

# Il formante giurisprudenziale nei sistemi di governo parlamentare: sviluppi recenti

di Alessandro Lauro

**Abstract:** Jurisprudence as “legal formant” in parliamentary systems of government: recent developments – The essay aims to highlight that the “jurisdictionalisation” of politics is no longer limited to the field of material political choices (and their consequences on fundamental rights), but touches the institutional organisation itself and the balance between political powers. This is particularly evident in the case of parliamentary systems, and it is therefore of extreme interest to inquire how judges attempt to combine the proverbial flexibility of parliamentary government with the application of normative paradigms, an activity proper to the judicial function.

**Keywords:** Parliamentary government; Legal formant; Jurisprudence; Constitutional law; Constitutional interpretation.

## 1. Premessa

Il ruolo della giustizia costituzionale negli ordinamenti democratici e, in particolare, il suo rapporto con (e il suo apporto a) i processi di decisione politica è al centro dell’attenzione dottrinale da oramai molto tempo<sup>1</sup>. La “giurisdizionalizzazione” dei fenomeni politici<sup>2</sup> è un dato consolidato, al punto che si è arrivati ad affermare che se la questione democratica del XX secolo è stata quella dei Parlamenti, nel XXI secolo il tema democratico è quello della giustizia<sup>3</sup>.

Tuttavia, in anni recenti il fenomeno ha iniziato a mostrare, in maniera sempre più ricorrente, un profilo “nuovo” o, quantomeno, prima meno appariscente. Di fatti, sempre più di frequente i giudici costituzionali

---

<sup>1</sup> P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppi della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; S. Panizza (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, 1997; V. Tondi della Mura, M. Carducci, R. G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica. Atti del Seminario (Otranto, 4-5 giugno 2004)*, Torino, 2005; A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006; G. Scaccia (a cura di), *Corti dei diritti e processi politici. Convegno internazionale in memoria di Carlo Mezzanotte*, Napoli, 2019.

<sup>2</sup> R. Hirschl, *The Judicialization of Politics*, in R. E. Goodin (a cura di), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford-New York, 2011.

<sup>3</sup> D. Ludet, D. Rousseau, *La justice, un pouvoir de la démocratie*, Parigi, 2011, 13

intervengono non per censurare specifiche scelte politiche – in nome dei principi costituzionali, in generale, e a tutela dei diritti fondamentali, più specificamente – ma per arbitrare contese fra organi costituzionali di natura politica, che toccano al cuore i meccanismi dei vari sistemi di governo.

Il presente contributo intende concentrarsi sugli interventi delle Corti in materia di regime parlamentare, riflettendo in particolare su quali siano gli apporti della “fonte culturale”<sup>4</sup> rappresentata dalla giurisprudenza alla definizione e agli equilibri di un sistema di governo. L’obiettivo non sarà solo (o tanto) la presentazione dei contenuti di queste giurisprudenze nella materia, quanto l’analisi dell’apporto sistematico e delle tecniche di giudizio che i giudici applicano in simili casi.

Dunque, partendo dal problema della “giustiziabilità” della materia, si approfondiranno in seguito le relazioni dinamiche della fonte giurisprudenziale con gli altri “formanti giuridici”, per poi affrontare alcune questioni legate all’interpretazione delle regole costituzionali concernenti la forma di governo e alle soluzioni dei casi concreti.

## 2. Le forme di governo davanti al giudice: il problema della “giustiziabilità”

Nel momento in cui ci si accinge a ragionare sull’apporto delle giurisdizioni *latu sensu* costituzionali<sup>5</sup> nel definire gli equilibri interni ad un sistema di governo, sorgono spontanee due domande preliminari: si può attivare il

---

<sup>4</sup> L’espressione deriva dalla riflessione di Alessandro Pizzorusso. L’illustre A. distingue infatti tra “fonti politiche” (provenienti dunque di poteri politici) e “fonti culturali”, di origine giurisprudenziale. Cfr. A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 22 luglio 2008: «Presenta notevole interesse altresì la distinzione delle fonti mediante l’esercizio delle quali un’autorità politica persegue un obiettivo pratico, in attuazione del suo programma politico (mediante opera di *Rechtsetzung*), da quelle mediante le quali la regola viene dedotta dalle esperienze del passato ovvero dall’analisi razionale dei fenomeni giuridici, assumendosi il diritto come un dato che il soggetto che compie l’accertamento di esso non può modificare, ma soltanto riconoscere come vigente (mediate opera di *Rechtsfindung*). Da questo punto di vista le prime sono qualificabili come fonti “politiche” in quanto costituiscono il prodotto di un’attività (regolata anch’essa dal diritto, ma soprattutto per quanto riguarda la procedura da osservare e comunque senza escludere un ambito di discrezionalità nella determinazione dei fini da perseguire e dei mezzi da adottare a tale scopo) contrapponendosi alle fonti “culturali”, le quali tendono all’attuazione delle norme giuridiche che risultano dall’analisi razionale del diritto vigente, interpretato come sistema coerente di principi e di regole applicative di essi». Si v. altresì l’intervista dell’A. con P. Passaglia, *Il sistema delle fonti del diritto: intervista ad Alessandro Pizzorusso a proposito della nuova edizione del suo commento per lo Scialoja-Branca-Galgano*, in *Il Foro italiano*, n. 6, 2011, 154 ss.

<sup>5</sup> Dunque sia “corti costituzionali” propriamente dette che “corti supreme” al vertice del potere giudiziario comune: su queste distinzioni v. X. Magnon, *Retours sur quelques définitions premières en droit constitutionnel: que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Propositions de définitions modales et fonctionnelles*, in AA.VV., *Long cours : mélanges en l’honneur de Pierre Bon*, Paris, 2014, 305 ss.

giudice in questa materia? Se sì, in che modo?

Alla prima domanda bisogna dare risposta positiva: la ricerca che segue è in realtà lo sviluppo di questa affermazione, la dimostrazione che i giudici costituzionali vengono certamente attivati affinché si pronuncino sulle regole a presidio dell'organizzazione dei poteri politici.

Dal punto di vista squisitamente teorico ciò non è (e non è mai stato) scontato: di recente, Pierre Avril – riferendosi in particolare all'esperienza francese – ha sostenuto che la “giustiziabilità” sia caratteristica propria del piano dei diritti, mentre, avendo alla mente l'art. 16 della *Déclaration* del 1789, l'altra grande anima della Costituzione ne sarebbe sprovvista<sup>6</sup>. Insomma, la “Costituzione dei poteri”, e in particolare la “costituzione dei poteri politici”, dovrebbe sfuggire per sua natura alla regolazione giurisdizionale. Una risposta a Pierre Avril (probabilmente “inconsapevole”, eppure coeva allo scritto dell'illustre Autore francese) l'ha data per l'Italia Sergio Bartole, ricordando con efficacia che, malgrado la debole razionalizzazione giuridica del parlamentarismo italiano, esistono pur sempre norme e principi costituzionali, che la Corte italiana è chiamata ad applicare onde evitare che «il nostro pluralismo istituzionale trovi un equilibrio attraverso mere prove di forza fra gli attori costituzionali»<sup>7</sup>.

Questa impostazione travalica evidentemente i confini italiani, rendendosi estremamente evidente in quegli ordinamenti dove al giudice costituzionale è riconosciuto un ampio ventaglio di competenze giurisdizionali, fra le quali spiccano *in subiecta materia* le decisioni sui conflitti fra organi costituzionali<sup>8</sup>.

E, si potrebbe dire, se il giudice può essere attivato è perché, in fondo, una qualche regola generale, applicabile ad opera della giurisdizione, è sempre riscontrabile nell'ordinamento (*ubi jus, ibi remedium*). Tale è l'avviso di Aharon Barak, già *Chief justice* della Suprema Corte di Israele, che a partire

---

<sup>6</sup> P. Avril, *Penser le droit politique*, in *Jus Politicum*, n. 20, 6 novembre 2018, 5: «En tant que norme suprême, [la Constitution a] consacré (...) les droits et libertés des gouvernés, garantie inhérente à l'idée de constitution qui surplombe en quelque sorte la politique : en raison de son objet, dès lors qu'elle concerne immédiatement la société. toute entière, elle s'entend au sens matériel comme au sens formel et se trouve donc pleinement justiciable. Cette justiciabilité répond à l'idée d'État de droit au sens strict. En tant qu'appareil de gouvernement, elle répartit les pouvoirs entre les organes, division également inhérente à l'idée de constitution, et se trouve alors de plain-pied avec la politique dont elle fixe en quelque sorte les règles du jeu ; la soumission à ces règles s'impose, mais au sens formel, car les prérogatives qu'elle distribue entre les organes sont exercées par des représentants du peuple qui en disposent discrétionnairement, sous leur responsabilité, pourvu qu'ils en respectent les prescriptions formelles».

