real Problem*, in *Telos*, 1/1995, 9 ss.; S. Fabbrini, *Il nuovo populismo europeo*, in *Il Mulino*, 5/2015, 823 ss.; M. Canonvan, *Il populismo come l’ombra della democrazia*, in *Europa Europe*, 2/1993, 40 ss.; L. Zanatta, *Il populismo. Sul nucleo forte di un’ideologia debole*, in *Polis*, 2/2002, 263 ss.

<sup>11</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 515 ss.; F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 1997, 18 ss.; S.N. Eisenstadt, *Paradossi della democrazia. Verso democrazie illiberali?*, Bologna, 2002, 102 ss.; K. Weyland, *Clarifying a Contested Concept Populism in the Study of Latin American Politics*, in *Comp. Pol.*, 1/2001, 4 ss.; C. Pinelli, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 1/2019, 29 ss.

<sup>12</sup> Così *passim* N. Urbinati, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2020.

<sup>13</sup> Sul ruolo dell’interpretazione nelle democrazie costituzionali, *ex multis*, F. Modugno, *Appunti dalle lezioni di teoria dell’interpretazione*, Padova, 1998, 42 ss.; M. Dogliani, *Il “posto” del diritto costituzionale*, cit. 538 ss.; A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. Cost.*, 1/2001, 36 ss.; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 109 ss.; G. Silvestri, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. Cost.*, 1/1989, 229 ss.

<sup>14</sup> Esemplamente, G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari, 2000, 258 ss.; A. Spadaro, *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo “relazionista” nel diritto costituzionale)*, in *Pol. Dir.*, 3/1996, 399 ss.; C. Pinelli, *Interpretazione costituzionale e deliberazione politica nel recente dibattito angloamericano*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2012, 1016 ss.; N.

Intesa in questi termini, l'attività esegetica assume un carattere primariamente difensivo, per cui, di fronte a due diverse letture del dettato costituzionale, dovrà preferirsi l'opzione ermeneutica che tuteli maggiormente i principi caratterizzanti di quel dato assetto normativo, così da contrastare le prevaricazioni perpetrate in nome di una pretesa "volontà generale"<sup>15</sup>. L'azione dell'interprete così si traduce in un intervento teso continuamente a rimarcare i limiti che la Carta fondamentale ha posto nei confronti di ogni forma di potere costituito, a prescindere dal carattere e dal grado di legittimazione di cui esso gode<sup>16</sup>. L'interpretazione costituzionale sottintende sempre un riposizionamento o – se si vuole – una riconsiderazione complessiva del concetto di "sovranità popolare". Anche le decisioni politiche prese con il sostegno della stragrande maggioranza degli elettori e perfino i provvedimenti assunti all'unanimità devono soggiacere a dei limiti di ordine assiologico-giuridico, potendo addirittura essere sanzionate in sede giurisdizionale, qualora incidano sul sostrato garantistico che fonda l'ordinamento<sup>17</sup>.

La prima indicazione ermeneutica che ne deriva impone di configurare le norme costituzionali come regole cogenti, capaci di vincolare anche *pro futuro* l'azione della maggioranza. Dalla lettura della Costituzione, quindi, dovrà emergere di continuo la sua funzione logica di *lex legum*, che delimita il potere sovrano in tesi assegnato al "popolo". Nella stessa prospettiva, l'ovvia preferenza per i valori democratici non potrà mai trasformare la Costituzione in una sorta di *loi politique*, la cui attuazione sia interamente rimessa alla contrattazione parlamentare o alla dialettica partitica<sup>18</sup>.

---

Luhmann, *La Costituzione come acquisizione evolutiva*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 123 ss.; F. Modugno, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2005.

<sup>15</sup> Sul carattere difensivo dei processi ermeneutici legati alla Costituzione, L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in Id., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 175 ss.; M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 2/1997, 104 ss.; M. Troper, *Il problema dell'interpretazione e la teoria della sovra-legalità costituzionale (1975)*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, 215 ss.; V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995, 185 ss.

<sup>16</sup> Viene qui in discussione l'idea di un diritto costituzionale *wertfrei*. Per una confutazione, R. Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2/2006, 743 ss.; E.W. Bockenforde, *Diritti fondamentali come norme di principio (1989)*, in Id., *Stato, costituzione, democrazia*, Milano, 2006, 146 ss. e A. Ruggeri, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti*, in Aa.Vv., *Il metodo della scienza nel diritto costituzionale*, Padova, 1997, 76 ss.

<sup>17</sup> In questa prospettiva, G. Silvestri, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005, 85 ss., Similmente, F. Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino 1999, 378 ss.; G. Zagrebelsky, *Il "crucifige!" e la democrazia*, Torino 1995, 101 ss.; C.R. Sunstein, *Designing Democracy*, Oxford, 2001, 7 ss.

<sup>18</sup> Sulla lettura della Costituzione in termini assiologico-valoriali, G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017; P. Comanducci, *Interpretazione della Costituzione*, in Id., *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, 97 ss.; W. Waluchow, *Constitutional interpretation*, in A. Marmor (a cura di), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Londra, 2012, 417 ss.; M. Luciani, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi su un modello interpretativo*

In secondo luogo, la ricerca sistematica delle regole da applicare alle singole fattispecie diviene qui il frutto di una scelta in grado di condizionare l'azione di tutti gli organi democraticamente eletti, poiché spetta pur sempre alle Corti il compito di valutare le modalità e gli strumenti attraverso cui i rappresentanti del “popolo” hanno provveduto a contemperare gli interessi rilevanti nel caso concreto<sup>19</sup>. Nell'ipotesi in cui tale bilanciamento sacrifichi in modo irragionevole i diritti dei singoli o di alcuni gruppi, sarà il giudice costituzionale a reinterpretare la legge per renderla compatibile con i principi fondamentali del sistema giuridico, integrando le decisioni politiche con il significato delle clausole generali contenute in Costituzione, sollecitando l'azione del Parlamento o ancora supplendo direttamente all'inerzia del legislatore<sup>20</sup>.

## 2. La Costituzione italiana di fronte al populismo: una breve rassegna giurisprudenziale

Con riguardo alle specificità del caso italiano, emerge in modo piuttosto nitido come, nei suoi oltre sessant'anni di attività, il magistero interpretativo della Corte costituzionale si sia coerentemente sviluppato lungo una direttrice principale, tesa a regolare il più possibile l'esercizio della sovranità popolare in linea con i canoni del costituzionalismo liberale.

Fin dalla sua prima pronuncia, infatti, il giudice delle leggi ha assegnato la legittimazione del potere più che al “popolo” alla stessa Costituzione e, una volta affermata la propria funzione di garanzia contro-maggioritaria, ha affinato il relativo strumentario giuridico in ragione delle esigenze poste, di volta in volta, dal sistema politico in funzione anti-populistica<sup>21</sup>.

In effetti, nelle prime fasi della storia repubblicana, la Costituzione del 1948 fu oggetto di una certa svalutazione sul piano interpretativo. I dubbi ermeneutici più significativi si appuntavano, come noto, sul valore e sul significato da assegnare

---

ricorrente, in Aa.Vv., *Studi in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 497 ss.; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, spec. cap. II.

<sup>19</sup> La Carta costituzionale opererà, in questo modo, come una sorta di “cassaforte” dentro la quale sono stati assicurati alcuni valori contro-maggioritari, che devono restare sottratti alla disponibilità del legislatore ordinario. Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, Roma-Bari, 2007, 822.

<sup>20</sup> Sul tema, si vedano *ex plurimis* M. Ruotolo, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 903 ss.; V. Crisafulli, *La Corte costituzionale tra magistratura e Parlamento*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958, 289 ss.; G. Sorrenti, *Interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 177 ss.; M.S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. Cost.*, 2/1956, 902 ss.; C. Lavagna, *Considerazioni sulla inesistenza di questioni di legittimità costituzionale e sulla interpretazione adeguatrice (1959)*, in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 604 ss.

<sup>21</sup> *Ex plurimis* C. Mortati, *Articolo 1*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. I Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 5 ss.; F. Modugno, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 21 ss.; V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (1954)*, in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 114 ss.; A. Pace, *Diritti “fondamentali” al di là della Costituzione?*, in *Pol. Dir.*, 1/1993, 8 ss.; G. Zagrebelsky, *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in Aa.Vv., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, Padova, 2002, 62 ss.

alle previsioni costituzionali di principio<sup>22</sup>. Si era progressivamente diffusa la convinzione secondo cui l'impiego di precetti indeterminati avrebbe potuto aggirare le indicazioni ricavabili dal diritto positivo, fino a promuovere una lettura della Carta fondamentale alternativa all'opzione politica di maggioranza<sup>23</sup>. Questo orientamento costituì il portato più evidente della tradizionale deferenza che una magistratura formatasi culturalmente in epoca fascista tributava ancora al potere politico, ritenendolo legittimato ad agire sostanzialmente senza limiti, perché sorretto dalla "volontà popolare"<sup>24</sup>.

Sul piano pratico, si creò in questo modo una netta cesura tra sfera politico-costituzionale e ambito giuridico-legislativo, spingendo i giudici a risolvere eventuali antinomie tra la Costituzione e le leggi anteriori alla sua entrata in vigore in termini di mera abrogazione<sup>25</sup>. Il ricorso a tale istituto, se da una parte rappresentava un sicuro approdo dogmatico per la giurisprudenza, dall'altra, costituì un notevole passo indietro in termini di attuazione dei valori costituzionali, perché, così facendo, la legittimazione del Costituente era di fatto assimilata a quella del legislatore ordinario e la Costituzione veniva degradata al rango di una norma primaria, chiamata a disciplinare solo i rapporti giuridici concreti, fino a perdere la propria caratteristica funzione di limite all'esercizio del potere<sup>26</sup>.

La svolta esegetica decisiva si ebbe con la storica sentenza n. 1 del 1956, allorché il giudice delle leggi superò definitivamente la ripartizione – a dire il vero, tutta teorica – tra "norme precettive" e "norme programmatiche", affermando che «l'illegittimità di una legge ordinaria ben può derivare anche dall'incompatibilità con disposizioni di principio»<sup>27</sup>. Secondo la Corte, l'istituto dell'illegittimità costituzionale deve riferirsi tanto alle leggi successive alla Costituzione quanto a quelle anteriori «sia perché, dal lato testuale, l'art. 134 Cost. e l'art. 1 l. cost. 1 del 1948 non operano alcuna distinzione al riguardo, sia perché, sul piano logico, non

---

<sup>22</sup> Sul punto, G. Balladore Pallieri, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro Pad.*, 1/1954, 34 ss. Tra gli scritti più recenti, M. Gregorio, *Quale costituzione? Le interpretazioni della giurisprudenza nell'immediato dopoguerra*, in *Quad. Fiorentini*, 2/2006, 849 ss. nonché M. Luciani, *Ermeneutica costituzionale e massima attuazione della Costituzione*, in P. Perlingieri, S. Gioia (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Napoli, 2018, 36 ss.

<sup>23</sup> Per tutti, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1984, 335 ss.; T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1/1957, 352; V. Onida, *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 501 ss.; V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, 195 ss.; V. Villa, *Metodi, teorie, giudizi di valore*, Torino, 2004, 12 ss.

<sup>24</sup> Sulla natura intrinsecamente populista del regime fascista, M. Tarchi, *L'Italia populista. Dal qualunquismo ai girotondi*, Bologna, 2003, 73 ss.; C. Tullio-Altan, *Populismo e trasformismo*, Milano, 1989, 56 ss.; L. Incisa Di Camerana, *Fascismo, populismo, modernizzazione*, Roma, 2000, 351 ss. Più in generale, U. Eco, *Il fascismo eterno*, Milano, 1997.

<sup>25</sup> Così, Cass. S.U. sent. del 7 febbraio 1948 e Cons. Stato sent. del 26 maggio 1948, con notazione di M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, 1997, 183.

<sup>26</sup> Secondo 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 in Italia*, Bologna, 1982, 33 ss.

<sup>27</sup> C. cost. sent. 1/1956, p.to 5 cons. dir.

muta affatto il grado che le fonti primarie occupano rispetto alle norme costituzionali». Per sua intrinseca natura, si spiega, «una Costituzione rigida deve sempre prevalere sulla legge ordinaria, per cui non occorre esaminare se e in quali casi il contrasto con le previsioni legislative anteriori possa configurare un problema di abrogazione»<sup>28</sup>.

Il ribaltamento di prospettiva rispetto all'orientamento interpretativo precedente non avrebbe potuto essere più radicale: laddove i giudici comuni avevano privato di valore normativo larghissima parte della Costituzione, il giudice delle leggi riconobbe invece a tutta la Carta una precettività *sui generis* da far valere primariamente in sede di sindacato di costituzionalità. La Costituzione cominciò allora a configurarsi come un documento giuridico direttamente e integralmente vincolante, prescrittivo ed efficace in tutti i suoi elementi<sup>29</sup>.

In piena coerenza con questa impostazione, l'orientamento giurisprudenziale culminato con la celeberrima sentenza n. 1146 del 1988 prese a identificare alcuni «principi supremi, da intendersi come elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, che non [avrebbero potuto] essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale, neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»<sup>30</sup>. Questa lettura contribuì ad enucleare un insieme di prescrizioni, tutte ontologicamente sottratte alla regola di maggioranza, la cui individuazione si sarebbe rivelata essenziale per circoscrivere il richiamo diretto alla sovranità popolare come unica fonte di legittimazione del potere e per scongiurare di conseguenza uno stravolgimento della struttura portante dell'ordinamento, anche laddove si fosse manifestata la massima convergenza possibile tra le forze politiche<sup>31</sup>.

Quest'opera di consolidamento della Costituzione e dei suoi “principi supremi” ha avuto modo di dispiegarsi anche nei confronti delle Istituzioni sovranazionali. Con la sentenza n. 183 del 1973, ad esempio, la Corte ha statuito che «in base all'articolo 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate e deve pertanto escludersi che siffatte limitazioni [...] possano comportare una violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento o dei diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi una sì aberrante interpretazione [...] sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Per tutti, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 35 ss.; M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 4/2006, 1643 ss.; F. Modugno, voce *Costituzione* in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, 55 ss.; A. Ruggeri, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in Id. (a cura di), *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2005*, Torino, 2006, 216 ss.

<sup>30</sup> C. cost. sent. 1146/1988, p.to 2.1. cons. dir.