<sup>7</sup> S. Bartole, *La Repubblica italiana e la sua forma di governo*, Modena, 2018, 27. Sulla normatività della “forma di governo” v. Id., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2009, 75 ss.

<sup>8</sup> Cfr. A. Le Divellec, *Le juge constitutionnel et les relations entre les parlements et le pouvoir exécutif. Les limites de la régulation juridictionnelle d'un système de gouvernement*, in S. Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Issy-les-Moulineaux, 2016, 151 ss.

da un'opinione da lui redatta per il caso *Ressler v. Ministry of Defense* del 1988, ha sostenuto la distinzione fra una *normative justiciability* ed una *institutional justiciability*<sup>9</sup>.

La prima attiene proprio al fatto che, assumendo come postulato la completezza dell'ordinamento giuridico e la soggezione di tutto ciò che in esso avviene alle norme che lo compongono, il giudice potrà sempre trovare almeno un principio generalissimo al metro del quale verificare il comportamento degli organi costituzionali.

In base alla seconda nozione, invece, il giudice potrebbe evitare o rifiutarsi di farlo non perché non sia in grado di individuare un parametro, ma in ossequio al principio di separazione dei poteri. Dunque, una scelta di volontà e non di ragione, che non attiene all'insufficienza delle regole ma al loro uso parsimonioso nei confronti, per così dire, di "regolati privilegiati".

La "giustiziabilità normativa" di Barak apre di certo a problemi assai delicati, a partire dai limiti (anche) del potere giurisdizionale per arrivare al rischio (tutt'altro che remoto) di uno scontro fra la legittimità politico-democratica degli organi "sovrani" (Parlamento, Governo, Capo dello Stato) e la legittimità tecnico-giuridica delle Corti<sup>10</sup>. Tuttavia, ci pare che essa colga un dato di verità: una qualche norma per decidere un caso si potrà sempre trovare, ma – si badi – non sempre (o non per forza) in senso limitante per il potere politico.

Allora, se l'intervento del giudice costituzionale può realizzarsi (e, in effetti, si realizza), problemi diversi sono la frequenza ed i limiti con cui ciò avviene.

Si arriva così alla seconda delle due domande iniziali: in che modo il giudice decide su questioni attinenti alla forma di governo.

Qui a venire in rilievo è la giustizia costituzionale intesa in senso processuale. Se anche fosse possibile ritenere sempre esistente una "giustiziabilità normativa", ne va diversamente della "giustiziabilità processuale" che, in modo ineluttabile, seleziona gli oggetti del contenzioso.

La frequenza e la pervasività dell'intervento giurisdizionale derivano da come è costruito il processo costituzionale, sia esso una declinazione del *judicial review* "ordinario" oppure un vero e proprio diritto processuale speciale riconnesso ad un giudice *ad hoc*.

Insomma, nelle technicalità del processo, l'*institutional justiciability* uscita dalla porta, potrebbe comodamente rientrare dalla finestra: da un lato, le corti potrebbero trovare buoni o ottimi argomenti processuali per scartare i casi e non decidere nel merito. Dall'altro lato, pur accettando di decidere secondo parametri normativi, potrebbero semplicemente ammettere la

---

<sup>9</sup> Cfr. l'opinione di A. Barak nel caso *Ressler*, par. 32 (traduzione in inglese disponibile all'indirizzo: [versa.cardozo.yu.edu/opinions/ressler-v-minister-defence](https://www.cascardozo.yu.edu/opinions/ressler-v-minister-defence)). V. anche A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2008, 178 ss.

<sup>10</sup> Su questo mai sopito "conflitto" (quanto meno ideale e/o ideologico) v. B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie?*, Issy-les-Moulineaux, 2017.

legittimità di determinate condotte senza esercitare un vero sindacato<sup>11</sup>, garantendo dunque una giustiziabilità solo apparente o comunque improntata alla deferenza.

Nelle dottrine della *justiciability* di *common law* (in particolare americano e britannico) particolare rilevanza ai nostri fini assume il canone della *political question*, che pare opportuno accennare partitamente proprio per evitare fraintendimenti sul tema che ci occupa. Nel momento in cui si tratta di poteri e di relazioni fra organi politici di vertice – si potrebbe dire – tutto ricade nella “*political question*”, ogni atto è un “*acte de gouvernement*” (per fare riferimento alla corrente di origine francese che ha sicuramente qualche affinità con quella anglosassone, pur differenziandosene<sup>12</sup>). Ma non pare una risposta adeguata: un conto è verificare *chi fa cosa* ed *in che modo* (dunque cogliendo la forma di governo nel suo essere, giuridicamente, un insieme di attribuzioni e procedure disciplinate dalle norme costituzionali), altro conto è interrogarsi sul *cosa* viene fatto da chi esercita, dal punto di vista formale legittimamente, il suo potere secondo un margine di discrezionalità più o meno ampio lasciato dall’ordinamento. Ovviamente, il confine non è sempre chiaro ed è nota l’oscillazione delle giurisprudenze fra ciò che è giustiziabile e ciò che non lo è, fra i motivi che sorreggono ora l’una soluzione e ora l’altra. E – come è immaginabile – in ogni caso politicamente sensibile l’idea della *political question* (sotto le sue varie specie<sup>13</sup>) è stata invocata da parte del potere

<sup>11</sup> Ad esempio, le sentenze del *Bundesverfassungsgericht* in materia di dissoluzione del *Bundestag* non negano la giustiziabilità della questione né in astratto, né in concreto, ma poi non individuano veri e propri canoni di giudizio: BVerfGE 62, 1 (16 febbraio 1983, *Bundestagsauflösung I*). Nel caso specifico, l’argomento utilizzato è che l’art. 68 GG (sul voto di fiducia al Cancelliere durante il mandato) è una “norma aperta”, che necessita di una “concretizzazione” naturalmente mutevole nel tempo e aperta all’interpretazione delle istituzioni politiche: «Art. 68 Abs. 1 Satz 1 GG ist eine offene Verfassungsnorm, die der Konkretisierung zugänglich und bedürftig ist. Die Befugnis zur Konkretisierung von Bundesverfassungsrecht kommt nicht allein dem Bundesverfassungsgericht, sondern auch anderen obersten Verfassungsorganen zu». A commento della prima decisione v. H.H. Klein, *Die Auflösung des Deutschen Bundestages nach Art. 68 GG. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Februar 1983 (2 BvE 1–4/83)*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, n. 3/1983, 402 ss.; D. Winkler, *Die Verfassungsmäßigkeit der Bundestagsauflösung: Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG vom 25.8.2005*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 3, 2006, 44 ss.

<sup>12</sup> Difatti, la dottrina della *political question* è incentrata sul contenuto materiale degli atti impugnati, mentre la teoria degli *actes de gouvernement* sviluppata dal *Conseil d’État* francese verte principalmente sul soggetto da cui gli atti promanano e se questi si inseriscono in rapporti costituzionalmente definiti e regolati. Sulla *political question* in generale nei sistemi di *common law* v. L. Sossin, *Boundaries of judicial review: the law of justiciability in Canada*, Toronto, 1999, 131 ss.; nella dottrina italiana v. almeno C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991; A. Sperti, *Corti supreme e conflitti tra poteri. Spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Torino, 2005. Sugli *actes de gouvernement* v. J. Waline, *Droit administratif*, Paris, 2016 (26ème éd.), 361 ss.; B. Plessix, *Droit administratif général*, Paris, 2016, 367 ss.

<sup>13</sup> In Italia, ad esempio, sotto la forma del margine di discrezionalità lasciato al legislatore elettorale o all’apprezzamento relativo ai presupposti di necessità ed urgenza ex art. 77 Cost.

chiamato a rispondere di quanto fatto. Ma altrettanto prontamente è stata scartata dai giudici allorché a questi è parso del tutto chiaro che vi fosse una soluzione giuridicamente appropriata delle faccende sottoposte loro.

Quindi la natura politico-istituzionale degli attori processuali non equivale alla “politicità” delle questioni di merito: essa semmai impone alle corti di cercare nelle norme costituzionali le soluzioni dei casi, con la difficoltà di trarre dai principi, talvolta molto scarni, le regole del caso concreto. La molteplicità delle strade possibili, però, non corrisponde alla loro infinitezza né esclude che alcune di queste siano sbarrate o senza uscita.

Insomma, le questioni sul funzionamento del regime politico e sui suoi equilibri arrivano davanti ai giudici, vengono decise e così la stessa forma di governo può venire in parte plasmata dai *dicta* delle giurisdizioni.

### 3. Dalla giustiziabilità al formante e ritorno: un itinerario

Superato – in termini generali – il primo scoglio della giustiziabilità, si arriva al cuore della questione: quale capacità ha la giurisprudenza di plasmare la forma di governo?

È facile qui ricorrere alla teoria dei formanti di Rodolfo Sacco<sup>14</sup>, constatando sin da subito che i tre formanti principali si rivelano in realtà insufficienti per comprendere appieno la configurazione di questa porzione dell’ordinamento costituzionale che si occupa di disciplinare la formazione, le competenze ed i rapporti reciproci fra gli organi politici di vertice.