<sup>31</sup> A titolo di esempio, C. cost. sentt. 30/1971, 12/1972, 175/1973, 1/1977, 18/1982. Per un commento generale, G. Scaccia, *Revisione di maggioranza e «qualità» della Costituzione*, in *Teoria Dir. St.*, 1/2002, 117 ss. e M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 1/1995, 7 ss. secondo cui anche laddove si preveda una revisione totale della Costituzione, non verrebbe meno la distinzione fra potere costituente e potere di revisione costituzionale.

giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i principi fondamentali»<sup>32</sup>. In termini comparabili, il giudice costituzionale, nella sentenza n. 238 del 2014, ha affermato che «le norme internazionali da immettere ed applicare nell’ordinamento interno, comprese le norme internazionali consuetudinarie, vanno rese compatibili con i principi qualificanti del nostro assetto costituzionale, chiamati a sovrintendere alla tutela dei diritti fondamentali»<sup>33</sup>. Più di recente, l’ordinanza n. 24 del 2017 e la sentenza n. 115 del 2018, relative alla ben nota vicenda “Taricco”, hanno ribadito che l’ingresso nel sistema giuridico italiano di una norma proveniente dall’Unione europea è subordinata «a una positiva verifica di compatibilità da parte della competente autorità giudiziaria nazionale, circa la sua conformità ai principi che segnano l’identità costituzionale dello Stato membro [...] per cui spetta in via esclusiva alla Corte costituzionale 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»<sup>34</sup>.

Insistendo sul delicato equilibrio esistente tra espressione della sovranità popolare e contenuto insopprimibile della Carta, dunque, la Consulta ha sempre riservato a sé stessa il compito di individuare i principi situati a garanzia della tenuta complessiva del sistema, opponendo alle rivendicazioni populistiche e all’esercizio arbitrario della discrezionalità legislativa la necessità di tutelare i valori che definiscono l’identità più profonda dell’ordinamento. Sono i principi supremi, così come declinati a seguito dell’attività interpretativa della Corte, e non l’esercizio contingente del voto, a determinare i contenuti indefettibili della comunità politica<sup>35</sup>.

Emblematiche da questo punto di vista si sono rivelate, da un lato, le vicende relative alle immunità previste per i titolari di funzioni pubbliche, all’esercizio del suffragio e alla protezione del libero mandato parlamentare, dall’altro, i non pochi casi riguardanti il trattamento dei detenuti e la gestione dei flussi migratori.

Con riguardo al primo aspetto, agli inizi degli anni 2000, il tema della sospensione processuale per le c.d. “alte cariche” dello Stato aveva alimentato nel nostro Paese un’accesa discussione sul piano giuridico, placatasi solo in parte dopo la sentenza n. 262 del 2009 della Corte costituzionale. Nella ricostruzione fornita dall’allora maggioranza di governo riecheggia da tempo la necessità di mettere al riparo il “proprio *leader*” dagli attacchi portati da una parte della Magistratura, asseritamente ostile all’Esecutivo. L’argomentazione di fondo addotta per censurare l’attività degli organi inquirenti riposava sull’idea che l’esponente di punta di una coalizione di governo, soprattutto se fortemente legittimato dal voto

<sup>32</sup> In questo senso C. cost. sent. 183/1973, p.to 9 cons. dir. *Ex plurimis* anche C. cost. sentt. 30/1971; 12/1972; 175/1973; 1/1977; 18/1982; 170/1984; 232/1989, 168/1991, 284/2007 e 36/2016.

<sup>33</sup> C. cost. sent. 238/2014, p.to 3.1. cons. dir., ma anche C. cost. 48/1979 e 73/2001.

<sup>34</sup> Così, C. cost. 115/2018 p.to 8 cons. dir. In senso analogo, ma con riferimento precipuo al sistema CEDU, C. cost. sentt. 232/1989; 73/2001; 1/2013; 219/2008 e 49/2015.

<sup>35</sup> Esemplarmente, C. cost. sent. 18/1982, p.to 5 cons. dir. nonché C. cost. sentt. n. 170/1984; 120/2014; 238/2014. In dottrina, F. Gallo, *Possibilità e limiti della revisione costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 3/2013, 713.

popolare, dovesse esercitare “con serenità” le proprie funzioni, senza incorrere cioè in procedimenti giudiziari, che ne avrebbero potuto ostacolare l’azione politica.

Dalla giurisprudenza della Corte, però, emerge limpidamente come «la serenità nell’esercizio delle funzioni», per quanto rappresenti «un interesse costituzionalmente apprezzabile», non può, di per sé, tradursi in una forma di immunità estensiva, che sottragga il titolare di una carica elettiva alla propria responsabilità giuridica<sup>36</sup>. A nulla rileva che i responsabili del *munus publicum* godano di una legittimazione popolare generalizzata, dal momento che la stessa sovranità deve comunque «esercitarsi nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione»<sup>37</sup>. Ne discende che l’azione dei pubblici poteri non potrà mai sottrarsi a forme più o meno intense di controllo istituzionale, giacché il sostegno popolare non solleva i governanti dai propri oneri e non ne giustifica automaticamente l’operato<sup>38</sup>.

Nella medesima prospettiva, viene in rilievo anche la cospicua giurisprudenza costituzionale in tema di *referendum* abrogativo. Nel corso della propria attività, infatti, la Corte ha provveduto ad estendere in via interpretativa il contenuto dell’art 75 Cost., finendo per sottrarre alcuni ambiti materiali alle logiche della democrazia diretta, nella convinzione che, talvolta, il corpo elettorale agisca senza ponderare le esigenze dei gruppi di minoranza oppure senza assicurare un adeguato bilanciamento tra interessi, che postulano tutti un livello minimo di tutela<sup>39</sup>. Gli interventi da parte del giudice delle leggi hanno quindi sensibilmente ridotto la possibilità di appellarsi agli elettori, ammettendo l’esistenza di limiti strutturali al pronunciamento del corpo elettorale<sup>40</sup>.

Fin dai primi anni di implementazione dell’istituto referendario, la Corte ha riconosciuto a sé stessa il potere-dovere di valutare l’ammissibilità dei quesiti referendari, verificando, caso per caso, che l’appello diretto al “popolo” non compromettesse i valori fondamentali su cui si erge l’impalcatura complessiva dell’ordinamento. In questo modo, il giudice delle leggi ha esaltato la propria funzione istituzionale di garanzia, impedendo che il ricorso al voto giungesse ad alterare «il nucleo normativo della Costituzione» o privasse di efficacia «un principio [...] la cui esistenza è voluta e garantita esplicitamente dalla Carta fondamentale», a voler significare, ancora una volta, che il voto purchessia non rappresenta un valore assoluto<sup>41</sup>. Coerentemente, la Corte è intervenuta anche per assicurare che il suffragio si manifesti in modo autentico, senza cioè subire manipolazioni o alterazioni. Un voto bloccato su una molteplicità di questioni, non riconducibili ad unità, contraddice il principio democratico, perché «incide sulla

<sup>36</sup> C. cost. sent. 262/2009, p.to 7 cons. dir.

<sup>37</sup> *Ibidem*

<sup>38</sup> In termini più generali, C. cost. sent. 24/2004.

<sup>39</sup> Cfr. C. cost. sent. 45/2005, che riprende quanto già sostenuto in C. cost. sentt. 19/1997 e 20/1997.

<sup>40</sup> In questo senso, C. cost. sent. 16/1978. In dottrina, per tutti, A. Pertici, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, 131 ss.; M. Ruini, *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione*, Milano, 1953, p. 13 ss.; A. Di Giovine, *Referendum e responsabilità politica*, in DPCE, 3/2005, 1214 ss.

<sup>41</sup> C. cost. sent. 26/1981, nonché C. cost. sentt. 27/1987; 17/1997 e 35/1997.

stessa libertà di voto»<sup>42</sup>. È pacifica qui l'intenzione di evitare possibili torsioni della democrazia, impedendo che il suffragio si trasformi in una sorta di “voto popolare di fiducia” nei confronti di alcune scelte politiche o – peggio ancora – nei riguardi dei partiti, dei gruppi organizzati e dei *leaders* che hanno variamente assunto l'iniziativa<sup>43</sup>.

In perfetta continuità con tale impostazione può leggersi pure il più recente sindacato operato dalla Corte in materia elettorale, che ha fortemente valorizzato la portata sistemica del consenso, intensificando il controllo giurisdizionale sui meccanismi di conversione dei voti in seggi<sup>44</sup>.

Nell'ambito delle teorie populiste, infatti, il voto viene sostanzialmente divinizzato, quasi fosse la manifestazione di una verità assoluta, in nome della quale diventa legittimo perseguire qualsiasi fine<sup>45</sup>. Ma vi è di più, perché, in realtà, la primazia che il populismo tributa al consenso palesato dai cittadini è soltanto apparente o, meglio, tende a tramutarsi in una sorta di meccanismo plebiscitario, controllato da chi detiene effettivamente il potere per perpetuare la propria posizione di comando, influenzando l'esito finale delle votazioni<sup>46</sup>. Per questo, i movimenti populistici cercano di derogare, in maniera più o meno esplicita, alla libertà e alla segretezza del voto, attivando strumenti che, dietro una loro illusoria asetticità, manipolano artificialmente il consenso per far apparire come “volontà generale” l'opinione pur sempre espressa da una minoranza. Agli occhi dei populistici, le procedure garantistiche previste dalle democrazie rappresentative per esprimere il consenso popolare inficiano il significato ultimo del suffragio, sia perché rallentano i processi decisionali, sia perché relativizzano il peso del voto, ponderandone l'incidenza in termini di rappresentatività e perfino assicurando ai rappresentanti la facoltà di discostarsi dalle indicazioni ricevute dagli elettori o dal partito di appartenenza<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Benché indicazioni di questo tipo potessero già esplicitamente rinvenirsi in C. cost. sent. 16/1978, p.to 5 cons. dir., laddove si prevedeva una formulazione univoca e non contraddittoria del quesito referendario, il richiamo qui va a C. cost. sentt. 27/1982; 47/1991; 16/1997; 23/1997; 28/1997; 39/2000; 40/2000; 50/2000; 42/2003 e 45/2003. Ma si vedano anche C. cost. sentt. 29/1987 e 47/1991.

<sup>43</sup> C. cost. sent. 29/1993. In dottrina, M. Luciani, *Omogeneità e manipolatività delle richieste di referendum abrogativo tra libertà di voto e rispetto del principio rappresentativo*, in Aa.Vv., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, 1998, 81 ss.; J.M. Denquin, *Référendum et plébiscite*, Parigi, 1976, 42 ss.; N. Vizioli, *Chiarezza, univocità ed omogeneità nella giurisprudenza costituzionale sul referendum abrogativo*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, 1997, 416 ss.

<sup>44</sup> Analogamente, C. cost. sentt. 15/2008 e 16/2008.

<sup>45</sup> *Ex multis*, C. Biancalana, *Il populismo nell'era di internet. Retorica e uso del web nel Movimento 5 Stelle*, in *Il Mulino*, 1/2014, 53 ss.; P. Pombeni, *Typologie des populismes en Europe (XIX-XX siècle)*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1/1997, 50 ss.; R.S. Jansen, *Populist mobilization: a new theoretical approach to populism*, in *Sociological Theory*, 2/2011, p. 75 ss.; B. Moffitt, S. Tormey, *Rethinking populism: Politics, mediatization and political style*, in *Political Studies*, 2/2014, 381 ss.

<sup>46</sup> Più in generale, P. Taggart, *Populism*, Buckingham-Philadelphia, 2000.

<sup>47</sup> Per tutti, R. Barr, *Populists, outsiders and the anti-establishment politics*, in *Party politics*, 1/2009, 29 ss.; P. Mair, *Populist Democracy Vs Party Democracy*, in Y. Mény, Y. Surel (eds), *Democracy*

La stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 14 del 1964 ha espressamente riconosciuto che, per effetto del divieto di mandato imperativo, il parlamentare «è libero di votare secondo gli indirizzi del proprio partito, ma è anche libero di sottrarsene; nessuna norma potrebbe legittimamente disporre che derivino conseguenze a carico dell'eletto, per il solo fatto che egli abbia votato contro le istruzioni di partito»<sup>48</sup>. L'unico precedente interessato dall'applicazione diretta dell'art. 67 Cost. impone pertanto di riconsiderare la valenza garantistica delle previsioni costituzionali poste a presidio dell'ufficio di parlamentare, salvaguardando l'autonomia decisionale di deputati e senatori all'interno del circuito democratico-rappresentativo<sup>49</sup>.

Considerato in questi termini, l'art. 67 Cost. tutela espressamente l'autonomia dei membri delle Camere e riafferma l'assoluta centralità del Parlamento, anche rispetto alle indicazioni ricevute dai cittadini mediante il voto. Il divieto di mandato imperativo agisce cioè come limite logico alla dissoluzione della rappresentanza politica, imprimendo alle Assemblee elettive una caratterizzazione tipica e infungibile, finalizzata alla composizione di interessi strutturalmente confliggenti<sup>50</sup>. Da questo punto di vista, la necessaria assenza di istruzioni imperative illumina anche la funzione intermediatrice affidata ai partiti, i quali, svincolati dalle pressioni provenienti da istanze frazionali, restano liberi di diffondere una propria visione dell'interesse generale<sup>51</sup>.

In aperto contrasto con le logiche populistiche, che mirano a svalutare il ruolo delle Camere per assecondare l'emersione immediata della volontà popolare, l'interpretazione fornita dal giudice delle leggi ricostruisce il rapporto che lega eletti ed elettori in termini non organici e ribadisce la componente rappresentativa della democrazia come argine a ogni possibile deriva plebiscitaria, sottolineando

---

*and the Populist Challenge*, Londra, 2001, 81 ss.; P. Wiles, *A Syndrome, not a Doctrine*, in E. Gellner, G. Ionescu (eds), *Populism*, Londra, 1969, 166 ss.; T. Pappas, *Modern populism: research advances, conceptual and methodological pitfalls, and the minimal definition*, in W.R. Thompson (eds), *Oxford Research Encyclopaedia of Politics*, Oxford, 2016, 168 ss.; C. Postel, *The populist vision*, Oxford, 2007, 74 ss.

<sup>48</sup> C. cost. sent. 14/1964, p.to 2, cons. dir. In dottrina, P. Ridola, *Divieto del mandato imperativo e pluralismo politico*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova 1985, 680 ss.; G. Pasquino, *Partiti, istituzioni, democrazie*, Bologna, 2014, 303 ss.; N. Urbinati, *Anti-party-ism as a Structural Component of Italian Democracy*, in P. Blokker, M. Anselmi (eds), *Multiple Populisms. Italy as Democracy's Mirror*, Londra, 2020, 67 ss.

<sup>49</sup> In questo senso, L. Ciaurro, *Art. 67 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1295; N. Zanon, *Il divieto di mandato imperativo e la rappresentanza nazionale: autopsia di due concetti*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano 2001, 131 ss.; S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, 2004, 27 ss.; C. De Fiores, *Sulla rappresentazione della Nazione. Brevi note sul divieto di mandato imperativo*, in *Dir. Soc.*, 1/2017, 19 ss.; G. Grasso, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle*, in *Oss. Cost.*, 2/2012, 1 ss.