È chiaro che esiste un formante (o, se si vuole, un criptotipo) “politico-partitico” dei sistemi di governo: il numero, il tipo, le ideologie dei partiti politici contribuiscono a determinare il funzionamento di un determinato sistema tramite la produzione di norme non scritte che integrano le previsioni del “formante legislativo”, spesso scarno o generico rispetto alla moltitudine di casi che la storia presenta<sup>15</sup>. Le condotte dei partiti politici

---

<sup>14</sup> Cfr. R. Sacco, *Legal formants: a Dynamich Approach to Comparative Law (Installmente I of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, n. 1, 1991, 1 ss.; Id., *Legal formants: a Dynamich Approach to Comparative Law (Installmente II of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, n. 2, 1991, 343 ss. Sul tema di recente v. R. Scarciglia, *Strutturalismo, formanti legali e diritto pubblico comparato*, in *DPCE*, n. 3, 2017, 649 ss.

<sup>15</sup> In questo senso credo si possa leggere L. Elia, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 639 ss. laddove sottolinea che il sistema dei partiti dà origine a convenzioni che attuano i principi costituzionali. Cfr. anche J. J. Colliard, *Les régimes parlementaires contemporains*, Paris, 1978, 70 ss, nonché oggi N.W. Barber, *The Principles of Constitutionalism*, Oxford-New York, 2018 (si veda in particolare il capitolo VI dedicato alla democrazia). Sul ruolo del sistema politico nella definizione della forma di governo v. M. Volpi, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in *DPCE*, n. 1, 2015, 131 ss., che risponde alla tesi di M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, 2010, in particolare 550 ss., sul ruolo dei partiti politici. Sulla nozione del *formante politico-partitico* si v. invece: S. Staiano, *La Repubblica parlamentare italiana e il suo sistema di partiti*, in S. Staiano, G. Ferraiuolo, A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di governo. Atti del Convegno di Napoli 14-15 giugno 2019*, Napoli, 2020, 21, e (calando il tema in particolare nel contesto del diritto parlamentare) M. Podetta, *Governare le Camere. Tendenze e miti delle riforme*

estrinsecano dunque le (o meglio: alcune delle) “virtualità” che uno stesso testo può esprimere<sup>16</sup>.

Un peso determinante lo ha poi la storia istituzionale di un dato Paese, storia che spesso non è lineare o condotta con razionalità, ma che registra prove di forza, rapporti di egemonia mutevoli o più costanti, scontri e ricomposizioni. Ed il tutto contribuisce ad illuminare le norme, a consolidare significati normativi oppure ad abbandonarli per sempre: l'evoluzione costituzionale del Regno Unito ne è la prova evidente.

Quanto ai tre formanti classici, partiamo da quello meno incisivo. La dottrina può certo tentare di influenzare gli altri due (in particolare, proprio quello giurisprudenziale), tuttavia è chiaro che rischia spesso di essere schiacciata sotto il peso e della politica e della storia, salvo voler assecondare passivamente quanto avviene nella realtà: allora si spoglierebbe però del ruolo di formante per essere anch'essa oggetto “formato” dagli altri elementi.

Il formante testuale (che abbraccia quindi tanto i testi costituzionali, quanto gli altri testi normativi che li integrano) ha una parte all'evidenza fondamentale. Eppure, come già accennato, nessun testo costituzionale o legislativo, per quanto minuzioso, è in grado di disciplinare tutte le fattispecie che possono prodursi nella realtà. Anzi, talvolta la scelta dei Costituenti è proprio quella di lasciare spazio allo sviluppo naturale e futuro per superare eventuali incertezze o lacune lasciate dai testi.

Infine, c'è la giurisprudenza, la quale in realtà potrebbe essere il formante “decisivo”, sia per il tempo con il quale può addivenire ad esistenza<sup>17</sup>; sia per la sua potenziale efficacia, dal momento che interviene in concreto con un potere vincolante; sia, ancora, per la capacità di fare sintesi fra gli altri quattro. Sulla giurisprudenza grava però il medesimo rischio della dottrina: l'incapacità di “formare”, garantendo così la conservazione dello *status quo*.

Sorge qui un nuovo interrogativo: quando la giurisprudenza è “incisiva”? Quando e quanto agisce da *formante* nei singoli ordinamenti?

Si tratta di una misurazione complessa, anche di difficile oggettivazione, perché, se anche è vero che è possibile recensire numericamente gli arresti dei giudici che attengono specificamente alla forma di governo (ferma restando la difficoltà di individuarne chiaramente i confini), la quantità è del tutto indipendente dalla “qualità” dei contenuti<sup>18</sup>.

Di converso, è indubbio che l'apporto di materiale normativo da parte

---

*regolamentari*, Bari, 2020, 375 ss., il quale lo ricollega – rispetto al sistema di Rodolfo Sacco – alla categoria dei “crittotipi” (388, nota 47).

<sup>16</sup> V. L. Elia, voce *Governo (forme di)*, cit., 666. Egualmente P. Avril, *Les Conventions de la Constitution*, Paris, 1997, 5 ss.

<sup>17</sup> Ciò ovviamente varia in funzione dei vari sistemi, tuttavia la pronuncia di una sentenza potrebbe essere tendenzialmente più rapida rispetto ad una procedura di revisione costituzionale e/o legislativa.

<sup>18</sup> Per “qualità” non deve intendersi tanto un giudizio di valore sulle argomentazioni giudiziali, ma un riferimento alla portata effettivamente precettiva che può sprigionare dalle stesse.

del giudice contribuisca a definire i contorni delle regole costituzionali, aprendo così – in ipotesi – ad ulteriori spazi di “giustiziabilità”, secondo un andamento incrementale<sup>19</sup>. Fra giustiziabilità e formante si crea quindi un circolo, purché il contenuto del prodotto giurisprudenziale sia sufficientemente chiaro per contribuire ad indirizzare il sistema.

Quanto detto non comporta automaticamente il passaggio da una regolazione *occasionale* delle dinamiche del sistema di governo ad un intervento *abituale* e costante del giudice. Tutto dipenderà da quanto gli attori del gioco politico-istituzionale saranno recettivi e disposti a seguirlo: in altre parole, come gli altri formanti (in particolare quello politico-partitico) reagiranno all’impulso proveniente dalla giurisdizione.

Si impongono qui alcuni esempi.

Il primo – anche perché più plateale – è quello del Regno Unito. È indubbio che sia piuttosto contenuta la giurisprudenza britannica che si è occupata di principi ascrivibili direttamente alla forma di governo parlamentare. Anzi, è forse possibile affermare che non esiste un sistematico intervento della giurisdizione nella regolazione dei rapporti fra gli organi politici. Eppure, le due recentissime sentenze *Miller I* e *II*, per quanto singolari rispetto al contesto in cui sono maturate, dimostrano perfettamente che si è costruito un formante giurisprudenziale anche per la forma di governo britannica<sup>20</sup>. Le due pronunce, infatti, non solo fanno emergere dei principi fondamentali del sistema (la *parliamentary sovereignty*, ma anche l’*accountability* del Governo nei confronti del Parlamento), ma ne fanno sprigionare anche il contenuto precettivo, che diviene appunto *enforceable* dinanzi alle corti. E l’effetto formante di sicuro vi è stato, tant’è che è stata avvertita immediatamente l’esigenza di scrivere a chiare lettere nella proposta di riforma del *Fixed-term Parliaments Act (FTPA)* che il potere di dissoluzione – rinascituro sotto la specie del *prerogative power* – non potrà essere oggetto di *judicial review*<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> È il caso dei *prerogative powers*, inizialmente immuni da qualunque tipo di sindacato, sono con il tempo divenuti oggetto di *judicial review* quanto alla loro sussistenza ed alla loro estensione. Non essendo una categoria unitaria, questo processo è partito da alcune facoltà (es. i poteri di requisizione a scopi bellici) per poi estendersi agli altri (fino ad arrivare alla *prorogation*). Sul punto v. M. Elliott, *The Constitutional foundations of judicial review*, Oxford-Portland, 2001, 165 ss., nonché P. Sales, *Crown Powers, the Royal Prerogative and Fundamental Rights*, in H. Wilberg, M. Elliott (a cura di), *The Scope and Intensity of Substantive Review Traversing Taggart’s Rainbow*, Oxford-Portland, 2015, 361 ss.

<sup>20</sup> Cfr. G.F. Ferrari, *Miller II: il sindacato giurisdizionale sulle dinamiche della forma di governo prende definitivamente piede a Londra?*, in *DPCE Online*, n. 3, 2019, 2171 ss. Sulla giurisprudenza *Miller I* e *II* v. altresì A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *DPCE* (numero speciale) 2019, 745 ss. nonché F. Rosa, *Power to the Parliament. La Corte Suprema dichiara illegittima e nulla la sospensione del Parlamento*, in *DPCE Online*, n. 3, 2019, 2165.

<sup>21</sup> In effetti il testo presentato dal Governo Johnson per superare il *FTPA* prevede espressamente una clausola di esenzione del potere di scioglimento dal *judicial review*. Cfr. il *Dissolution and Calling of Parliament Bill*, presentato il 12 maggio 2021 (in sostituzione del

Non può essere poi trascurato il caso di Israele, dove – anche a seguito della dottrina del *Chief Justice* Barak – tutto è sostanzialmente giustiziabile<sup>22</sup>. La Corte suprema si è espressa su moltissime questioni attinenti al governo parlamentare: sulla nomina del Primo ministro e degli altri ministri<sup>23</sup> nonché sulla loro rimozione<sup>24</sup>, sul governo in affari correnti<sup>25</sup>, sul potere presidenziale di grazia<sup>26</sup>, sul potere di convocazione della *Knesset* da parte del suo presidente nel corso della formazione del governo<sup>27</sup>, sui rapporti interni alla *Knesset* fra maggioranza e opposizione<sup>28</sup>, fino ad arrivare a sindacare gli accordi di coalizione ed il loro rispetto<sup>29</sup>. Il fatto che la giustiziabilità sia un criterio a maglie molto ampie nel Paese mediorientale, non significa tuttavia che la Corte si sia pronunciata su ogni questione in maniera “rivoluzionaria”. Anzi, molte volte ha fatto salvo l’operato degli organi politici. Tuttavia, il ruolo della Corte nel sistema politico israeliano – molto frammentato, talvolta convulso – pesa come una spada di Damocle sulle teste dei protagonisti, come un faro sempre puntato sui movimenti interni alla forma di governo. Proprio per questa ragione si radica una certa resistenza nei soggetti politici, che – oltre ad evocare riforme per contenere il potere dei giudici – utilizzano direttamente la leva della revisione costituzionale per aggirare gli ostacoli: è il caso, da ultimo, della creazione di un “governo a rotazione” fra Benjamin Netanyahu e Benjamin Gantz nell’aprile 2020, quando l’accordo di coalizione fra i due rispettivi partiti (*Likud e Blu e Bianco*) è stato trasfuso in un emendamento provvisorio alla *Basic Law: The Government*<sup>30</sup>.

---

*Draft Fixed-term Parliaments Act (Repeal) Bill* proposto nel dicembre 2020). L’art. 3 è rubricato “*Non-justiciability of revived prerogative powers*”. Per un commento alla proposta (ed all’effettiva capacità, di cui si dubita, di togliere qualunque tipo di controllo alle Corti, le quali si troverebbero in realtà dinanzi ad uno *statutory power*) cfr. A. L. Young, *The Draft Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repeal) Bill: Turning Back the Clock?*, in *Uk Constitutional Law Blog*, 4 dicembre 2020; M. Elliott, *Repealing the Fixed-term Parliaments Act*, in *publiclawforeveryone.com*, 2 dicembre 2020.

<sup>22</sup> R. Weil, *The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath: On Judicially-led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding*, in *Law&Ethics of Human Rights*, 2020 (disponibile all’indirizzo [ssrn.com/abstract=3296578](https://ssrn.com/abstract=3296578)).

<sup>23</sup> HCJ 232/16 (*Movement for Quality Government in Israel v. Prime Minister*); HCJ 3132/15 (*Yesh Atid Party v. Prime Minister*).

<sup>24</sup> HCJ 5261/04 (*Fuchs v. Prime Minister*).

<sup>25</sup> HCJ 7510/19 (*Orr-Hacohen v. Prime Minister*); HCJ 2109/20 (*Ben Meir v. Prime Minister*).

<sup>26</sup> HCJ 428/86 (*Barzilai v. Government of Israel*). Nel caso HCJ 219/09 (*Minister of Justice v. Zohar*) si verteva invece in un caso di rifiuto del Ministro della Giustizia di firmare l’atto presidenziale di clemenza, proprio come nel caso Bompresmi deciso in Italia con la sentenza n. 200/2006.

<sup>27</sup> HCJ 2144/20 (*Movement for Quality Government in Israel v. Speaker of the Knesset*), su cui v. R. Weil, *Judicial Intervention in Parliamentary Affairs to Prevent a Coup d’état*, in *Maryland Law Review*, 2021 (disponibile all’indirizzo [ssrn.com/abstract=3880979](https://ssrn.com/abstract=3880979))

<sup>28</sup> HCJ 9029/16 (*Aviram v. Minister of Justice*).

<sup>29</sup> HCJ 1601/90 (*Shalit v. Peres*).

<sup>30</sup> Su cui v. R. Levush, *Israel: Scope and Duration of Amendments Regulating the Tenure and Operation of a Rotating Government*, in *The Law Library of Congress*, maggio 2020.

Pare opportuno citare ancora due sistemi, i quali si rassomigliano per il fatto di contare molteplici strade di accesso alla giustizia costituzionale, strade che di conseguenza offrono al giudice svariate occasioni di pronunciarsi *ratione materiae*: si tratta della Germania e della Spagna.

Cominciando da quest'ultima, bisogna osservare che il *Tribunal Constitucional* ha accumulato una cospicua giurisprudenza in materia che gli viene, oltre che dalla varietà di accessi alla giustizia, soprattutto dal compito di regolare non solo il livello nazionale, ma anche i vari sistemi autonomici. La sovrapponibilità fra il modello istituzionale nazionale e quelli delle Comunità autonome (che ne rappresentano sostanzialmente una declinazione, con limitate variazioni sul tema) rende la giurisprudenza costituzionale idonea a conformare al contempo l'uno e gli altri. E di conseguenza il Tribunale non opera *distinguishing* nel momento in cui si pronuncia, sicché tutte le sentenze (siano state pronunciate per lo Stato o per le Comunità autonome) divengono precedenti.

Malgrado ciò, l'opera del giudice spagnolo non si rivela così incisiva (diversamente da come lo è stata, ad esempio, rispetto al rapporto fra livelli di governo territoriali)<sup>31</sup> come si potrebbe pensare. Alcune pronunce sono di assoluto pregio e anche molto istruttive a livello comparatistico, tuttavia il giudice di Madrid è sempre molto attento nella sua argomentazione a sottolineare le esigenze del caso concreto, ribadendo la volontà di attenersi ad esso e di non sistematizzare oltre il necessario<sup>32</sup>. A ciò si aggiunge un elemento molto concreto: il fattore tempo. Spesso, infatti, le sentenze arrivano con una certa dilazione rispetto al momento in cui si sono verificati i fatti contestati: l'intempestività (forse talvolta voluta) è un sicuro elemento di indebolimento dell'effetto formante, soprattutto se il sistema politico manca di una particolare sensibilità (o, se si vuole, "etica") costituzionale e dunque procede indisturbato relegando il fatto ad un "accidente" del passato.

Certo, vi sono – per utilizzare il linguaggio del giudice spagnolo – "dottrine" del Tribunale costituzionale che un effetto lo hanno avuto, anche perché costanti nel tempo: si pensi in particolare all'uso del veto finanziario dei Governi (nazionale e locali) sulle proposte legislative o emendative

---

<sup>31</sup> Sulla questione catalana, per tutti, cfr. la ricostruzione di E. Tira, *La dialettica tra simmetria e asimmetria nello "Stato delle autonomie" spagnolo*, in V. Breda, M. Frau (a cura di), *La contrattazione costituzionale dei livelli di autonomia. Modelli per una comparazione*, Napoli, 2020, 175 ss.

<sup>32</sup> Cfr. STC n. 115/2018: «*Nuestra doctrina, además, no se ha pronunciado más que en cuestiones muy concretas sobre el art. 101.2 CE... Por otra parte, a los efectos concretos del conflicto planteado, no se puede olvidar que el Estado es, además, sujeto de derecho internacional*» (FJ 8); «*Carece de sentido negar categóricamente y con carácter general dicha función de control al Congreso de los Diputados por estar el Gobierno en el supuesto contemplado en el art. 101.2 CE. Habiendo realizado el Gobierno en funciones una actividad, como era la asistencia a la reunión de los Ministros de Defensa de la OTAN, dicha actuación estaba sometida al control de las Cortes Generales previsto en el art. 66.2 CE, y en este caso concreto, conforme al art. 110 CE*» (FJ 9, enfasi aggiunte).

all'interno delle Camere. Il Tribunale ha avuto il merito di meglio inquadrare tale facoltà e di contenere gli abusi interni all'*iter legis*<sup>33</sup>.