<sup>50</sup> Così, C. cost. ord. 17/2019, secondo cui dall'art. 67 Cost. scaturirebbe il diritto costituzionalmente garantito di apportare emendamenti e correzioni al testo legislativo, soprattutto in caso di gravi violazioni, per poi votare in modo conforme alle convinzioni maturate.

<sup>51</sup> *Cfr.* C. cost. sent. 106/2002; C. cost. ord. 79/2006; C. cost. sent. 13/2012.

senza equivoci come l'unico contesto istituzionale destinato alla formazione della "volontà generale" sia quello degli organi rappresentativi: solo in Parlamento è possibile rispecchiare compiutamente le divisioni insite nella società civile e raggiungere un accordo rispettoso dei diritti delle minoranze<sup>52</sup>.

In vero, la svalutazione del libero mandato scaturisce proprio da un'implicita negazione del pluralismo sociale e istituzionale, basata, a sua volta, su una pretesa equivalenza tra volontà del partito e istanze degli elettori. I movimenti populistici sottopongono continuamente le decisioni da adottare a prelievi consultazioni popolari – tipicamente on-line – caldeggiando un progressivo abbandono dei tradizionali meccanismi rappresentativi con forme di partecipazione diretta, che tuttavia forzano i cittadini ad esprimersi soltanto con un'alternativa secca su opzioni già formulate dalla minoranza dirigente<sup>53</sup>.

Al contrario, il divieto di mandato imperativo, per come è stato ricostruito dal giudice delle leggi, garantisce l'apertura del processo di formazione della volontà popolare, preservando l'autonomia decisionale dei parlamentari e sottraendo il compromesso raggiunto all'interno delle Assemblee elettive a qualsiasi riserva di approvazione esterna. Così gli eletti rimangono il perno di un sistema trilatero, che vede tutti i cittadini concorrere alla determinazione della politica nazionale nei partiti e che, per il loro tramite, investe i rappresentati del compito di ricomporre le istanze condivise con altre visioni ugualmente meritevoli di tutela giuridica<sup>54</sup>.

La giurisprudenza costituzionale, in breve, si è sempre opposta ad un'integrale sostituzione della rappresentanza in Parlamento con forme alternative di ascendenza populistica, sia perché le funzioni democratiche di mediazione e controllo possono essere assolte unicamente da un'istituzione che includa in forma stabile una maggioranza e un'opposizione, sia perché le opinioni degli elettori non possono essere strutturalmente ridotte a una presunta onniscienza, che contrapponga in blocco al volere dei governanti il "popolo", in quanto tale<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> C. cost. sent. 129/1981. In dottrina, D. Nocilla, *Il libero mandato parlamentare*, in Aa.Vv., *Il Parlamento*, Padova 2001, 72 ss.; M. Sorice, E. De Blasio, *Techno-populism and Direct Representation*, in P. Blokker, M. Anselmi (eds), *Multiple Populisms. Italy as Democracy's Mirror*, 127 ss.; M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza*, cit. 109 ss.

<sup>53</sup> M. Damiani, *Citizen Democracy. "New Politics" in "New Participation" Models*, in P. Blokker, M. Anselmi (eds), *Multiple Populisms. Italy as Democracy's Mirror*, Londra, 2020, 181 ss.; P. Costanzo, *La democrazia elettronica. Note minime sulla c.d. e-democracy*, in *Dir. Inf.*, 1/2003, 467 ss.; S. Ceccanti, S. Curreri, *I partiti antisistema nell'esperienza italiana: il Movimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in *DPCE*, 3/2015, 799 ss.; F. Pizzetti, *Partiti politici e nuove tecnologie*, in *Federalismi.it*, 21/2008; A. Voßkuhle, *Populismo e democrazia*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2018, 785 ss.

<sup>54</sup> C. cost. sent. 246/2004; C. cost. sent. 249/2006 e C. cost. sent. 317/2009.

<sup>55</sup> Così, *ex multis*, A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018, 57 ss.; G. Azzariti, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in Aa.Vv., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, 2009, 177 ss.; P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, 82 ss.

Da questo punto di vista, anche le celebri sentenze n.1 del 2014 e n. 35 del 2017 hanno ribadito le condizioni pratiche, indispensabili, affinché la volontà popolare sia scevra da alterazioni e possa quindi esprimersi nella maniera più libera e genuina possibile. La Corte è così arrivata a scrutinare qualsiasi distorsione del suffragio che, manipolando irragionevolmente le preferenze, comprometta in concreto la libertà e l'uguaglianza del voto<sup>56</sup>. Questa contestualizzazione ponderata del suffragio e del correlativo rapporto tra eletti ed elettori ha contribuito a rafforzare gli strumenti teorici necessari per contrastare le derive populistiche più evidenti, sposando un'interpretazione dei principi costituzionali come principale limite operativo da contrapporre ad iniziative politiche, intraprese sulla base di occasionali istanze demagogiche<sup>57</sup>.

Si pensi, ad esempio, a tutte le decisioni relative al trattamento di detenuti e immigrati, in cui il giudice costituzionale, ribadendo la necessità di addivenire ad un ragionevole bilanciamento tra esigenze di difesa sociale e tutela dei diritti fondamentali, ha escluso tassativamente che il “nucleo essenziale” delle libertà individuali possa essere intaccato dalle scelte di maggioranza.

Nel sistema di rapporti tra Stato e cittadini immaginato dai movimenti populistici primeggia il convincimento che l'espiazione della pena, specie se comminata per gravi delitti, debba essere quasi esclusivamente ispirata a criteri retributivi tanto forti da relegare in secondo piano la rieducazione del reo. Assai frequentemente, dunque, l'indignazione per la concessione di benefici premiali a soggetti che si trovano in regime di privazione della libertà percorre parte dell'opinione pubblica, introducendo l'idea che l'asprezza delle condizioni in cui si sconta effettivamente la propria condanna sia in grado dispiegare un'efficacia dissuasiva supplementare rispetto alla misura detentiva in sé e per sé considerata<sup>58</sup>.

Per parte sua, il giudice costituzionale ha ripetutamente confutato questa tesi, ribadendo, a vario titolo, la portata precettiva dell'art. 27, comma 3, Cost. ed escludendo che i trattamenti cui vengono sottoposte le persone ristrette siano tali da offendere «la dignità della persona umana»<sup>59</sup>. Le libertà riconosciute ai detenuti

<sup>56</sup> Così P. Leyland, *Referendums, Popular Sovereignty, and the Territorial Constitution*, in R. Rawlings, P. Leyland, A. Young (eds), *Sovereignty and the Law*, Oxford, 2013, 145 ss.; N. Urbinati, *Democracy and Populism*, in *Constellations*, 1/1998, 110 ss.; H. Kitschelt, *Popular Dissatisfaction with Democracy: Populism and Party Systems*, in Y. Mény, Y. Surel (eds), *Democracy and the Populist Challenge*, Londra, 2001, 179 ss.

<sup>57</sup> In prospettiva non dissimile, A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. Dir.*, 2/2006, 171 ss.

<sup>58</sup> *Amplius* M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, 38 ss.; J. Pratt, *Penal Populism*, Londra-New York, 2004; G. Silvestri, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit. 991; G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 1/2013, 105 ss.; D. Garland, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004.

<sup>59</sup> In una prospettiva più generale, R. Cornelli, *Contro il pan-populismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4/2019, 129 ss.; V. Shammass, *Who's afraid of penal populism? Technocracy and 'the people' in the sociology of punishment*, in *Cont. Just. Rev.*, 3/2016, 325 ss.; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 1/2013, 123 ss.; L. Corso, *When Anti-Politics Becomes Political: What can*

possono chiaramente subire delle limitazioni, ma quelle restrizioni devono essere finalizzate a soddisfare unicamente le esigenze di sicurezza correlate alla custodia in carcere, ragion per cui ogni ulteriore compressione dei diritti fondamentali acquisirebbe *ipso facto* «un valore afflittivo incompatibile con il dettato della Costituzione»<sup>60</sup>.

A questo proposito, si può segnalare anzitutto la sentenza n. 341 del 2006, che ha riconosciuto ai detenuti il diritto di far valere le pretese nascenti dalla prestazione della propria attività lavorativa all'interno di un procedimento giurisdizionale, celebrato nel rispetto dei principi del contraddittorio e improntato all'osservanza di un «nucleo minimo di garanzie processuali, tese ad assicurare piena effettività alle disposizioni di cui agli articoli 24 e 111 della Costituzione»<sup>61</sup>. In termini non dissimili, vengono pure in rilievo le statuizioni contenute nella sentenza n. 135 del 2013, la quale, partendo dall'esistenza di un «diritto soggettivo all'informazione del detenuto», si è pronunciata sulla necessità di assicurare «una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria, ritenuti lesivi dei loro diritti»<sup>62</sup>.

Analogamente, la Consulta si è pronunciata sul divieto di sottoporre i prigionieri a trattamenti inumani e degradanti, manifestando qui una significativa convergenza con quanto precedentemente deciso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso “Torregiani c. Italia”<sup>63</sup>. Nella sentenza n. 279 del 2013, il giudice costituzionale ha infatti descritto la realtà carceraria italiana come «strutturalmente contrassegnata da intollerabili condizioni di sovraffollamento», le quali, incidendo sul «residuo irriducibile della libertà personale del detenuto», finiscono per pregiudicare i connotati inderogabili dell'esecuzione penale, costringendo le persone ristrette – vista e considerata anche la natura endemica del fenomeno – in condizioni «contrarie al senso di umanità».

In questo contesto, emerge certamente anche la recente sentenza n. 253 del 2019 in tema di ergastolo ostativo, tramite cui la Corte ha avuto modo di precisare che «il detenuto per un reato di associazione mafiosa può essere premiato, qualora decida di collaborare con la giustizia, ma non può essere ulteriormente punito, negandogli i benefici riconosciuti a tutti gli altri reclusi, nel caso in cui, invece, non intenda prestare la propria cooperazione»<sup>64</sup>. In questa ipotesi, prosegue il giudice delle leggi, «la presunzione di pericolosità resta, ma non assume carattere assoluto», potendo sempre essere superata, allorché il magistrato di sorveglianza acquisisca elementi tali da escludere che la persona ristretta «presenti ancora dei

---

*the Italian Five Star Movement Tell us about the Relationship Between Populism and Legalism*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 3/2019, 462 ss.

<sup>60</sup> C. cost. sent. 212/1997, p.to 3 cons. dir.

<sup>61</sup> C. cost. sent. 341/2006, p.to 3.1 cons. dir.

<sup>62</sup> *Cfr.* C. cost. sent. 135/2013, p.to 4.1 cons. dir. quando il reclamo diretto al magistrato di sorveglianza riguarda la lesione di un diritto, il procedimento che si instaura assume natura giurisdizionale, giacché «non può esistere una posizione giuridica sostanziale, senza che vi sia anche un giudice davanti al quale tale diritto possa essere fatto valere». Si vedano anche C. cost. sentt. 26/1999 e 526 del 2000.

<sup>63</sup> *Cfr.* anche ECrtHR, *Torregiani and others v. Italy*, 8 gennaio 2013.

<sup>64</sup> C. cost. sent. 253/2019, p.to 8.1 cons. dir.

collegamenti con l'associazione criminale o possa altrimenti ripristinare rapporti di questo tipo»<sup>65</sup>.

Ulteriore argomento cardine impiegato dal populismo per coagulare il consenso, riguarda l'afflusso massiccio di immigrati sul territorio nazionale. Secondo questa ricostruzione, il migrante – regolare o irregolare che sia – rappresenta un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico<sup>66</sup>. Talvolta, simili preoccupazioni hanno addirittura condotto a ritenere intrinsecamente ingiusta l'erogazione di alcune basilari misure di tutela sociale anche agli stranieri. Questi tentativi di discriminazione si sono manifestati tanto in termini diretti, ossia mediante divieti espliciti, quanto in via indiretta, vale a dire tramite l'imposizione di prerequisiti assai gravosi o perfino impossibili da soddisfare per gli immigrati, ma dal punto di vista della legittimità costituzionale il risultato è sempre stato perfettamente equivalente. La Corte, infatti, ha giudicato in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. ogni condizione aggiuntiva prevista per gli stranieri che non trovasse adeguata giustificazione in esigenze obiettive legate alla natura della prestazione da erogare.

La giurisprudenza in materia è decisamente copiosa e riguarda principalmente la legislazione regionale. In questa sede, tuttavia, sembra sufficiente una rapida panoramica, per avere contezza dell'atteggiamento complessivamente tenuto dal giudice delle leggi. Innanzitutto, la Corte ha avuto modo di precisare che «lo straniero presente anche irregolarmente sul territorio nazionale ha comunque diritto a fruire di tutte le prestazioni sanitarie indifferibili ed urgenti»<sup>67</sup>. Allo stesso modo, esiste «un nucleo irriducibile del diritto alla salute», protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, «che deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nello Stato»<sup>68</sup>.

Ancora, deve ritenersi contrario a Costituzione il tentativo di subordinare la concessione di una misura di assistenza sociale al possesso della residenza, protratta per un significativo periodo di tempo, «non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata della permanenza sul territorio nazionale e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona, cui la provvidenza erogata intende sopperire»<sup>69</sup>. Similmente, il giudice delle leggi ha ritenuto illegittima la mancata inclusione degli stranieri «tra gli aventi diritto alla

---

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Tra i contributi più recenti, A. Spataro, *Politiche della sicurezza e diritti fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2/2016, 167 ss.; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019; M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, 2012.

<sup>67</sup> Cfr. C. cost. sent. 252/2001, p.to 5 cons. dir.

<sup>68</sup> C. cost. sent. 269/2010, p.to 4.1 cons. dir.

<sup>69</sup> C. cost. sent. 22/2015, p.to 3 cons. dir. Conf. C. cost. sent. 2/2013, secondo cui «è costituzionalmente illegittimo subordinare alla titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato della pensione spettante alle persone non vedenti e della speciale indennità». Analogamente, C. cost. sent. 106/2018, p.to 3.4 cons. dir. e C. cost. sent. 40/2011.

circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea», riconosciuto agli invalidi per cause civili<sup>70</sup>.

In termini del tutto equivalenti è apparso pure irragionevole «discriminare i non cittadini, stabilendo nei loro riguardi particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona umana», qualora si tratti di attribuire misure di sostegno, i cui presupposti siano la totale disabilità al lavoro, l'incapacità di deambulazione autonoma o l'impossibilità di compiere gli atti quotidiani della vita<sup>71</sup>. Conclusivamente, dunque, le provvidenze rivolte al sostegno delle persone in stato di bisogno e di disagio non tollerano distinzioni basate sulla cittadinanza o sulla residenza, ragion per cui la tutela della dignità personale integra, in ogni caso, un argine invalicabile alle opzioni politiche della maggioranza<sup>72</sup>.