Il caso tedesco mostra alcuni punti di contatto con quello spagnolo. Sebbene i giudici si siano pronunciati varie volte rispetto ad istituti centrali del regime parlamentare, fra i quali spiccano i casi delle (auto)dissoluzioni del *Bundestag* tramite l'uso "sviato" della questione di fiducia da parte del Cancelliere ex art. 68 GG<sup>34</sup>, la giurisprudenza ha sempre mostrato grande attenzione al rispetto del ruolo del Parlamento (lo dimostrano anche le importanti sentenze sull'integrazione europea<sup>35</sup>) ed alla tutela delle minoranze interne, ma senza mai assestare grandi "scossoni" al sistema nel suo complesso. Ciò deriva probabilmente anche dalla grande stabilità istituzionale della Germania e dalla capacità di autoregolazione del sistema politico, fermo restando che il giudice tedesco non si è mai tirato indietro allorché serviva pronunciarsi. L'ascesa di partiti estremisti (si pensi in particolare ad *Alternative für Deutschland*) rischia di compromettere il quadro, ma per il momento la Corte ha mostrato grande equilibrio nel gestire l'accresciuta conflittualità politica che si è tradotta anche in una maggior conflittualità processuale, sebbene – per il momento – di non grande pregnanza istituzionale<sup>36</sup>.

In questo rapido itinerario, va infine citato un esempio *a contrario*. La giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* francese – concepito come parte integrante del parlamentarismo razionalizzato e quindi arma «*contre les déviations du régime parlementaire*»<sup>37</sup> – ha adempiuto in maniera piuttosto fedele alla sua missione storica, salvaguardando il ruolo centrale e i poteri del Governo nei confronti del Parlamento. Attività che, con il tempo, ha sostanzialmente protetto l'influenza presidenziale, celata dietro la maschera della separazione dei poteri. È chiaro che la giurisdizione francese ha assecondato – per un lungo periodo *in toto* – i rapporti di forza impostisi in via di fatto e nel momento in cui mutava il formante testuale, con la revisione del 2008, in un senso (quantomeno tendenzialmente) più favorevole alle

---

<sup>33</sup> V. STC n. 34/2018; n. 44/2018 (sul *veto presupuestario* ad opera del Governo nazionale). Sul veto di bilancio nei Parlamenti autonomici vedi già STC n. 242/2006 (Paesi Baschi) e, più di recente, STC n. 53/2021 (Murcia). Sul tema v. D. Delgado Ramos, *El veto presupuestario del Gobierno*, in *Revista de Estudios políticos*, n. 183, 2019, 69 ss.

<sup>34</sup> BVerfGE 62, 1 (16 febbraio 1983, *Bundestagsauflösung I*); BVerfGE 114, 107 (23 agosto 2005, *Bundestagsauflösung II*); BVerfGE 114, 121 (25 agosto 2005, *Bundestagsauflösung III*). V. supra nota 11.

<sup>35</sup> Si pensa qui al *Lissabon-Urteil* del 30 giugno 2009 (BVerfGE 123, 267) o alla successiva decisione del 18 marzo 2014 sul MES (BVerfGE 135, 317).

<sup>36</sup> BVerfGE 154, 320 del 9 giugno 2020 sul ricorso dell'AfD contro un'intervista di un Ministro federale pubblicata sul sito istituzionale del Ministero e ritenuta offensiva nei confronti della forza politica. Su altri ricorsi proposti dal medesimo partito, senza ottenere particolari successi, cfr. Y. Sejari, *L'AfD à Karlsruhe: beaucoup de bruit pour rien?*, in *Revue de droit allemand*, 2019, 1 ss.

<sup>37</sup> Espressione tratta dal celebre discorso di Michel Debré davanti al Consiglio di Stato, del 27 agosto 1958.

Assemblée, ha preferito continuare a seguire la sua tradizione. Questione di volontà o di autorevolezza poco rileva: di certo è che nel 2009 c'erano i presupposti per ri-parlamentarizzare (almeno parzialmente) il sistema e il giudice ha resistito a tale cambiamento<sup>38</sup>. Anche Oltralpe, in realtà, alcuni "sprazzi di luce" ci sono stati, anche di recente. Ad esempio, dopo una lunga giurisprudenza di segno contrario, nel 2020 il *Conseil* ha riconosciuto che il Parlamento ha il potere di ottenere informazioni dal Governo, come declinazione più generale del suo potere di controllo (decisione n. 2020-800 DC dell'11 maggio 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*<sup>39</sup>). O, ancora, è stata sviluppata una *exigence de sincérité et clarté des débats parlementaires* che il giudice potrebbe utilizzare per temperare gli effetti distorsivi dovuti alla combinazione fra i vari poteri riconosciuti al Governo dalla Costituzione del 1958<sup>40</sup>. Per il momento, però, si è trattato di un'arma spuntata, di uno spauracchio più che di una "minaccia" reale nei confronti dell'Esecutivo.

E che ne è, a questo punto, della Corte costituzionale italiana?

### 3.1. La giurisprudenza costituzionale italiana: un formante "selettivo" e a correnti alternate

Se ogni Corte subisce gli effetti delle situazioni politiche contingenti e a queste reagisce, pare di poter affermare che la giurisprudenza costituzionale italiana è stata particolarmente sensibile e responsiva a quanto avveniva al di fuori del Palazzo della Consulta. Ed in effetti – pur con la difficoltà di tracciare periodizzazioni nette<sup>41</sup> – alcune fasi giurisprudenziali possono essere osservate, fasi che (come è normale che sia) hanno seguito l'andamento del sistema politico e l'evoluzione di quest'ultimo anche nel suo essere "formante" del regime parlamentare.

In una prima, lunga fase che copre all'incirca il primo trentennio di attività, la Corte fu molto schiva rispetto alla tematica del sistema parlamentare, vuoi perché non arrivavano alla sua attenzione questioni davvero pregnanti rispetto al delicato equilibrio fra gli organi supremi dello Stato, vuoi perché la stessa Corte si è a lungo sottratta dall'incidere eccessivamente su questo<sup>42</sup>, evitando persino di menzionare il concetto di

---

<sup>38</sup> Cfr. P. Avril, *Le Conseil constitutionnel est-il toujours le bras armé du Gouvernement dans le parlementarisme rationalisé?*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 50, 2016, 39 ss.

<sup>39</sup> *Considérant* n. 82: «Il est loisible au législateur de prévoir des dispositions assurant l'information du Parlement afin de lui permettre, conformément à l'article 24 de la Constitution, de contrôler l'action du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques».

<sup>40</sup> Cfr. P. Avril, J. Gicquel, J.E. Gicquel, *Droit parlementaire*, Issy-les-Moulineaux, 2014, 13; B. Bertrand, *L'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Étude sur un concept régulateur de la procédure législative sous la Ve République*, in *Revue du droit public*, n. 2, 2011, 431 ss.

<sup>41</sup> Su tale difficoltà cfr. C. Pinelli, *Processi di attuazione costituzionale e periodizzazioni della Repubblica*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 2, 2018, 235 ss.

<sup>42</sup> Si pensi alla giurisprudenza costituzionale in materia di decreti-legge e delegazione legislativa: cfr. per una trattazione generale L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna,

“forma di governo”<sup>43</sup>. Ciò non significa che sia stata del tutto silente<sup>44</sup>: molto rilevante fu, ad esempio, la sent. n. 86/1977 in tema di segreto di Stato, dove vennero fatte alcune fondamentali affermazioni in particolare sul ruolo del Presidente del Consiglio<sup>45</sup>. Altrettanto notevole – anche se in senso negativo – si è rivelata la giurisprudenza costituzionale in materia di decreti-legge e delegazione legislativa: una giurisprudenza molto “ossequiosa” nei confronti dei poteri politici e attenta a non ingerirsi nei rapporti fra Governo e Parlamento e che, in qualche modo, ha condizionato moltissimo gli usi (e gli abusi) dei poteri legislativi del Governo.

Con gli anni ‘90, i molteplici sommovimenti del sistema politico-istituzionale si riverberano anche sulla giurisprudenza di una Corte che, lasciando da parte quella *judicial modesty* che l’aveva caratterizzata negli anni precedenti, si mostra molto più pronta ad intervenire, persino coraggiosa nel non ritrarsi di fronte all’orizzonte della c.d. “democrazia maggioritaria” che andava disegnandosi. È proprio in questo momento che si osservano alcune fondamentali sentenze che provano a “tenere il punto” rispetto ad una trama normativa – quale quella del governo parlamentare nella Costituzione italiana – certo scarna, ma non inesistente<sup>46</sup>.

Il primo versante identificabile concerne i poteri normativi dell’Esecutivo e, in particolare, la limitazione alla decretazione d’urgenza, che in questo primo periodo conosce sensibili prese di posizione da parte della Corte.

Con la sent. n. 29 del 1995, ribaltando una radicata impostazione precedente, la Corte stabilisce che i vizi genetici del decreto-legge si trasferiscono alla legge di conversione, assicurandosi così un ampliamento non indifferente del suo sindacato. Ancora, già messa in dubbio con le sentt. n. 302 del 1988 e n. 161 del 1995, la criticata prassi della reiterazione dei decreti-legge incontra infine la declaratoria di incostituzionalità nella sent. n. 360 del 1996. In questa pronuncia, per quanto qui rileva, emergeva in maniera pressante la necessità di ristabilire un ordine all’interno degli equilibri (certo dinamici) esistenti fra Governo e Parlamento nello sviluppo

---

1996, 208 ss. (sulla delega) e 235 ss. (sul decreto-legge), nonché F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 165 ss e 194 ss.

<sup>43</sup> Si noti che – da una ricerca testuale attraverso il sito della Corte costituzionale – la prima pronuncia nella quale si rinviene la locuzione “forma di governo” è la sent. n. 34/1985. Cfr. sul punto A. Simoncini, *Corte e concezione della forma di governo*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio, *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 239 ss.: T. Groppi, *La forma di governo italiana nella giurisprudenza costituzionale: la Corte a difesa del “monismo parlamentare”?*, in *Politica del diritto*, 2000, 407 ss.

<sup>44</sup> Cfr. sent. 35/1962, punto 6 del *Considerato in diritto*, sulla posizione del Presidente della Repubblica nell’ordinamento repubblicano.

<sup>45</sup> Su cui v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, E. Rinaldi, *Arcana imperii. Il segreto di Stato nella forma di governo italiana*, Napoli, 2016, 81 ss.

<sup>46</sup> V. M. Luciani, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1151 ss.

dell'indirizzo politico dello Stato<sup>47</sup>, evitando che una norma (l'art. 77 Cost.) connotata da evidente flessibilità ed apertura a situazioni assai distinte fosse completamente svuotata di significato, al di là delle raffinate teorie che da sempre la vedono al cuore della riflessione costituzionalistica.

Il secondo versante – strettamente collegato al primo, anche perché sempre di decreti-legge si trattava – attiene invece alle procedure parlamentari. La sent. n. 391 del 1995 (espressione di una giurisprudenza purtroppo abbandonata nel prosieguo<sup>48</sup>) si segnala a tal proposito per due profili: un primo metodologico circa il sindacato giurisdizionale sull'*iter legis*, un secondo più di sostanza.

Infatti, da un lato la Corte amplia il suo sindacato sulla procedura parlamentare rispetto ai principi fissati nella celebre sent. n. 9/1959: il giudice infatti verifica la regolarità dell'*iter* di conversione non solo alla stregua delle norme costituzionali, ma completa queste ultime con le disposizioni regolamentari in materia.

Dall'altro lato, la pronuncia si sforza di riportare lo strumento della questione di fiducia "tecnica" nell'alveo dei principi costituzionali in materia di procedura parlamentare, collocandola così nella sfera di autonomia regolamentare delle Camere. Con una conseguenza implicita assai importante: se la questione di fiducia costituisce infatti una "*procedura speciale*", automaticamente essa va esclusa per le materie che richiedono, viceversa, il procedimento *normale* in base all'ultimo comma dell'art. 72 Cost.<sup>49</sup>

Si tratta di una impostazione che ovviamente può prestare il fianco a critiche; epperò non si può disconoscere il tentativo di razionalizzare uno strumento che si sarebbe trasformato in una "bestia nera" per la riflessione costituzionalistica, soprattutto nel suo abbinamento con i maxi-emendamenti<sup>50</sup>. Insomma, purtroppo l'effetto formante qui è mancato, anche perché il giudice costituzionale non è riuscito (o non ha voluto) mantenere ferma la sua giurisprudenza.

Il terzo ambito è rappresentato invece dai rapporti interorganici nel

---

<sup>47</sup> Punto 4 del *Considerato in diritto*: «Su di un piano più generale, la prassi della reiterazione, tanto più se diffusa e prolungata nel tempo - come è accaduto nella esperienza più recente - viene, di conseguenza, a incidere negli equilibri istituzionali (v. sentenza n. 302 del 1988), alterando i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento (art. 70 della Costituzione)».

<sup>48</sup> L'impostazione viene poi confermata in un *obiter* nella sent. 148/1999, ma poi risulta essere abbandonata: cfr. L. Ciaurro, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2018, 15-16: «la Corte appare aver ricostruito dettagliatamente ed aver sindacato diffusamente (forse ad un livello superiore rispetto al passato) il rispetto delle previsioni regolamentari, che per ciò stesso hanno implicitamente assunto il valore di un "quasi parametro indi-retto ed implicito" in quel giudizio di costituzionalità».

<sup>49</sup> Cfr., volendo, A. Lauro, *Dopo l'ordinanza n. 17/2019: prospettive di tutela del singolo parlamentare alla luce di alcune prassi problematiche*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1, 2019, 163.

<sup>50</sup> Su cui v. N. Lupo (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*. *Atti del seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1 ottobre 2009*, Padova, 2010.

quadro del governo parlamentare, ambito esemplificato dalla celebre sent. n. 7 del 1996 sul c.d. “caso Mancuso” e la mozione di sfiducia individuale ad un Ministro. Si tratta ovviamente di una decisione importantissima anzitutto perché rende chiaramente visibile l'esistenza di una trama di poteri, rapporti e competenze che, ancorché fortemente intrisi di politicITÀ, possono divenire giustiziabili davanti al giudice dei conflitti.

Dal punto di vista contenutistico, in realtà il giudice costituzionale canonizza gli approdi cui il formante politico-parlamentare era pervenuto, dandovi una sistematizzazione più ampia. Trattasi però di una sentenza che in alcuni tratti rinuncia – vistosamente – ad essere “formante”: ad esempio, nel passaggio circa la possibilità che il Presidente del Consiglio proponesse direttamente la revoca di un Ministro, a prescindere dal voto di sfiducia<sup>51</sup>. Un'affermazione che avrebbe potuto certamente apparire audace, ma che forse (e solo di ipotesi speculativa, ovviamente, si tratta) avrebbe sottratto nel tempo argomenti ai riformatori che andavano predicando la debolezza intrinseca del Governo in Italia e, al contempo, avrebbe potuto concorrere ad una configurazione meno ambigua e forse più razionale dei rapporti infraministeriali.

Negli anni 2000 questi filoni giurisprudenziali seguono sorti differenti: in particolare la Corte appone ulteriori limiti alla decretazione d'urgenza (è il caso della sent. n. 171 del 2007<sup>52</sup>), mentre di fatto scompare il controllo sulla procedura parlamentare, se non con riguardo alla materia precedente<sup>53</sup>. Quanto ai rapporti fra organi, sarà di particolare rilievo la sent. n. 200 del 2006: ma su questa si tornerà in seguito (v. *infra* par. 4).

La riflessione sulla forma di governo e sulle sue implicazioni giuridiche si impone comunque all'attenzione della Corte, giacché essa si trova a confrontarsi con gli esperimenti statutari delle Regioni a seguito della riforma del Titolo V. Non è questa la sede per soffermarsi su tale

---

<sup>51</sup> Punto 11 del *Considerato in diritto*: «Né può valere l'ulteriore considerazione del ricorrente secondo cui un'eventuale incompatibilità tra l'indirizzo del Governo e l'azione del singolo ministro avrebbe dovuto trovare soluzione nell'ambito del Consiglio dei ministri, attraverso iniziative del Presidente. Ed invero, anche se detta via appare in astratto coerente con i poteri e le responsabilità del Presidente del Consiglio dei ministri, quale garante dell'unità di indirizzo del Governo, non è questa la sede per indagare sulle ragioni che non hanno consentito, nel caso di specie, una soluzione siffatta, essendo, invece, compito della Corte accertare solo se il potere di controllo del Parlamento sia stato legittimamente esercitato, nel rispetto dei limiti derivanti dalle competenze spettanti ad altri poteri dello Stato».

<sup>52</sup> *Ex multis*, v. su questa sentenza che dichiara l'illegittimità di una legge di conversione per assenza manifesta dei presupposti (nella prospettiva ampia degli equilibri della forma di governo) A. Carminati, *Dinamiche istituzionali e logiche politiche: le interferenze fra Governo e maggioranza parlamentare nel corso della XIV legislatura*, in A. D'Andrea, L. Spadacini (a cura di), *La rigidità bipolare del parlamentarismo italiano. Cinque anni di centrodestra (2001-2006)*, Bibliofabbrica, 2008, 645 ss., che riconosce alla sentenza in oggetto «un apprezzabile valore culturale» (647).

<sup>53</sup> Nella sent. n. 171/2007 si fa riferimento – ma in astratto, a sostegno delle conclusioni generali cui perviene la Corte – all'iter di conversione dei decreti-legge e alle norme regolamentari pertinenti: punto 5 del *Considerato in diritto*.

giurisprudenza<sup>54</sup>, tuttavia bisogna segnalare che – diversamente dal caso spagnolo – il giudice costituzionale perde molte occasioni di farsi formante a livello complessivo, a causa della diversità istituzionale fra l’assetto di governo regionale e quello nazionale. Certo, comincia qui una comparazione *per differentiam* che, anche in seguito, porterà ad affermazioni importanti (si pensi ai *distinguishing* rispetto ai sistemi elettorali locali contenuti nelle sentt. n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017<sup>55</sup>), ma la profonda discrasia fra i livelli di governo frammenta la giurisprudenza costituzionale ed impedisce uno sviluppo armonico di un formante giurisprudenziale unico sul diritto delle istituzioni politiche<sup>56</sup>.