### 3. Il canone *ut res magis valeat quam pereat*

Alla luce di questa breve rassegna giurisprudenziale, emerge in maniera piuttosto eloquente il criterio ermeneutico che ha stabilmente guidato gli interventi del giudice costituzionale nel nostro ordinamento con riguardo alla riproposizione più o meno ciclica di alcune pretese populistiche. Con frequenza sempre crescente, la Corte ha interpretato la Costituzione *magis ut valeat*, ovvero assicurando alla Carta fondamentale la massima forza espansiva, «perché così vogliono la sua natura e la sua funzione di atto normativo, volto a disciplinare obbligatoriamente la maggior parte dei comportamenti pubblici e privati»<sup>73</sup>.

Il giudice delle leggi, insomma, ha progressivamente orientato la propria attività esegetica nel senso di attribuire alle disposizioni costituzionali una precettività immediata e diretta, che rafforzasse i vincoli storici, politici e giuridici derivanti dalla stipulazione del patto sociale originario: se lo Stato costituzionale di diritto è il frutto di un accordo destinato a perdurare nel tempo e finalizzato alla pacifica convivenza tra i consociati, il principio maggioritario rivisitato in chiave populistica non può essere assunto come l'unica fonte di legittimazione della democrazia<sup>74</sup>.

Partendo da quell'idea di compromesso, ben radicata nei lavori dell'Assemblea Costituente e appellandosi alla tutela dei diritti inviolabili in ogni ambito della vita sociale, il ricorso sistematico ai principi generali ha permesso alla Corte di evitare che la volontà contingente e necessariamente relativa espressa dagli elettori giungesse a soverchiare i valori meta-democratici su cui si basano tutti i moderni sistemi costituzionali. Questo canone ermeneutico si è così

<sup>70</sup> C. cost. sent. 432/2005.

<sup>71</sup> C. cost. sent. 306/2008, p.to 10 cons. dir.

<sup>72</sup> C. cost. sent. 40/2011.

<sup>73</sup> Secondo la celebre espressione di V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* (1952), in Id., *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, 128 ss. Conf. A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, 88; V. Onida, *Relazione*, in Aa.Vv., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 61 ss.; G. Corso, *La Costituzione come fonte di diritti*, in *Rag. Prat.*, 1/1998, 87 ss.

<sup>74</sup> *Ex plurimis*, M. Fioravanti, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2/2014, p. 295 ss.; J.C. Bayon, *Diritti, democrazia, costituzione*, in *Rag. Prat.*, 1/1998, 41 ss. nonché *passim* S. Bartole, *La Costituzione è di tutti*, Bologna, 2012.

intimamente legato alla struttura normativa della Costituzione e ha riequilibrato le spinte populistiche, riducendo al minimo gli ambiti costituzionalmente privi di regolamentazione<sup>75</sup>.

In tale prospettiva, le norme costituzionali sono state interpretate in chiave dinamico-evolutiva e si sono espanse fino a quasi ad azzerare gli ambiti riservati integralmente alle logiche aritmetiche del voto e al dominio esclusivo delle forze di maggioranza, determinando in questa maniera una sorta di discontinuità tra il suffragio espresso dai cittadini e gli interventi promossi in concreto dai pubblici poteri.

All'argomento letterale, all'*intentio legislatoris*, all'originalismo, alla costanza terminologica, alla prova storica e, più in generale, alle tecniche tradizionalmente impiegate per l'interpretazione della legge, si quindi è sostituito in modo graduale, ma fisiologico, un criterio ermeneutico del tutto nuovo, che ha conferito alla Costituzione una sua naturale specificità e ha permesso ai principi fondamentali di permeare in modo capillare i settori dell'ordinamento, mediante il bilanciamento e la concretizzazione delle disposizioni interessate. La Costituzione è così giunta a rideterminare tutti i significati normativi, orientando l'attività degli operatori giuridici, al punto tale che la stessa legge deve ora essere reinterpretata in senso conforme ai precetti contenuti nella Carta fondamentale<sup>76</sup>.

Da questo punto di vista, la lettura estensiva della Costituzione ha anche valorizzato le due dimensioni antitetiche che connotano ogni forma di democrazia contemporanea: la componente politica, destinata a risolversi nel governo della maggioranza, e la componente costituzionale, che sottopone invece a dei limiti stringenti anche il voto popolare<sup>77</sup>. Se si segue questa linea esegetica, l'attuazione dei principi inscritti in Costituzione restringe necessariamente i margini di manovra a disposizione del decisore politico, poiché il legislatore, anche quando beneficia di un amplissimo consenso popolare, è chiamato ad attuare i programmi contenuti nella Carta fondamentale, operando scelte rispettose di tutti gli interessi coinvolti nel caso concreto<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Così R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. Cost.*, 1/2007, 39 ss. il quale avverte circa i rischi di una eventuale pan-costituzionalizzazione della vita sociale, che porta a dilatare l'esegesi costituzionale, sino a coprire qualunque lembo della vita civile. *Conf.* V. Angiolini, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 29; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, 62-63.

<sup>76</sup> Ad esempio, M. Ruotolo, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, 142 ss.; M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it*, 16/2007; R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 219.

<sup>77</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016, 73 ss.; A.C. Jemolo, *Che cos'è la Costituzione (1946)*, Roma, 1996, 59-60; F. Belvisi, *Un fondamento delle Costituzioni democratiche contemporanee? Ovvero: per una Costituzione senza fondamento*, in Aa.Vv., *Democrazia, diritti, Costituzione*, Bologna 1997, 231 ss.

<sup>78</sup> Sul rapporto tra interpretazione costituzionale e potere discrezionale del legislatore, anzitutto, L. Corso, *What does Populism have to do with Constitutional Law? Discussing Populist Constitutionalism and its Assumptions*, in *Riv. Fil. Dir.*, 2/2014, 443 ss.; M. Luciani,

A lungo andare, dunque, il canone *magis ut valeat* ha introdotto una sorta di gerarchizzazione tra le norme costituzionali, tale per cui l'espressione della sovranità popolare non è legittima di per sé, ma lo diventa se – e solo se – rispetta il “nucleo duro” della Costituzione. La lettura espansiva dei principi e dei diritti costituzionali, esaltando le componenti liberali della democrazia, si è opposta di conseguenza a qualsiasi utilizzo strumentale del principio maggioritario e ha escluso quegli approcci opportunistici alla Carta fondamentale tipici dei movimenti populistici, i quali, quando si trovano all'opposizione, si appellano continuamente alle prerogative costituzionali, mentre, quando sono al Governo, tentano di riformare la Costituzione, marginalizzando il ruolo difensivo delle Istituzioni di garanzia e riducendo i diritti delle minoranze<sup>79</sup>.

Il suffragio resta sempre uno dei caposaldi del sistema democratico, ma subisce una costante rilettura alla luce dei “principi supremi” e il concetto stesso di democrazia acquisisce un significato nuovo e diverso, tale per cui gli interventi della maggioranza non si giustificano automaticamente, ma diventano legittimi, in quanto si pongono a garanzia dei diritti individuali, in modo da bilanciare le istanze delle minoranze. In definitiva, affinché il sistema funzioni, non serve solo un ovvio consenso popolare, ma è necessario che le scelte compiute dagli elettori trovino un temperamento o, se si preferisce, una propria strutturale limitazione, in ragione di tutte le altre istanze recepite nella Carta fondamentale<sup>80</sup>.

#### 4. Il caso ungherese: l'interpretazione costituzionale tra rigidità e flessibilità

4563

Venendo ora ad esaminare il modello ungherese, lo studio delle tecniche interpretative impiegate dal giudice costituzionale magiaro ci consegna due periodi storici distinti: uno coincidente con la democratizzazione della Costituzione del 1949, successiva alla caduta del regime comunista; l'altro, ancora in atto, conseguente alla riforma del 2011, che ha invece condotto all'approvazione della nuova Legge Fondamentale, causando una torsione illiberale della forma di Stato<sup>81</sup>.

---

*Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 41 ss.; K. Armingeon, R. Guthmann, *Democracy in crisis? The declining support for national democracy in European countries*, in *EJPR*, 3/2014, 423 ss.

<sup>79</sup> Per tutti, P. Blokker, *The Populist Assault on the Constitution*, in P. Blokker, M. Anselmi (eds), *Multiple Populisms. Italy as Democracy's Mirror*, Londra, 2020, 196 ss.

<sup>80</sup> Per tutti, A. Spadaro, *Costituzionalismo*, in *Enc. Fil.*, Milano 2006, 2369 ss.

<sup>81</sup> In tal senso, V. Lubello, *La revisione della Costituzione*, in G.F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, 37; F. Dau, *L'esperienza costituzionale ungherese e l'equilibrio tra democrazia diretta e principio rappresentativo. Brevi note a margine dell'approvazione del nuovo testo costituzionale dell'aprile 2011*, in *Federalismi.it*, 24/2011; F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, 2013, 23; F. Fabbrini, *L'Ungheria, i diritti fondamentali e l'Unione europea: è tempo di attivare l'art. 7 TUE?*, in *Dir. Comp.*, 16 gennaio 2012; M. De Simone, *Ungheria: La nuova Costituzione. Verso una deriva autoritaria?*, in *Forum Quad. Cost.*, 16 settembre 2011. In aggiunta, si vedano G. Milani, *Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l'esperienza ungherese*, in *DPCE online*, 4/2019, 2917 ss.; V. Carlino, *Ungheria: le autorità indipendenti e la “democratic erosion”*, in *Nomos*, 3/2019, 1 ss.; F. Delfino, *La*

Questa bipartizione, specie se raffrontata in chiave sinottica con la vicenda italiana, si rivela assai utile per apprezzare in concreto quali siano gli elementi sistemici in grado di influenzare l'attività ermeneutica delle Corti rispetto alle rivendicazioni populiste. Al netto di alcune oscillazioni da parte della dottrina tutt'altro che unitaria nel suo approcciarsi alla materia, infatti, l'ordinamento magiaro rappresenta un sistema populistico ascrivibile all'interno della categoria tassonomica dell'*authoritarian populism*<sup>82</sup>. Una forma mistificante, o meglio opportunistica, di populismo, che ai comuni elementi della retorica anti-elitista si pone necessariamente in antitesi rispetto ai canoni del costituzionalismo democratico, cercando a vario titolo di annullarne la componente liberale «using, or rather misusing or abusing populism in its rhetoric as an instrument for the pursuit of authoritarian goals»<sup>83</sup>. Si assiste così alla sublimazione di un approccio prettamente formale della democrazia, il quale, pur rivendicandone artificialmente i valori informatori, al contempo, ne erode le fondamenta secondo logiche funzionali a garantire l'(auto)conservazione del potere, fino quasi ad annichilirne gli elementi caratterizzanti come la divisione dei poteri, l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali o la capacità di azione dei contropoteri istituzionali<sup>84</sup>. In questa stessa logica, si spiega pure l'originario progetto *orbanista* finalizzato a superare sul piano istituzionale prima e sociale poi proprio la tradizionale organizzazione del potere, gettando in questo modo le basi per una durevole

---

democrazia “illiberale”: il modello di democrazia “sovrana” in Russia e di democrazia “cristiana” in Ungheria. *Origini, similitudini e divergenze*, in *NAD*, 2/2019, 46 ss. Per un *excursus* storico, K. Egresi, *La storia del costituzionalismo ungherese*, in *Nomos*, 1/2012, 1 ss. Da ultimo, C. Pistan, *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, Bologna 2015, 230.

<sup>82</sup> Sui diversi approcci al populismo, L. Corso, *Populismo, limiti al potere e giudici costituzionali. Una lezione americana*, in *Ragion Pratica*, 1/2019, 214 ss.; P. Blokker, *Varieties of populist constitutionalism: The transnational dimension*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 332 ss.; M. Tushnet, *Varieties of populism*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 382 ss.; B. Bugarcic, *The two faces of populism: Between authoritarian and democratic populism*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 392 nonché T. Fenucci, *Riflessioni sul populismo*, in *Federalismi.it*, 14/2019, 15 ss.; A. Spadaro, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla... “democrazia”, in DPCE online*, 3/2020, 3885; A. Di Gregorio, *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*, in *NAD*, 2/2019, 1 ss.

<sup>83</sup> Sul punto si vedano, K.L. Scheppele, *The opportunism of populist and the defense of constitutional liberalism*, cit. 314 ss.; P. Blokker, *Populist Counter-Constitutionalism*, cit., G. Halmai, *Populism, authoritarianism and constitutionalism*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 298; A. Bozóki, *Occupy the State: the Orbán Regime in Hungary*, in *J. Cont. Cen. East. Eur.*, 3/2011, 650; Fournier, *From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 364 ss. nonché A. Di Gregorio, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo dei termini “democrazia” e “costituzionalismo”*, in *DPCE online*, 3/2020, 3928-3929.

<sup>84</sup> B. Bugarcic, A. Kuhelj, *Varieties of Populism in Europe: Is the Rule of Law in Danger?*, in *Hague J. Rule Law*, (2018), 10, 22-23 e R. Toniatti, *Democrazia illiberale e forma di Stato costituzionale di diritto nel costituzionalismo euro-atlantico: contingenze elettorali o cambio di paradigma?*, in *DPCE online*, 3/2020, 3949. Si vedano anche R. Tarchi, *Le “democrazie illiberali” nella prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune riflessioni di sintesi*, in *DPCE online*, 3/2020, 4156 e L. Jakcli, M. Stenberg, *Everyday illiberalism: How Hungarian subnational politics propel single-party dominance*, in *Governance*, 2020, 1 ss.

egemonia culturale, caratterizzata dalla creazione di una «nationalistic, homogeneous and self-referential society»<sup>85</sup>.

In questo mosaico assai complesso, la Carta costituzionale si presenta come un documento sostanzialmente flessibile, sprovvisto cioè di limiti materiali, espliciti o impliciti, al potere di revisione<sup>86</sup>. Il riscontro normativo di quanto si va sostenendo emerge plasticamente se si considera il portato dell'art. S), par. 2 FL, dedicato proprio al procedimento di approvazione e di emendamento della Legge Fondamentale, in cui gli aggravii previsti per la deliberazione finale sono dati esclusivamente dal raggiungimento della maggioranza qualificata dei due terzi dei membri dell'Assemblea Nazionale. Ne deriva la mancanza di una chiara separazione fra “potere costituente” e “potere costituito”, che assimila nell'esercizio dell'azione parlamentare la funzione di revisione e la funzione legislativa<sup>87</sup>.

Questo approccio prettamente formalistico alla Legge Fondamentale manifesta chiaramente una lettura strumentale della Costituzione, in cui l'appello alla sovranità popolare diventa funzionale primariamente all'autoconservazione del potere<sup>88</sup>. Da questo punto di vista, il richiamo ai valori democratici appare del tutto artificioso, poiché in realtà i movimenti populistici attraverso un oculato impiego della fonte legislativa e, non da ultimo, mediante l'adozione di puntuali emendamenti alla Legge Fondamentale mirano a svuotare la Costituzione di ogni suo elemento contro-maggioritario, soprattutto attraverso processi riformatori che godano del più ampio consenso possibile da parte del popolo<sup>89</sup>. Secondo questa

---

<sup>85</sup> Un prototipo nazionalista e segnatamente identitario destinato a non sedimentarsi riduttivamente entro i confini ungheresi, bensì deputato a fungere avanguardisticamente da archetipo emulativo per altri Paesi nel solco di un destino comune segnato da un condiviso rigetto della matrice liberale propria della cultura occidentale. A. Di Gregorio, *Hungarian constitutional developments and measures to protect the rule of law in Europe*, in *DPCE online*, 2/2019, 1467-1468. Conf. S. Bottoni, *L'Ungheria di Viktor Orbán*, in *Il Mulino*, 6/2011, 1011; nonché S. Rogers, *Hungarian authoritarian populism: a neo-Gramscian perspective*, in *East Eur. Politics*, Vol. 36, 1/2020, 112; G. D'Ignazio, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in *DPCE online*, 3/2020, 3865-3866 e M. Congiu, *Il partito Fidesz tra regolamenti di conti interni e difesa degli interessi nazionali*, in *NAD*, 2/2020, 5.

<sup>86</sup> Le stesse Costituzioni socialiste, d'altronde, non contenevano limiti espressi, destinati a circoscrivere l'azione di revisione a protezione dei principi fondamentali. L'unica eccezione implicita poteva forse rinvenirsi nella forma di Stato. Così, I. Halász, *Trends of Constitutional Amendments in Central Europe after 2008*, in *Hung. J. Leg. St.*, 2/2017, 178; A. Di Gregorio, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in *DPCE online*, 3/2018; M. Ganino, *La revisione costituzionale in Europa Orientale*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno ed esperienze straniere*, Milano, 2007, 455 e N. Chronowski, M. Varju, *Two Eras of Constitutionalism: From the Rule of Law to Rule by Law*, in *Hague J. Rule Law*, (2016), 8, 278.

<sup>87</sup> CCH, dec. n. 45/2012. (XII. 29.), p.to 3.2. Diffusamente, N. Chronowski, *Carved in granite? Variable constitutional architecture in Hungary (2010-2018)*, in *DPCE online*, 2/2019, 1485 e O. Doyle, *Populist constitutionalism and constituent power*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 162-163.

<sup>88</sup> B. Bugaric, A. Kuhelj, *Varieties of Populism in Europe: Is the Rule of Law in Danger?*, in *Hague J. Rule Law*, (2018), 10, 22-23. In aggiunta, L. Jakcli, M. Stenberg, *Everyday illiberalism: How Hungarian subnational politics propel single-party dominance*, in *Governance*, 2020, 1 ss.; L. Mezzetti, *Corrosione e declino della democrazia*, in *DPCE*, 2019, Fasc. Spec., 429.

<sup>89</sup> Fra gli altri, P. Mori, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi.it*, 8/2020, 1. Per uno sguardo complessivo, T. Groppi, *Turchia*

lettura, in altri termini, «the sovereign ruler is not a constitution but a political nation; the outcome is pressure being exerted on the political constitution and a 'dejuridisation' of the public domain»<sup>90</sup>.

L'assenza di vincoli impliciti o espliciti alla possibilità di introdurre modifiche al testo della Legge Fondamentale finisce necessariamente per ripercuotersi sui margini d'intervento riservati al giudice costituzionale, comprimendone il ruolo istituzionale di controllo<sup>91</sup>. Fatta eccezione, infatti, per eventuali violazioni procedurali, la Corte costituzionale magiara «can't annul [...] any provision of the Constitution. If a provision had been adopted by the two-thirds majority vote of the members of Parliament, then it has become part of the Constitution and it is therefore theoretically impossible to establish its unconstitutionality [...] as it is theoretically impossible to examine the constitutionality of the Constitution, the Constitutional Court is not competent to resolve any real or alleged conflict between the provisions of the Constitution»<sup>92</sup>.

Questo, però, non ha impedito alla Corte, nella sentenza n. 45/2012. (XII. 29), di dichiarare l'illegittimità di alcune Disposizioni transitorie, le quali, contravvenendo ai dettami della Legge Fondamentale, si collocavano ambiguamente all'interno della gerarchia delle fonti, pregiudicando l'unitarietà e la coerenza del sistema<sup>93</sup>. Seguendo l'*iter* argomentativo del giudice costituzionale, la Legge Fondamentale si presenta come un testo unitario, destinato, per sua natura, a durare nel tempo e, di conseguenza, non può essere sottoposta ad un continuo processo di modificazione, che ne alteri la stabilità. Per tale ragione, ciascun emendamento deve essere previamente sottoposto ad un ordine d'incorporazione, che, oltre ad eliminare eventuali antinomie con il resto della Costituzione, ha il compito, non secondario, di assicurare che «the constituent power may only incorporate into the Fundamental Law subjects of constitutional importance that fall into the subjective regulatory scope of the Fundamental Law»<sup>94</sup>.

Di contro, le succitate Disposizioni transitorie finivano per costituire una sorta di Costituzione parallela, sottratta alle garanzie procedurali dettate dalla Legge Fondamentale e, per questo, in grado di alterare la struttura stessa dell'ordinamento. Secondo il giudice costituzionale «it would be irreconcilable with the idea of a democratic State under the rule of law if the contents of the

---

2017: *l'attacco allo Stato di diritto e il fallimento della condizionalità europea*, in *Oss. AIC*, 1/2017, 18 ss.; nonché A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *UCLA L. Rev.*, 1/2017, 6 ss.; N. Berneo, *On Democratic Backsliding*, in *Journal of Democracy*, 1/2016, 10-11 e D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in *UC Davis L. Rev.*, 3/2013, 208 ss.

<sup>90</sup> A. Czarnota, *Constitutional Correction as a Third democratic Revolutionary Moment in Central Eastern Europe*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, (2019), 11, 404. In aggiunta, G. Halmai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitutions?*, in *Constellation*, 2/2012.

<sup>91</sup> F. Gárdos-Orosz, *The constitutional environment of the introduction of the constitutional complaint to the Hungarian constitutional system*, in *DPCE Online*, 2/2019, 1529.

<sup>92</sup> CCH, dec. nn. 45/2012. (XII. 29.), p.to 2.1; 23/1994 (IV. 29.) AB, 293/B/1994. AB; 1260/B/1997. AB.

<sup>93</sup> Sul punto, C. Pistan, *Tra democrazia e autoritarismo*, cit. 249 ss.

<sup>94</sup> CCH, dec. n. 45/2012. (XII. 29.), p.to 6.

Fundamental Law were becoming constantly disputable, thus making the contents of the Fundamental Law, as the Constitutional Court's standard, uncertain»<sup>95</sup>.

Per quanto, anche in questa occasione, la Corte sia parsa non discostarsi troppo dalla propria consolidata giurisprudenza, rifiutandosi di sindacare puntualmente il contenuto delle disposizioni costituzionali censurate, un *obiter dictum* risulta di particolare interesse ai nostri fini, vista e considerata la portata potenzialmente evolutiva della statuizione<sup>96</sup>. Il giudice ungherese, infatti, ha avanzato, per la prima volta, in questa sede, l'idea secondo cui la legalità costituzionale non dipende soltanto dal rispetto di requisiti puramente formali, ma rispecchia piuttosto un dato di natura sostanziale: spetta alla Corte censurare il contenuto degli atti emendativi, assunti in violazione di specifiche disposizioni contenute nella Legge Fondamentale<sup>97</sup>. Non ogni norma che modifichi il dettato costituzionale, dunque, deve ritenersi di per sé legittima, ma «the constitutional criteria of a democratic State under the rule of law are at the same time constitutional values [...] in a constitutional legal system [...] it would be impossible to prevent the Constitutional Court in performing effectively its duty of protecting the Fundamental Law by implementing the formal and substantial review of the legal regulations»<sup>98</sup>. Emerge qui con una certa evidenza il tentativo del giudice costituzionale magiaro di estendere l'ambito del proprio sindacato. Non a caso la Corte ha richiamato espressamente, in questa fattispecie, i principi dello Stato di diritto, al fine di individuare una serie di dettami sovraordinati, capaci di vincolare l'azione del legislatore, perfino di quello costituzionale<sup>99</sup>.

In assenza di limiti espressi, si è cioè assistito ad una rielaborazione concettuale implicita, che ha individuato in alcuni caratteri della *rule of law* – in particolar modo nel principio di legalità e nella certezza del diritto – i criteri orientativi per valutare ed eventualmente circoscrivere gli interventi politici della maggioranza<sup>100</sup>. Nonostante questo significativo pronunciamento, rivolto a rafforzare il ruolo di garanzia del giudice costituzionale, gli sforzi contro-maggioritari della Corte ungherese sono stati vanificati il 25 marzo 2013 con l'approvazione del IV emendamento alla Legge Fondamentale, che ha costituzionalizzato la maggior parte delle Disposizioni transitorie precedentemente dichiarate illegittime, stabilendo un *dies a quo*, a partire dal quale

<sup>95</sup> CCH, dec. n. 45/2012. (XII. 29.), p.to 7.

<sup>96</sup> Cfr. M.A. Simonelli, *Towards a theory of "Unconventional Constitutional Amendments": Some Lessons from the Baka Case*, in *DPCE Online*, 2/2019, 1570. Similmente, F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova*, cit. 154.

<sup>97</sup> Secondo M.A. Simonelli, *op. ult. cit.*, 1570, richiamando il principio gerarchico, la Corte avrebbe implicitamente preso atto dell'esistenza, all'interno della Legge Fondamentale, di una sostanziale differenziazione tra norme, che si giustifica nel riconoscimento di una sostanziale diversificazione fra potere costituente e potere costituito.

<sup>98</sup> CCH, dec. n. 45/2012 (XII. 29.), p.to 4.

<sup>99</sup> CCH, dec. n. 45/2012 (XII. 29.), p.to 5 «the Fundamental Law obliges the Constitutional Court to examine all those laws that break up the internal unity of the legal system, the ones that violate the unity of the Fundamental Law itself».

<sup>100</sup> Cfr. CCH, dec. n. 11/1992.

il sindacato di costituzionalità *ex art. 24*) LF si sarebbe dovuto limitare ai soli vizi procedurali<sup>101</sup>.

Chiamata dal Commissario per i diritti fondamentali a valutare la legittimità del IV emendamento la Corte, con la sentenza n. 12 del 2013 (V. 24.) AB, ha dovuto fare inevitabilmente un passo indietro<sup>102</sup>. Se il potere di esercitare un controllo di legittimità formale sul processo emendativo risponde all'esigenza di garantire il rispetto della *rule of law*<sup>103</sup>, la verifica circa l'esistenza di un'antinomia fra il contenuto della Legge Fondamentale, come sistema unitario, e un suo emendamento eccede la competenza del giudice costituzionale. Alla Corte è affidato esclusivamente il compito di valutare la conformità delle leggi alle disposizioni contenute nella Legge Fondamentale: un potere sostanzialmente limitato, che deve quindi esercitarsi nel rigoroso rispetto del principio di separazione dei poteri, ragion per cui le attribuzioni riservate al giudice costituzionale non possono mai risolversi in una surrettizia attività normogenetica, soprattutto laddove questa azione suppletiva nei confronti dell'Assemblea Nazionale si dispieghi sul piano costituzionale<sup>104</sup>. Di conseguenza, una volta che sono state assicurate le garanzie procedurali prescritte per la sua approvazione, ai giudici di Budapest resta preclusa la possibilità di giudicare sulla coerenza di un emendamento rispetto alla Legge Fondamentale, giacché detta attività non si risolve in un sindacato neutrale, ma integra un controllo di tipo politico sull'azione del potere legislativo<sup>105</sup>.

Nella parte finale delle motivazioni, però, la Corte è sembrata inviare un monito al Parlamento, rivendicando il proprio ruolo di garante della Legge Fondamentale, che continuerà ad interpretare e ad applicare come un *corpus* normativo unitario e coerente, vincolante anche per il legislatore. Questa attività esegetica terrà conto dei principi e dei valori fondamentali derivanti dall'adesione all'Unione europea, dalla stipulazione dei Trattati internazionali, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalle norme internazionali generalmente riconosciute. Il giudice costituzionale ungherese, quindi, non

<sup>101</sup> Ai sensi dell'art. 12, par. 3.2 del IV emendamento «the Constitutional Court may only review the Fundamental Law and the amendment thereof for conformity with the procedural requirements laid down in the Fundamental Law with respect to its adoption and promulgation». N. Chronowski, *Carved in granite?*, cit., 1495 ss.; M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale. Ungheria e Polonia a confronto*, in DPCE., 1/2019, 182; N. Chronowski, M. Varju, *Two Eras of Constitutionalism: From the Rule of Law to Rule by Law*, cit. 281 ss. Sui rilievi della Commissione di Venezia, *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary*, 720/2013, 17 June 2013. Sulla risposta delle istituzioni comunitarie, F. Casolari, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in DPCE online, 4/2016, 145 ss. Per uno sguardo d'insieme sull'abuso dell'azione emendativa della Costituzione da parte delle forze populiste, si veda P. Faraguna, *Populism and Constitutional Amendment*, in G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini (eds), *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies, Conflicts and Dilemmas*, Palgrave Macmillan, 2020, 97 ss.

<sup>102</sup> Per un'analisi P. Kovacs, *International Law in the Recent Jurisprudence of the Hungarian Constitutional court opening a new tendency?*, in L. Mezzetti (a cura di), *International Constitutional Law*, Torino, 2014, 464 ss.

<sup>103</sup> Fra le altre, CCH, dec. n. 6/2013. (III. 1.) AB, p.ti 63-72.

<sup>104</sup> CCH, dec. n. 12/2013. (V. 24.) AB, p.to 37.

<sup>105</sup> CCH, dec. n. 12/2013. (V. 24.) AB, p.to 42.

potendo più trovare nella Carta, i limiti endogeni necessari a circoscrivere utilmente l'attività del revisore costituzionale, è parso cercarli esternamente, ovvero nelle fonti vincolanti per l'ordinamento ai sensi degli artt. E) e Q) FL, le quali formano un «comprehensive system (a value order) which cannot be ignored during either the constitutionalization, or the legislator or the exercise of constitutional review by the Constitutional Court»<sup>106</sup>.