In effetti, in questa fase la vera pronuncia decisiva è rappresentata dalla sentenza sulla grazia, una sentenza “a difesa” del Presidente della Repubblica. Per il resto, la Corte segue gli andamenti del sistema cercando di rattoppare gli strappi più evidenti che si registrano nel corso dell’esasperata democrazia maggioritaria, anche con riguardo alle tensioni fra politica e magistratura (si pensi alle sentenze sui c.d. Lodi Schifani e Alfano: n. 24 del 2004 e n. 262 del 2009).

Con gli anni ‘10 di questo secolo, si apre un periodo in chiaroscuro: per un verso, si registrano infatti interventi molto più netti e persino molto dialettici nei confronti del sistema politico. Viene dichiarata l’incostituzionalità del legittimo impedimento del Presidente del Consiglio (n. 23 del 2011); arriva la sentenza n. 1 del 2013 sull’attività riservata del Presidente della Repubblica; viene caducata una legge di conversione per la disomogeneità dei contenuti, con un’aperta critica verso la combinazione della questione di fiducia con il maxi-emendamento (n. 32 del 2014). Al

---

<sup>54</sup> Ricordiamo però la sent. n. 2 del 2004, con la quale il giudice costituzionale affermò che la forma di governo parlamentare «non sembra costituire in quanto tale un principio organizzativo immutabile del sistema costituzionale statale» (punto 6 del *Considerato in diritto*). A commento si v. almeno L. Carlassare, *La sent. n. 2 del 2004 tra forma di governo e forma di Stato*, in *Le Regioni*, 2004, 920 ss.

<sup>55</sup> Sent. n. 1/2014, punto 3.1 del *Considerato in diritto*: «Risulta, pertanto, palese che in tal modo esse consentono una illimitata compressione della rappresentatività dell’assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della «rappresentanza politica nazionale» (art. 67 Cost.), si fondano sull’espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di «una caratterizzazione tipica ed infungibile» (sentenza n. 106 del 2002), fra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e controllo del governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138 Cost.): ciò che peraltro distingue il Parlamento da altre assemblee rappresentative di enti territoriali». Sent. 35 del 2017, punto 9.2. del *Considerato in diritto*: «È pur vero che nel sistema elettorale comunale l’elezione di una carica monocratica, quale è il sindaco, alla quale il ballottaggio è primariamente funzionale, influisce in parte anche sulla composizione dell’organo rappresentativo. Ma ciò che più conta è che quel sistema si colloca all’interno di un assetto istituzionale caratterizzato dall’elezione diretta del titolare del potere esecutivo locale, quindi ben diverso dalla forma di governo parlamentare prevista dalla Costituzione a livello nazionale».

<sup>56</sup> Cfr. la sent. n. 193 del 2015 sulla legge elettorale lombarda.

principio di quello stesso anno, la Corte annulla gli istituti più problematici – i premi di maggioranza e le liste bloccate – della legge elettorale n. 270/2005 (il c.d. *Porcellum*, sent. n. 1 del 2014).

Per altro verso, la giurisprudenza costituzionale avalla pratiche discutibili, segnando – ad esempio – l’abbandono dei principi enucleati dalla sent. n. 391 del 1995 in materia di questione di fiducia, di fatto normalizzando l’istituto<sup>57</sup>. Lo stesso sindacato sull’abuso del decreto-legge subisce fluttuazioni in base alla delicatezza della materia sostanziale coinvolta<sup>58</sup>.

È proprio con la “doppietta” in materia elettorale (sent. 1 del 2014 e 35 del 2017) che si raggiunge l’apice dell’ambivalenza: se la sentenza del *Porcellum* appare nettamente improntata a limitare l’ingegneria costituzionale applicata al sistema elettorale, ribadendo la centralità rappresentativa del Parlamento, la sentenza sull’*Italicum* si mostra invece più possibilista, riducendo di fatto il portato dell’immediato precedente. Concretamente, l’effetto formante sul sistema di governo<sup>59</sup> (pure evocato dalla dottrina<sup>60</sup>) ne risulta fortemente affievolito, tant’è che i commentatori della sentenza n. 35 traggono dalla stessa pronuncia conseguenze diametralmente opposte<sup>61</sup>.

Quest’ambivalenza prosegue anche negli ultimi anni, fino ad arrivare ad oggi. Anzi, a voler meglio vedere, l’inclinazione della Corte attualmente appare tutta direzionata verso il *laissez-faire*. Ciò, ovviamente, malgrado aperture di principio all’apparenza assai sagge ed opportune, ma che vengono appositamente lasciate sguarnite di qualunque effettività. Si pensa qui, in

<sup>57</sup> Nella sent. n. 237 del 2013, la Corte ha ritenuto che una norma di delega, sottoposta al regime dell’art. 72, ultimo comma e contenuta in una legge di conversione, potesse essere approvata con voto di fiducia su maxiemendamento, poiché erano stati preservati sia l’esame referente in Commissione, sia il voto finale in Assemblea.

<sup>58</sup> M. Luciani, *Atti normativi e rapporti*, cit., 1162 osserva che «l’abusiva utilizzazione dei presupposti della decretazione d’urgenza non può trovare rimedio efficace nella sola giurisprudenza costituzionale, perché è la stessa politicità dei presupposti che reclama la politicità della sede del controllo».

<sup>59</sup> Ammesso che il sindacato sulla legge elettorale possa davvero incidere sulle regole di funzionamento del sistema parlamentare, cosa della quale si potrebbe parzialmente dubitare. In effetti, se è vero che sistemi elettorali diversi comportano di certo logiche politico-istituzionali diverse, essi comunque non possono davvero incidere sulle regole propriamente costituzionali, soprattutto ove esse siano stabilmente sedimentate nella loro interpretazione ed attuazione. L’esperienza della c.d. “Seconda Repubblica” italiana pare esserne, malgrado un andamento altalenante, la prova: lo scioglimento automatico a seguito della caduta del governo “uscito dalle elezioni” non si è imposto; la discrezionalità delle iniziative presidenziali nella formazione del governo non è affatto sparita.

<sup>60</sup> Cfr. M. Troisi, *La legge n. 165 del 2017 e il formante giurisprudenziale della forma di governo*, in *Astrid-Online*, n. 284, 2018; S. Staiano, *La Repubblica parlamentare italiana*, cit., 27 ss.

<sup>61</sup> Cfr., da un lato, D. Casanova, L. Spadacini, *Il ballottaggio nazionale tra liste: la sentenza Corte cost. n. 35 del 2017 e il de profundis per i sistemi majority assuring*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2017, 1 ss. All’opposto, A. Morrone, *Dopo la decisione sull’Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non è un obbligo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 febbraio 2017.

particolare, al “nuovo” conflitto fra poteri innescato da parlamentari: una strada che la Corte ha appositamente disegnato per essere impervia, una «tessera mancante»<sup>62</sup> che avrebbe potuto disegnare un nuovo modo di essere delle istituzioni politiche, ma che si è poi rivelata una «trappola»<sup>63</sup> grazie alla quale il giudice costituzionale ha fatto salve deformazioni macroscopiche dell’assetto istituzionale.

Dovendo formulare un giudizio sintetico, verrebbe da dire che – sommando le varie fasi – ci troviamo di fronte ad un bilancio in pareggio: il diritto non ha di certo sopravanzato la politica, ma a questa non è stato (ancora?) permesso di affrancarsi dal primo.

È stata appositamente lasciata sullo sfondo la giurisprudenza sul Capo dello Stato: conviene ora ritornare su questo punto ricollocandolo nel quadro comparatistico, così da sottolineare le peculiarità del governo parlamentare nella sua dimensione “giustiziale”.

4. Il governo parlamentare davanti al giudice (anche in raffronto con il sistema presidenziale, alla luce di alcune recentissime sentenze della Corte Suprema americana); il problema del capo dello Stato

Il sintetico itinerario sopra rappresentato già tratteggia l’intricata trama di rapporti e poteri che il regime parlamentare sottende. Trama che risulta ancora più complicata nel momento in cui si richiede al giudice di definire dei parametri giuridici alla stregua dei quali stabilire il torto o la ragione costituzionale.

Da questo punto di vista, una comparazione con il sistema presidenziale appare interessante nel chiarire la complessità delle operazioni cui il giudice può essere chiamato: una complessità che però non ne segna l’impossibilità, né impone *sic et simpliciter* una regressione del giudice davanti ad una domanda di giustizia.