Benché, in astratto, questa particolare esegesi sembrasse poter contenere, almeno in parte, eventuali prevaricazioni ad opera della maggioranza di governo, la sua portata pratica è parsa subito recessiva. Infatti, lungi dal richiamare la teoria della c.d. «invisible Constitution»<sup>107</sup> – ossia quella concezione materiale della Carta come insieme di principi ricavabili dalla Corte in via ermeneutica, anche al di là mero dato letterale, elaborata durante gli anni della transizione – il rinnovato approccio della Corte magiara, in linea con la *ratio* del riformulato art. 24) FL, esclude perfino la possibilità di appurare la coerenza intrinseca degli emendamenti costituzionali<sup>108</sup>. In tale prospettiva, pure l'apertura indirizzata al fronte sovranazionale è stata fortemente ridimensionata, facendo ricorso al concetto di «sovranità nazionale» e alla nozione di «identità costituzionale», eco più profonda dell'approccio spiccatamente dualista da sempre abbracciato dell'ordinamento ungherese<sup>109</sup>.

Al pari della nuova Legge Fondamentale, anche il precedente testo costituzionale seguiva un approccio spiccatamente dualista. Questo elemento, però, non ha impedito al giudice magiara di utilizzare la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come una specie di *benchmark* orientativo a integrazione delle proprie pronunce, favorendo l'armonizzazione del sistema normativo interno con gli impegni assunti a livello sovranazionale, come previsto dall'art. 7, par. 1, della Costituzione<sup>110</sup>. In base a questo indirizzo, il diritto internazionale veniva assunto come *standard* minimo per la protezione dei diritti e, dunque, anche come limite per l'attività della maggioranza di governo: il legislatore non avrebbe potuto derogare al trattamento previsto a livello euro-unitario, tutt'al più avrebbe potuto intervenire in senso migliorativo<sup>111</sup>.

---

<sup>106</sup> Così CCH, dec. n. 12/2013. (V. 24) AB, p.to 48. Per un commento, R. Utiz, *The Return of the Hungarian Constitutional court*, in *VerfBlog*, 15 January 2013; M.A. Simonelli, *Towards a theory of "Unconventional Constitutional Amendments*, cit. 1574 ss. Sul possibile contributo della CEDU alla tutela dello Stato di diritto, S. Gianello, *Sul (possibile) utilizzo della CEDU come argine alle sistemiche violazioni dello Stato di diritto*, in *DPCE online*, 4/2019, 2373 ss.

<sup>107</sup> CCH, dec. n. 23/1990, *concurring opinion* Judge Sólyom.

<sup>108</sup> Su tutti L. Sólyom, *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy*, in *Int'l Soc.*, 1/2003, 152.

<sup>109</sup> E. Csatlós, *The Application of International Law as an Instrument of Interpretation in Hungary – the Practice of the Constitutional Court and Ordinary Courts in a Comparative Approach*, in A. Badó, W.B. Detlev, J. Bóka, P. Mezei (eds), *Internationale Konferenz zum zehnjährigen Bestehen des Instituts für Rechtsvergleichung der Universität Szeged*, 2014, 127 ss.

<sup>110</sup> CCH, dec. n. 53/1993. (X. 13.) AB; *Conf.* CCH, dec. nn. 4/1997. (I. 22.) AB; 22/2005. (VI. 17.) AB, p.to 3.3. In dottrina, P. Kovacs, *International Law in the Recent Jurisprudence of the Hungarian Constitutional court opening a new tendency?*, cit. 462.

<sup>111</sup> CCH, dec. n. 61/2011. (VI. 17.) AB.

Tale orientamento venne mantenuto anche durante le prime fasi di vigenza della nuova Legge Fondamentale. Pur ribadendone l'efficacia prettamente dichiarativa, il giudice costituzionale ritenne comunque che le decisioni emesse dalla Corte di Strasburgo «in practice could give help to the interpretation of constitutional rights – secured in the Fundamental law and international convention – and to the definition of their content and their field of application the observance of the Convention and the practice of ECHR cannot lead to the limitation of the protection of fundamental rights secured by the Fundamental law and to the definition of a lower level of protection of fundamental rights that all contracting parties have to assure but the national law may establish a different and namely a higher order of requirements in order to promote human rights»<sup>112</sup>.

Nella medesima logica, la sentenza n. 4 del 2013. (II. 21.) AB è giunta a considerare una condanna dell'Ungheria per la violazione dell'art. 10 CEDU alla stregua di una circostanza nuova e giuridicamente rilevante ai fini del giudizio di costituzionalità<sup>113</sup>. Pertanto, benché la Corte fosse già intervenuta nel caso di specie, rigettando la questione, l'applicazione dei principi desumibili dal sistema CEDU, ha condotto il giudice ungherese a una successiva declaratoria di incostituzionalità della norma penale, che sanzionava il pubblico utilizzo della stella rossa a cinque punte, come simbolo riconducibile al totalitarismo comunista<sup>114</sup>. Se da una parte, dunque, la Corte si è sempre ritenuta incompetente a dichiarare l'illegittimità di una norma interna in contrasto con una disposizione di carattere sovranazionale, dall'altra, il diritto euro-unitario ha comunque prodotto «a supportive effect in those cases whereby the reference to international legal instruments is to strengthen a decision based on domestic law»<sup>115</sup>.

Tale assunto trova esplicita conferma nella sentenza n. 1 del 2013 (I. 7.) AB, che ha dichiarato incostituzionali talune disposizioni contenute nella legge di riforma del sistema elettorale, laddove veniva imposto al singolo elettore di sottoporsi a una procedura di registrazione, al fine di esercitare attivamente il proprio voto<sup>116</sup>. In questo caso, il giudice costituzionale magiaro ha fatto ampio ricorso al “*Code of good practice in electoral matters*” varato dalla Commissione di Venezia e si è abbondantemente richiamato alla giurisprudenza della Corte EDU, ritenendo che «in accordance with the Amending Protocol 1 Article 3 of the European Convention on Human Rights, linking the exercising of the right to vote to an active registration would restrict the right to free elections. Such a restriction can only be justified for the purpose of reaching a legitimate aim. Only a justification of due weight can legitimize the restriction. If there is a functioning and operational electoral register [...] there is no legitimate justification of due weight for the introduction of an active registration. The Constitutional Court

<sup>112</sup> CCH, dec. n. 4/2013. (II. 21.) AB, p.to 19.

<sup>113</sup> ECrtHR, *Vajnai v. Hungary*, 8 luglio 2008. Cfr. CCH, dec. n. 4/2013. (II. 21.) AB, p.to 20.

<sup>114</sup> CCH, dec. nn. 14/2000. (V. 12.) AB; 4/2013. (II. 21.) AB, p.to 61.

<sup>115</sup> E. Csatlós, *The Application of International Law as an Instrument of Interpretation in Hungary – the Practice of the constitutional court and Ordinary Courts in a Comparative Approach*, cit. 132.

<sup>116</sup> Per un commento, K. Kelemen, *Hungary: voter registration declared unconstitutional*, in *Dir. Comp.*, 5 febbraio 2013.

considered all the above factors when it examined the question whether the legal institution of the request of registration in the electoral register, as regulated in the Act, restricts the right to vote in compliance with the Fundamental Law»<sup>117</sup>.

Al di là della singola fattispecie, la Corte ungherese, proprio attraverso il richiamo al diritto internazionale, quale parte di un sistema normativo più ampio, capace di dettare alcuni principi fondamentali a tutela dei diritti dei singoli, ha saputo giocare, almeno inizialmente, un ruolo decisivo nei riguardi del decisore politico, impedendo che venissero surrettiziamente introdotti meccanismi distorsivi del suffragio popolare. In effetti, già con la decisione n. 63/B/1995. AB, i giudici di Budapest avevano ritenuto che, ai sensi dell'art. 70 della Costituzione, il principio di uguaglianza del voto si opponesse a interventi arbitrari da parte del legislatore, volti a pregiudicare la parità di accesso dei cittadini alla competizione elettorale. Ciò nonostante, qualora tali condizioni fossero state soddisfatte, andava pur sempre riconosciuta al Parlamento un'ampia discrezionalità nella scelta del sistema elettorale, nell'individuazione delle regole per la presentazione delle candidature e nella determinazione dei meccanismi per la conversione dei voti in seggi<sup>118</sup>. L'uguaglianza del voto disposta in Costituzione veniva primariamente ricondotta al concreto esercizio del suffragio – dunque *in entrata* – e non anche nel successivo momento di trasformazione dei voti in seggi – ovvero *in uscita* – considerato il fisiologico effetto distorsivo che accompagna ogni formula elettorale. Secondo la Corte «the equality of voting rights does not and should not mean the precisely equal enforcement of the political will expressed through the election. Although the Constitution provides for the equality of the voting rights, the expression of citizens' political will through representatives, i.e. indirectly, inevitably results in disproportionality»<sup>119</sup>.

Il principio costituzionale di uguaglianza del voto impone il rispetto di due essenziali requisiti: «on the one hand, voting rights must be of equal value from the point of view of voting citizens, and on the other hand the votes must be preferably be of equal weight in respect of electing each of the Members of Parliament»<sup>120</sup>. Ad ogni modo, «any restriction on the equality or generality of [voting] right can be only accepted as constitutional on the basis of a significant reason of principle»<sup>121</sup>. Proprio quest'ultimo assunto ha consentito alla Corte di individuare alcuni obblighi positivi nei riguardi della maggioranza parlamentare, in modo da ricondurne l'operato entro precisi vincoli di carattere costituzionale. Così, ad esempio, il legislatore è stato richiamato alla necessità di garantire la rappresentanza delle minoranze etniche<sup>122</sup> e la sentenza n. 22 del 2005. (VI. 17.) AB, rifacendosi ancora una volta alle prassi della Commissione di Venezia, ha censurato le pratiche di *gerrymandering* poste in atto dall'Esecutivo.

<sup>117</sup> CCH, dec. n. 1/2013. (I. 7.) AB, p.to 3.5.

<sup>118</sup> *Cfr.* CCH, dec. n. 63/B/1995. AB, p.to 2.

<sup>119</sup> CCH, dec. n. 3/1991. (II. 7.) AB, p.to 3.

<sup>120</sup> *Cfr.* CCH, dec. n. 31/2000. (X. 20.) AB, p.to 2.

<sup>121</sup> CCH, dec. n. 6/1991. (II. AB) AB.

<sup>122</sup> CCH, dec. n. 35/1992. (II. AB) AB.

Con il passare del tempo, però, il giudice costituzionale ha perso questa capacità di incidenza, manifestando nei fatti un ragguardevole *self-restraint*, in antitesi rispetto alla parabola seguita dal proprio omologo italiano. Anche in questo caso il punto di svolta ha coinciso con l'entrata in vigore della nuova Carta costituzionale. Attualmente, la Corte magiara riconosce un amplissimo margine di manovra al legislatore nell'individuazione della formula elettorale, non potendo rinvenire norme costituzionali che ne vincolino *a priori* la facoltà di scelta. È il caso, *ex multis*, della decisione n. 3141 del 2014. (V. 9.) AB, relativa ai meccanismi di recupero dei voti. Mentre in passato il trasferimento dei consensi aveva riguardato solamente i candidati usciti sconfitti nei collegi uninominali, le modifiche alla disciplina elettorale introdotte nel 2011 hanno esteso il medesimo automatismo anche nei confronti degli eletti, producendo un effetto fortemente distorsivo, a tutto vantaggio delle forze di governo. Posta di fronte alla questione, la Corte è tornata sui suoi passi, ritenendo perfettamente compatibile con il principio di uguaglianza del voto anche il nuovo sistema compensativo, ancora una volta in forza dell'ampia discrezionalità in materia riconosciuta al legislatore. Come la precedente Costituzione anche la Legge Fondamentale – si legge nella motivazione – non prevede norme vincolanti per il legislatore, ma meri principi, che, peraltro, non risultano violati nella fattispecie, giacché la normativa indubbiata non crea alcuna discriminazione, che pregiudichi il diritto in capo a ogni candidato di partecipare alla contesa elettorale<sup>123</sup>.

Questo nuovo approccio ermeneutico, sempre meno incline a definire dei limiti cogenti all'esercizio della sovranità popolare, poggia in prevalenza sull'utilizzo di un canone interpretativo che, estremizzando alcuni aspetti riconducibili alla "teoria dei controlimiti", tenta di ridurre in maniera anche piuttosto drastica l'ingresso di norme sovranazionali nell'ordinamento. In questa prospettiva, il richiamo alle fonti sovranazionali da parte del giudice ungherese soggiace ora a due requisiti assai stringenti, ma di difficile decifrazione: il rispetto della "sovranità nazionale" e la protezione della c.d. "identità costituzionale"<sup>124</sup>.

La prima forma di resistenza opposta dalla Corte costituzionale alla penetrazione dei principi desumibili dal diritto sovranazionale si registra emblematicamente con riguardo alla  *vexata quaestio*  della ripartizione dei flussi migratori tra i Paesi dell'Unione<sup>125</sup>. La vicenda trae origine dalla decisione del

<sup>123</sup> Al riguardo si segnala l'opinione dissenziente, del giudice Lévay il quale, oltre a criticare fortemente l'approccio formalista seguito dalla Corte, afferma che, qualora la formula elettorale distorca oltremisura il consenso, l'uguaglianza del suffragio al momento del voto non rappresenta affatto una garanzia di democraticità. All'interno di uno Stato democratico governato dalla *rule of law*, infatti, l'uguaglianza del voto non può essere solo *in entrata* ma deve riverberarsi anche *in uscita*, perché senza una vera competizione non può esistere una vera democrazia. In proposito, G. Delledonne, *Constitutional courts dealing with electoral laws: comparative remarks on Italy and Hungary*, in *DPCE online*, 2/2019, 1158-1159.

<sup>124</sup> Per tutti, M. Fichera, O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *Ger. Law J.*, (2019), 20, 1097 ss.

<sup>125</sup> Su questi temi G. Romeo, *Managing immigration in the European Union between nationalist egoism and cosmopolitan temptations*, in *DPCE online*, 2/2019, 1685 ss. e S. Penasa, *La relocation*

Consiglio di disporre il trasferimento di 1294 richiedenti asilo dai territori di Italia e Grecia all'Ungheria<sup>126</sup>. Nella controversa sentenza n. 22 del 2016 (XII. 5.) AB, i giudici di Budapest precisano, tuttavia, che, sebbene il diritto europeo fornisca, nella maggior parte dei casi, un adeguato livello di protezione delle libertà fondamentali, il compito di verificare che l'applicazione della normativa UE non conduca a una lesione dei diritti inalienabili previsti dalla Legge Fondamentale spetta in ultima istanza alla Corte costituzionale<sup>127</sup>. Ne discende che «since by joining the European Union, Hungary has not surrendered its sovereignty, it rather allowed for the joint exercising of certain competences, the maintenance of Hungary's sovereignty should be presumed when judging upon the joint exercising of further competences additional to the rights and obligations provided in the Founding Treaties of the European Union). Sovereignty has been laid down in the Fundamental Law as the ultimate source of competences and not as a competence. Therefore, the joint exercising of competences shall not result in depriving the people of the possibility of possessing the ultimate chance to control the exercising of public power»<sup>128</sup>. Se l'Ungheria è uno Stato indipendente e sovrano, il cui potere deriva dalla “volontà del popolo” racchiusa in Costituzione, questi valori non possono essere svuotati di contenuto da una lettura alternativa dell'art. E) LF che trasponga in automatico qualsivoglia atto o decisione assunta a livello europeo all'interno del quadro giuridico nazionale<sup>129</sup>.

In realtà, il richiamo alla sovranità come limite estensivo al trasferimento di poteri in ambito comunitario non costituisce una novità assoluta. Già con la sentenza n. 22 del 2012. (V. 11.) AB, relativa al “*Fiscal Compact*”, il giudice costituzionale magiaro aveva statuito che «an authorization given by two-thirds of the Members of the Parliament is necessary for every treaty that leads to transferring further competences of Hungary, specified in the Fundamental Law, through the joint exercising of competences by way of the institutions of the European Union. It means that Article E) paras (2) and (4) apply not only to the accession treaty and to the founding treaties and their amendments but to all

---

delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio, in *DPCE online*, 3/2017, 735 ss.

<sup>126</sup> Per un commento, A. Mohay, N. Tóth, *Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E)(2) of the Fundamental Law*, in *AJIL*, 2/2017, 468 ss.; G. Halmai, *The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity*, in *VerfBlog*, 10 January 2017; T. Drinóczi, *Hungarian Constitutional Court: The Limits of EU Law in the Hungarian Legal System*, in *Int'l J. Const. Law*, 1/2017, 139 ss.

<sup>127</sup> *Cfr.* CCH, dec. n. 22/2016. (XII. 5.) AB, p.to 53.

<sup>128</sup> CCH, dec. n. 22/2016. (XII. 5.) AB, p.to 60.

<sup>129</sup> Ai sensi dell'art. E) FL, «in order to enhance the liberty, prosperity and security of European nations, Hungary shall contribute to the creation of European unity (1). With a view to participating in the European Union as a member state, Hungary may exercise some of its competences arising from the Fundamental Law jointly with other member states through the institutions of the European Union under an international agreement, to the extent required for the exercise of the rights and the fulfilment of the obligations arising from the Founding Treaties (2) [...] The authorisation to recognise the binding nature of an international agreement [...] shall require a two-thirds majority of the votes of the Members of Parliament (4)».

treaties [...] in the preparation of which Hungary has participated as a Member State»<sup>130</sup>. Nella più recente sentenza n. 22 del 2016 (XII. 5.) AB, però, il richiamo alla sovranità assume un significato ancora più marcato: non più quello di mero aggravio procedurale rispetto a una scelta comunque rimessa alla discrezionalità parlamentare, bensì quello di “barriera” ontologica al processo di integrazione europea<sup>131</sup>.

In stretta connessione con l’esigenza di tutelare la sovranità nazionale, poi, i giudici ungheresi richiamano i vincoli desumibili dal concetto di “identità costituzionale”. Ai sensi dell’art. R), par. 3 LF, infatti, la Corte è tenuta a interpretare sistematicamente le disposizioni della Legge Fondamentale rilevanti nel caso di specie, in armonia con il loro fine e nel rispetto della c.d. “professione nazionale”, rifacendosi cioè alle conquiste della Costituzione storica<sup>132</sup>. Lontana dall’assumere una valenza dogmatica stabile<sup>133</sup>, l’identità costituzionale «is not a list of static and closed values, nevertheless many of its important components – identical with the constitutional values generally accepted today – can be highlighted as examples: freedoms, the division of powers, republic as the form of government, respect of autonomies under public law, the freedom of religion, exercising lawful authority, parliamentarism, the equality of rights, acknowledging judicial power, the protection of the nationalities living with us. These are, among others, the achievements of our historical constitution, the Fundamental Law and thus the whole Hungarian legal system are based upon»<sup>134</sup>.

Nei termini proposti dalla Corte, pertanto, questo nuovo criterio ermeneutico, soprattutto se assunto nella sua relazione diadica con il concetto di sovranità, non intende affatto asseverare i valori democratico-costituzionali, ma si pone in aperto contrasto con il principio di “leale collaborazione” tra Unione e Stati membri<sup>135</sup>. Come correttamente osservato, infatti, il “muro” innalzato dal giudice costituzionale attraverso l’impiego del canone identitario, eccede i “controlimiti”, perché, esprimendo valori sovranisti che preesistono alla stessa Carta

<sup>130</sup> CCH, dec. n. 22/2012. (V. 11) AB, p.ti 50-51.

<sup>131</sup> Analoghe argomentazioni sono state avanzate in CCH, dec. n. 9/2018 (VII. 9.) AB. Per un commento, K. Kelemen, *The Agreement on a Unified Patent Court cannot be ratified by Hungary, the Constitutional court says*, in *Dir. Comp.*, 1 Agosto 2018.

<sup>132</sup> Cfr. CCH, dec. n. 22/2016. (XII. 5.) AB, p.to 64.

<sup>133</sup> G. Halmai, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, in *Quad. Cost.*, 1/2017, 152-153.

<sup>134</sup> CCH, dec. n. 22/2016. (XII. 5.) AB, p.to 65.

<sup>135</sup> Oltretutto, i giudici costituzionali sono giunti a tale interpretazione muovendo – anche in questo caso con una certa dose di opportunismo e strumentalità – dal contenuto di cui all’art. 4, par. 2 TUE. Come può leggersi, «according to Article 4 (2) TEU, “the Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government”. The protection of constitutional identity should be granted in the framework of an informal cooperation with EUC based on the principles of equality and collegiality, with mutual respect to each other, similarly to the present practice followed by several other Member States’ constitutional courts and supreme judicial bodies performing similar functions». CCH, dec. n. 22/2016. (XII. 5.) AB, p.ti 62-63. In dottrina si vedano le considerazioni critiche di G. Martinico, *Contro l’uso populista dell’identità nazionale. Per una lettura “contestualizzata” dell’art. 4.2 TUE*, in *DPCE online*, 3/2020, 3967.

fondamentale, ostacola in radice il processo d'integrazione e la conseguente attuazione dei valori comuni richiesta dall'art. 2 TUE, tutte le volte in cui siano in gioco le tradizioni storiche, linguistiche e culturali nazionali<sup>136</sup>.

La determinazione di questi meta-valori, oltretutto, anziché costituire un sicuro vincolo per il legislatore, viene curvata in termini populistici e antiliberali<sup>137</sup>. Basti pensare, ancora una volta, alla sentenza n. 22 del 2016 (XII. 5.) AB, in cui la tutela dei diritti fondamentali, invocata come elemento caratterizzante dell'identità nazionale ungherese, anziché essere impiegata per favorire la mutua collaborazione tra i Paesi dell'Unione nel ricollocare i richiedenti asilo, è stata utilizzata per giustificare – sul piano costituzionale – la volontà politica di disattendere la decisione del Consiglio in merito alla redistribuzione<sup>138</sup>. In altri termini, il concetto di “identità nazionale” corre il rischio di trasformarsi in una sorta di “cavallo di Troia”, in grado di condurre a letture congiunturali della Legge Fondamentale<sup>139</sup>. In forza del VII emendamento approvato dalla coalizione Fidesz-KDNP il 20 giugno 2018, infatti, la protezione dell'identità nazionale è stata espressamente inserita nel “*National Avowal*”, quale obbligo dello Stato ungherese, ai sensi del quale «we hold that the protection of our identity rooted in our historic Constitution is a fundamental obligation of the State». In questo modo, l'identità nazionale è definitivamente assunta al rango di canone interpretativo vincolante, in forza del quale «the protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be an obligation of every organ of the State»<sup>140</sup>.

Ad aumentare le preoccupazioni concorre pure l'ulteriore incertezza ingenerata dal IV emendamento, nella parte in cui stabilisce che «rulings given prior the entry into force of the Fundamental Law are hereby repealed [...] without prejudice to the legal effect produced by those rulings»<sup>141</sup>. Tale

---

<sup>136</sup> M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale*, cit. 183. Critico nei riguardi della decisione anche G. Poggeschi, *Il cosiddetto pacchetto legislativo “stop-Soros” e la nuova revisione costituzionale ungherese: un passo (xenofobo) verso il consolidamento di una “democrazia illiberale”*, in *DPCE online*, 2/2018, 623. Più in generale Id., *L'Ungheria: il multiculturalismo negato in una democrazia illiberale: continuità o tradimento della tradizione ungherese?*, in G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018, 565 ss. e A. Pecorario, *Si scrive Ungheria ma si legge Europa: prove tecniche di secessione culturale*, in *Dir. Comp.*, 28 settembre 2011.

<sup>137</sup> Cfr. G. Halmai, *Dismantling Constitutional Review in Hungary*, in *Riv. Dir. Comp.*, 1/2019, 31 ss.; A. Lászlo-Pap, A. Śledzińska-Simon, *The Rise of Illiberal Democracy and the Remedies of Multi-Level Constitutionalism*, in *Hung. J. Leg. St.*, 1/2019, 69 e A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *DPCE Online*, 4/2016, 195.

<sup>138</sup> Conf. G. Halmai, *The Hungarian Constitutional Court*, cit.

<sup>139</sup> Una tesi che trova conforto nelle riflessioni di A. Bozóki, *Occupy the State: the Orbán Regime in Hungary*, cit. 660.

<sup>140</sup> Sul punto giova ricordare come il Preambolo della Legge Fondamentale non rappresenti affatto una mera dichiarazione programmatica, ma integri invece un vero e proprio parametro interpretativo della Costituzione, ai sensi dell'art. R), parr. 3 e 4 LF.

<sup>141</sup> Una modifica introdotta, benché la Corte avesse già affermato la possibilità di fare ricorso alla propria giurisprudenza per interpretare le norme della Legge Fondamentale, qualora

limitazione, oltre a indebolire il ruolo della Corte, privando improvvisamente il giudice costituzionale di buona parte dei suoi precedenti, segnala altresì una chiara presa di posizione di matrice populista da parte del potere politico nei confronti delle Istituzioni europee. Il che non solo ingenera evidenti problematiche per quanto concerne la certezza del diritto, ma pone anche «a serious doubt about the state of liberal constitutionalism in Hungary and Hungary's compliance with its international commitments under Treaties of the European Union and the European Convention on Human Rights»<sup>142</sup>.

La riprova di questo processo già ampiamente in atto si può intravedere ponendo a confronto il diverso richiamo alle radici identitarie operato dalla Corte a distanza di pochi anni. In un primo momento, le conquiste della Costituzione storica hanno consentito ai giudici di Budapest di dichiarare l'illegittimità della normativa che aveva disposto il collocamento a riposo anticipato per i giudici di età compresa tra i 65 e i 70 anni<sup>143</sup>. Con la sentenza n. 33 del 2012. (VII. 17) AB, la Corte costituzionale precisa che quando la Legge Fondamentale «opens a window on the historical dimensions of our public law, it makes us focus on the precedents of institutional history, without which our public law environment of today and our legal culture in general would be rootless. In this situation the responsibility of the Constitutional Court is exceptional, or indeed historical: in the course of examining concrete cases, it has to include in its critical horizon the relevant resources of the history of legal institutions»<sup>144</sup>. Da questo punto di vista, l'indipendenza e l'inamovibilità dei componenti dell'ordine giudiziario erano state considerate una conquista, facente ormai parte della tradizione giuridica ungherese<sup>145</sup>.

Al contrario, nella più recente sentenza n. 2 del 2019. (III. 5.) AB, il rimando alla tradizione è parso risentire fortemente del rinnovato spirito identitariamente esclusivo, che pervade la riformata Legge Fondamentale. Benché nel contesto di una decisione in cui la Corte ha comunque cercato di trovare un punto di equilibrio tra gli *standard* europei e il disposto dell'art. XIV, par. 4 LF nella parte cui afferma che lo straniero non ha diritto a richiedere la protezione accordata dal diritto d'asilo, qualora sia giunto nel territorio ungherese passando per un Paese in cui non è stato perseguitato o sottoposto a una diretta minaccia di persecuzione<sup>146</sup>, il giudice costituzionale ha esaltato la specificità nazionale ungherese, ritenendo che

---

presentassero un contenuto identico o simile a quelle della precedente Costituzione. *Cfr.* CCH, dec. n. 22/2012. (V. 11.) AB, p.ti 40-41.

<sup>142</sup> G. Halmai, *Dismantling Constitutional Review in Hungary*, cit. 36.

<sup>143</sup> Per uno sguardo generale sulla tematica, S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quad. Cost.*, 2/2018, 295 ss.; K. Kelemen, *Baka contro Ungheria: la Corte EDU e l'indipendenza dei giudici*, in *Quad. Cost.*, 4/2016, 827 ss. e C. Bologna, *Baka c. Ungheria: Strasburgo condanna il prepensionamento del Presidente della Corte Suprema per le opinioni espresse*, in *Quad. Cost.*, 3/2014, 750 ss.

<sup>144</sup> CCH, dec. n. 33/2012. (VII. 17.) AB, p.to 75.

<sup>145</sup> *Cfr.* CCH, dec. nn. 33/2012. (VII. 17.) AB, p.to 80; 1/2008. (I. 11.) AB; 21/2010. (II. 25.) AB.

<sup>146</sup> CCH, dec. n. 2/2019. (III. 5.) AB, p.to 43.

«the formation of the State of Hungary had been the first act by which the Hungarian nation expressed its European identity and throughout the historical events experienced by the country this has matured to become a solid national conviction. As it is expressed in our National Avowal of the Fundamental Law: we are proud that our king Saint Stephen built the Hungarian State on solid ground and made our country a part of Christian Europe one thousand years ago. It is also a part of our national values that our nation has over the centuries defended Europe in a series of struggles and enriched Europe's common values with its talent and diligence, and we also believe that our national culture is a rich contribution to the diversity of European unity»<sup>147</sup>.

### 5. La Corte costituzionale magiara a cavallo tra due (opposte) transizioni

Come si è potuto constatare, gli itinerari interpretativi seguiti dal giudice costituzionale ungherese divergono drasticamente, a partire dall'ultima riforma della Legge Fondamentale. Da questo momento in avanti, infatti, la Corte costituzionale ha gradualmente abbandonato quella lettura garantistica della Costituzione, che aveva fortemente caratterizzato gli inizi della propria attività, per abbracciare un'esegesi della Carta fondamentale come mero strumento politico funzionale alla legittimazione del potere<sup>148</sup>.

Se si prende in considerazione il periodo che va dal 1989 al 2011, infatti, la Corte magiara, seppur a fronte delle inevitabili diversità derivanti dal proprio retaggio storico, ha adottato anch'essa una lettura sostanzialmente espansiva della Costituzione, che, attraverso il veicolo rappresentato dal diritto internazionale e dalla *rule of law*, ha elaborato alcuni "principi supremi", garantendo le libertà fondamentali e la posizione delle minoranze come limite all'esercizio del potere. In quel contesto, la Corte aveva progressivamente assunto una propria centralità nel processo di transizione successivo all'esperienza socialista. Un simile attivismo si era giustificato anche in ragione dell'iniziale instabilità del coevo quadro politico, che rischiava di indebolire i meccanismi e le strutture portanti del nascente modello liberal-democratico<sup>149</sup>.

Fu proprio in quegli anni che il giudice costituzionale introdusse e applicò con una certa costanza la teoria della «revolution under the rule of law», quasi a voler testimoniare la necessità che l'effettivo funzionamento del nuovo assetto normativo dovesse realizzarsi, prima di tutto, in armonia con i dettami propri dello Stato di diritto. La stabilizzazione dell'ordinamento non avrebbe potuto realizzarsi se non attraverso il pieno rispetto dei contenuti della Costituzione, che venivano a

<sup>147</sup> CCH, dec. n. 2/2019. (III. 5.) AB, p.to 16.

<sup>148</sup> G. Grasso, *Da Berna a Budapest: appunti su revisioni costituzionali (totali e parziali) e tenuta dell'unità politica e di senso delle Costituzioni democratiche*, in DPCE Online, 1/2019, 102.

<sup>149</sup> Sul processo di consolidamento del sistema politico-partitico nei Paesi dell'Est Europa nelle fasi della transizione, con uno sguardo all'Ungheria, D.M. Olson, *Party Formation and Party System consolidation in the New Democracies of Central Europe*, in *Political Studies*, (1998), XLVI, 432 ss.

dispiegare tutta la propria valenza precettiva, specie nei confronti del decisore politico, cui era affidato il compito di guidare la trasformazione democratica<sup>150</sup>.

Questo modello interpretativo si dimostrò subito funzionale ad arginare le derive di matrice populista, che rivendicavano a gran voce, fra le altre cose, la prevalenza di una rappresentazione sostanziale della giustizia nei riguardi dei responsabili dei crimini commessi durante gli anni del regime comunista. In questa fase la Corte seppe sfruttare appieno le proprie prerogative, superando l'interpretazione testuale, per attestarsi sulla nozione di «invisible Constitution», che concepiva la Carta fondamentale come un insieme di principi interconnessi da ricavarsi in via ermeneutica, considerando tutto il sistema<sup>151</sup>.

Tuttavia, il radicale cambio di paradigma cui si è fatto cenno comincia a registrarsi proprio a partire dall'entrata in vigore della Legge Fondamentale del 2011, che, come noto, ha modificato anche l'organizzazione interna della Corte, contenendone sensibilmente i poteri e riducendo parallelamente le vie di accesso alla giustizia costituzionale<sup>152</sup>. In effetti, la Carta era stata oggetto di diverse modifiche pure in passato, ma quegli emendamenti ne avevano lasciato comunque impregiudicati i contenuti valoriali, permettendo così ai giudici una certa continuità interpretativa<sup>153</sup>. Più che altro, quindi, il sostanziale mutamento di giurisprudenza che ha progressivamente contraddistinto la Corte magiara rispetto alle crescenti rivendicazioni populiste si deve a fattori esogeni. Non solo, infatti, è stata sostanzialmente posta in contestazione l'idea stessa di Costituzione come “*higher law*”, ma si è assistito anche al tentativo da parte del potere politico di veicolare una diversa concezione della sovranità popolare, rendendo in questo modo sempre più difficile l'individuazione di ambiti normativi sottratti alla totale discrezionalità delle forze di maggioranza<sup>154</sup>.

A dire il vero, la Corte ungherese non ha immediatamente abdicato a quella lettura estensiva della Legge Fondamentale, che fino ad allora aveva caratterizzato il suo magistero interpretativo. Almeno all'inizio, la Corte ha provato a ribadire la coerenza precettività del testo costituzionale e si è opposta ai surrettizi tentativi di flessibilizzazione della Carta, operati a più riprese dalle forze di maggioranza. Il combinato disposto del IV e del VII emendamento ha però vanificato qualsiasi sforzo in tal senso, da una parte, perché ha impedito di sindacare il contenuto

<sup>150</sup> L. Sólyom, *The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy*, cit. 138.

<sup>151</sup> Come può leggersi tra le righe della *concurring opinion* del Giudice Sólyom a CCH, dec. n. 23/1990, «the Constitutional court must confine its effort to explain the theoretical bases of the Constitution and the rights included in it and to form a coherent system with its decisions in order to provide a reliable standard of constitutionality [...] beyond the Constitution, which is often amended nowadays by current political interests, and because of this “invisible constitution” probably will not conflict with the new Constitution to be established or with future Constitution. The Constitutional Court enjoys freedom in this process as long as remain within the framework of the concept of constitutionality».

<sup>152</sup> Cfr. N. Rodean, *Verso l'indipendenza della Corte costituzionale ungherese oppure l'affermazione del judicial deference in Ungheria?*, in *Federaslimi.it*, 21/2012, 2 ss.

<sup>153</sup> Tra gli altri, da M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale*, cit. 181. Più diffusamente, K. Kelemen, *La Corte costituzionale*, in G.F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, cit. 87 ss.

<sup>154</sup> G. Halmai, *Populism, authoritarianism and constitutionalism*, cit. 306.

sostanziale delle azioni di riforma, privando oltretutto la Corte di quasi tutti i suoi precedenti, dall'altra, perché ha vincolato il giudice costituzionale all'interpretazione storica costringendolo a ricostruire la volontà del legislatore e ad uniformarsi all'interpretazione della Costituzione, patrocinata, di volta in volta, dalle forze politiche, che hanno apportato le modifiche<sup>155</sup>.

Anche il giudice costituzionale ungherese, insomma, ha adottato un approccio strumentale alla Costituzione, finanche offrendo un prezioso sostegno alle forze di maggioranza come verificatosi con l'elaborazione dei concetti di sovranità nazionale e identità costituzionale (22/2016. (XII. 5.) AB) a seguito dell'iniziale fallimento nell'approvazione del VII emendamento. Negli ultimi anni, pertanto, anche in conseguenza della programmatica sostituzione dei propri componenti, la Corte magiara ha mostrato un certo *favor* nei confronti delle politiche adottate dalle forze di governo, assumendo toni marcatamente populistici e assecondando «interpretazioni della Costituzione, che godono del gradimento dell'opinione pubblica, magari al prezzo di rinnegare precedenti giudiziari consolidati»<sup>156</sup>.

A tal proposito, i canoni ermeneutici dell'identità costituzionale e della sovranità nazionale rivelano in controluce un approccio quasi originalista, che privilegia quasi sempre le intenzioni della maggioranza e che, correlativamente, riduce la possibilità di estendere in modo creativo la portata delle norme contenute nella Legge Fondamentale a tutela dei diritti individuali<sup>157</sup>. Anche il ruolo della Corte costituzionale ne è uscito strutturalmente trasformato, giacché in assenza di contenuti immodificabili, la scelta finale sulle sorti della Costituzione viene rimessa nelle mani del revisore, senza possibilità di contestarne la decisione finale. Questa sorta di auto-legittimazione della sovranità popolare non trova ostacoli nelle sue espressioni volitive, in piena corrispondenza con la retorica populista che neutralizza la Legge Fondamentale, confinandola a mero strumento di legittimazione del potere politico<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Cfr. G. Halmai, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, cit. Conf. I. Halász, *Trends of Constitutional Amendments*, cit. 180.

<sup>156</sup> L. Corso, *Populismo, limiti al potere e giudici costituzionali. Una lezione americana*, cit. 224-225.

<sup>157</sup> Più in generale, J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, 1981; R. Bennett, L.B. Solum, *Constitutional originalism: a debate*, New York, 2011; R. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, 1991, 153 ss.; L. Mezzetti, M. Belletti, E. D'Orlando, E. Ferioli, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, 245. L.B. Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, in *Fordham L. Rev.*, 2/2013, 453 ss.

<sup>158</sup> Cfr. G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE online*, 3/2020, 4006; A. Czarnota, *Constitutional Correction as a Third Democratic Revolutionary Moment in Central Eastern Europe*, cit. 397 ss.; F. Musella, *Constitutional Change in Presidential Regimes. Paths of Reform in Hungary and Italy*, in *DPCE online*, 2/2019, 1462; G.P. Cella, *Il popolo fra invenzione e finzione*, in *S. e M.*, 1/2018, 3 ss.; L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 12 (2016), 8 ss.; M. Canovan, *Populism*, New York-Londra, 1989, 7 ss. e I. Diamanti, *Alla periferia della crisi. Il populismo e il disagio della democrazia rappresentativa*, in *S. e M.*, 1/2018, 117 ss. nonché N. Gidron, P.A. Hall, *The Politics of Social Status: Economic and Cultural Roots of the Populist Right*, in *Br J Sociol.*, 1/2017, 57 ss.

## 6. Populismo e interpretazione costituzionale tra regole flessibili e principi rigidi

Da questo raffronto, inevitabilmente rapsodico, tra alcune delle fattispecie più rappresentative, che hanno coinvolto le declinazioni pratiche del populismo, emerge in maniera piuttosto eloquente come dietro le tecniche interpretative impiegate dal giudice costituzionale italiano e dal proprio omologo ungherese allignino in realtà due diverse concezioni della Costituzione, le quali, a loro volta, hanno risentito – e risentono tuttora – del contesto istituzionale, culturale e giuspolitico in cui si trovano ad operare.

Come si è potuto constatare, infatti, a fronte di una fase iniziale, in cui entrambe le Corti si sono orientate verso un'interpretazione sostanzialmente estensiva, volta a riaffermare all'interno dei propri ordinamenti i valori distintivi del costituzionalismo liberale occidentale, i rispettivi itinerari esegetici si sono progressivamente divisi, nel solco di una diversa concezione della sovranità e dei suoi limiti.

Fin dall'inizio della propria attività, il giudice delle leggi ha sempre valorizzato in modo netto la portata precettiva della Costituzione, ricorrendo a un'interpretazione per principi tendenzialmente espansiva, in grado di penetrare in tutti gli interstizi dell'ordinamento. La Corte italiana, dunque, accanto al dato testuale, ha costantemente fatto emergere un complesso di valori cogenti, capaci di caratterizzare la struttura fondativa dell'ordinamento, a protezione dei diritti individuali e dei bisogni delle minoranze. Si è così abbondantemente diffusa una lettura assiologica del testo costituzionale, che, attraverso oculate operazioni di bilanciamento, da compiersi caso per caso, ha ridimensionato la portata del principio maggioritario per salvaguardare gli interessi coinvolti nelle singole fattispecie ed ha efficacemente arginato le derive populiste, riconcettualizzando la stessa sovranità. In altre parole, l'esegesi *magis ut valeat* ha estrapolato una serie di elementi immodificabili, istituendo, di fatto, una gerarchia di valori all'interno della Costituzione, che ha gradualmente pervaso il sistema giuridico e che ha intrinsecamente limitato l'operatività della regola di maggioranza. Questa chiave ermeneutica è rimasta, per lo più, immutata, sia in ragione della sostanziale rigidità della Costituzione, sia per effetto di un assetto istituzionale fondamentalmente stabile, e il ruolo complessivo degli organi di garanzia ne è uscito rafforzato, accreditando la Corte costituzionale come il "controllore" del legittimo esercizio della sovranità popolare.

Al contrario, il giudice magiaro ha radicalmente mutato il proprio approccio interpretativo. In una prima fase, sviluppatasi per lo più sotto la vigenza della Costituzione post-socialista, la Corte ungherese è sembrata adottare alcuni criteri ermeneutici, che, tramite il ricorso ai parametri della *rule of law* e del diritto sovranazionale, avevano ricavato alcuni principi inderogabili, da contrapporre alla volontà della maggioranza. Ciò nonostante, con l'entrata in vigore della nuova Legge Fondamentale si è assistito a un evidente *revirement*, che ha rinunciato a qualsiasi lettura estensiva del dato costituzionale. Questo diverso indirizzo giurisprudenziale, più che all'adozione di tecniche alternative sul piano

ermeneutico, deve imputarsi ad una diversa struttura della Costituzione: sotto le spinte populiste assecondate dal legislatore di revisione, la Legge Fondamentale si è tramutata in un mero strumento di legittimazione, perdendo la propria intrinseca natura di limite contro-maggioritario. In questo modo, la Carta costituzionale ha finito per degradarsi all'interno del sistema delle fonti, flessibilizzandosi, tanto in ragione di una progressiva assimilazione tra potere costituente e potere costituito quanto per effetto di alcuni stilemi interpretativi – su tutti l'identità nazionale e la sovranità costituzionale – tesi ad assegnare al potere politico la facoltà incondizionata di intervenire sulle garanzie costituzionali.

Di conseguenza, se la Corte italiana ha saputo operare secondo un'ermeneutica per principi, che ha progressivamente riconosciuto alla Costituzione l'efficacia di un *corpus* normativo vincolante in tutti i suoi elementi sul piano politico e giuridico, il giudice costituzionale ungherese si è trovato invece costretto a fondare la propria esegesi per lo più su regole eterodeterminate dalla maggioranza di governo, interpretando la Costituzione alla stregua di un mero documento politico. Si è così assistito a una vera e propria inversione di prospettiva, tale per cui, anziché essere la Corte a limitare l'azione del potere sovrano, è stato il legislatore a modificare i parametri del giudice costituzionale e a orientarne l'operato in ragione delle proprie necessità. Simili approcci interpretativi e le differenti concezioni della Carta costituzionale che essi sottendono, non potevano non ripercuotersi anche sull'evoluzione democratica dei due ordinamenti. Infatti, mentre in Italia la tutela della rigidità costituzionale ha consentito di porre al riparo l'ordinamento dall'ingresso di istanze populiste, salvaguardando i canoni della democrazia liberale, lo stesso non può dirsi per l'Ungheria dove la flessibilità normativa e valoriale della Costituzione ha impedito alla Corte di impiegare strumenti interpretativi idonei ad arginare l'afflato populista, consentendo in pratica all'ordinamento di piegarsi verso moduli estranei al costituzionalismo democratico.

Simone Gianello  
Università degli Studi di Milano-Bicocca  
Dipartimento di Giurisprudenza  
[simone.gianello@unimib.it](mailto:simone.gianello@unimib.it)

Paolo Zicchittu  
Università degli Studi di Milano-Bicocca  
Dipartimento di Giurisprudenza  
[paolo.zicchittu@unimib.it](mailto:paolo.zicchittu@unimib.it)