Partiamo dal constatare che il governo parlamentare è strutturalmente più complesso di quello presidenziale: se quest’ultimo è infatti bipartito e presuppone una divisione più netta fra Esecutivo e Legislativo, il primo già si complica per la presenza di un terzo organo (il capo dello Stato) che non si identifica giuridicamente con il capo del Governo (sia questo individuato da norme costituzionali consuetudinarie o scritte). Se il presidenzialismo è rappresentabile – con un’immagine geometrica – da due rette parallele che si guardano, ma non si incontrano, il parlamentarismo è invece una figura

---

<sup>62</sup> M. Manetti, *La tessera mancante: il conflitto di attribuzione promosso dalle minoranze parlamentari in materia di procedimento legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2016, 1107 ss.,

<sup>63</sup> M. Manetti, *Il conflitto promosso dai parlamentari si rivela una trappola. Dalla tutela degli interna corporis alla modifica tacita della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2, 2020, 714 ss

piana, un triangolo per l'esattezza<sup>64</sup>, che presuppone l'interrelazione di ogni vertice con gli altri due. Si tratta di un'interrelazione dinamica, che comporta ora l'avvicinamento di due dei vertici, ora il loro distanziamento, ma comunque mai la soppressione o la totale sovrapposizione fra i lati. E su queste "strutture" si innestano logiche profondamente diverse: a quella dialettica del presidenzialismo si contrappone la stretta cooperazione del parlamentarismo<sup>65</sup>, che presuppone un *continuum* fra maggioranza parlamentare e governo sicuramente assente nel primo.

Ma questa "saldatura"<sup>66</sup> (che è – e deve essere – tendenziale, mai assoluta proprio per quanto detto sopra rispetto al movimento dei vertici triangolari) impone nell'organo parlamentare una separazione fra maggioranza e opposizione, di certo più netta rispetto a quanto non avvenga in ambiente presidenziale.

Ancora, non è detto che l'organo parlamentare sia nella sua interezza partecipe alla relazione fiduciaria con l'Esecutivo: il che complica ulteriormente il quadro istituzionale cui guardare.

Questi fugaci richiami mostrano in maniera chiara su quale terreno scivoloso si muova il giudice.

E dal sistema presidenziale per eccellenza (nonché dalla patria del giudizio di costituzionalità) possiamo trarre alcune interessanti indicazioni di metodo circa la regolazione giurisdizionale dei rapporti fra gli organi politici. Nel 2020, infatti, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha reso una fondamentale sentenza (peraltro, unica nel suo genere, come riconosciuto dagli stessi giudici<sup>67</sup>) concernente i rapporti fra Congresso e Presidente. Il caso *Trump vs. Mazars* scaturisce dalla richiesta di informazioni patrimoniali e finanziarie (di carattere personale) emessa *subpoena* dalla *House of Representatives* nei confronti del Presidente Trump. Dopo una sentenza favorevole alla domanda congressuale da parte della *Court of Appeal*, la Corte Suprema adotta (ad ampia e trasversale maggioranza: 7 voti contro 2) una posizione che – pur cassando la sentenza impugnata – individua alcuni "standards" di giudizio circa queste possibili interferenze fra le due *political branches*.

<sup>64</sup> Cfr. R. Bin, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2013, 7 ss.

<sup>65</sup> V. già le riflessioni di R. Capitant, *Régimes parlementaires*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933, oggi in Id., *Écrits constitutionnels*, Paris, 1982, 237 ss. Per una critica dell'idea della "séparation souple", sostituita piuttosto dal concetto di *fusion* v. A. Le Divellec, *L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation*, in *Pouvoirs*, n. 4, 2012, 123 ss.

<sup>66</sup> Di "soudure" parla J. Benetti, *L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime*, in *Petites affiches*, n. 138, 2008, 21; lo stesso termine in italiano (utilizzato sempre con accezione critica) si ritrova in A. D'Andrea, *La riconsiderazione della funzione parlamentare quale strada obbligata per puntellare la traballante democrazia italiana*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011, 12.

<sup>67</sup> V. l'*Opinion of the Court* redatta dal Chief Justice Roberts: «Although the parties agree that this particular controversy is justiciable, we recognize that it is the first of its kind to reach this Court» (10).

Ma l'interesse della sentenza sta, appunto, nel metodo con cui i giudici di *Capitol Hill* affrontano il caso.

*In primis*, la giustiziabilità della controversia non viene messa in discussione (le stesse parti concordano sul punto e non evocano *political questions* o altro). Eppure, la Corte non si esime dal rilevare che si tratta di un caso unico nel suo genere, che chiede al potere giudiziario di decidere in un ambito dove Esecutivo e Legislativo sono sempre riusciti a individuare soluzioni concordate<sup>68</sup>.

In secondo luogo i giudici traggono da questa prassi di autoregolazione *inter organos* le coordinate di risoluzione del conflitto<sup>69</sup>: da un lato, il riconoscimento indiscusso di un potere di indagine (anche ampia) a fini legislativi da parte del Congresso; dall'altro, l'autonomia del potere presidenziale di fronte ad ingerenze che potrebbero tradursi nell'esercizio di potestà sostanzialmente esecutive da parte del Parlamento, tradendo così il principio di separazione dei poteri<sup>70</sup>.

Dunque è la prassi – la storia – che consegna al giudice la via di uscita da un imbarazzo “senza precedenti” (in senso metaforico, ma anche giurisprudenziale). Una via terza, che consente alla Corte di mantenersi custode imparziale del complesso e delicato equilibrio istituzionale.

Un simile approccio credo che possa essere apprezzato e valorizzato anche in ambito parlamentare.

Premesso che talvolta occorre decidere, anche se si preferirebbe non farlo (come sembra suggerire il *Chief Justice* Robert), la vera sfida è farlo tenendo i piedi per terra, senza costruire astratte teorie giurisprudenziali o aderire ad altre già circolanti in dottrina. Insomma, la concretezza è elemento fondamentale nel formante giurisprudenziale. Il che non significa affatto che la teoresi astratta non produca effetti molto concreti, finanche “cercati” dalla giurisdizione: ma il rischio di uno sconfinamento nella partigianeria (reale o anche solo apparente) è sempre in agguato.

Da questo punto di vista, la posizione dei Capi di Stato parlamentari

---

<sup>68</sup> «*This dispute therefore represents a significant departure from historical practice. Although the parties agree that this particular controversy is justiciable, we recognize that it is the first of its kind to reach this Court; that disputes of this sort can raise important issues concerning relations between the branches; that related disputes involving congressional efforts to seek official Executive Branch information recur on a regular basis, including in the context of deeply partisan controversy; and that Congress and the Executive have nonetheless managed for over two centuries to resolve such disputes among themselves without the benefit of guidance from us*» (10–11).

<sup>69</sup> «*Such longstanding practice “is a consideration of great weight” in cases concerning “the allocation of power between [the] two elected branches of Government,” and it imposes on us a duty of care to ensure that we not needlessly disturb “the compromises and working arrangements that [those] branches . . . themselves have reached.”*» (11).

<sup>70</sup> «*We therefore conclude that, in assessing whether a subpoena directed at the President’s personal information is “related to, and in furtherance of, a legitimate task of the Congress,”* *Watkins*, 354 U. S., at 187, *courts must perform a careful analysis that takes adequate account of the separation of powers principles at stake, including both the significant legislative interests of Congress and the “unique position” of the President*» (18).

nelle giurisprudenze è emblematica: la fuga nell'empireo porta o a divinizzare un organo costituzionale – che non è né più né meno sacro degli altri – o, viceversa, a politicizzarlo eccessivamente rispetto alla funzione di garanzia e di equilibrio che dovrebbe rivestire.

Gestire sistematicamente i poteri e i ruoli del Capo dello Stato è attività che di per sé pone qualche problema alle Corti che, potendo, evitano di definirla compiutamente.

Ne è ancora esempio la sentenza *Miller II* – vera e propria miniera di spunti di riflessione – che in un veloce *obiter dictum* consegna tutta la problematicità del tema.

Riportando il potere di *prorogation* nell'alveo dei *prerogative powers* (soggetti al *judicial review*), i *Lord Justices* britannici evocano la possibilità che la sovrana potesse rifiutare l'illegittimo *advice* del Primo Ministro, ma si affrettano a sottolineare che non esporranno opinioni sul punto<sup>71</sup>, pure controverso nel dibattito dottrinale<sup>72</sup>.

E se nel quadro della *Westminster democracy* è indiscusso che il sovrano (o chi ne fa le veci, come i Governatori generali) rappresenti il vertice del potere esecutivo<sup>73</sup>, il discorso si fa ben più complicato ove al capo dello Stato sia riconosciuta una funzione terza, esterna alla tradizionale ripartizione dei poteri<sup>74</sup>.

È questo il caso dell'Italia, dove la figura presidenziale costituisce un nodo irrisolto (forse irresolubile) dell'ordinamento costituzionale italiano.

Quantunque fosse stato da tempo indicato dalla Corte che il Presidente della Repubblica non replicasse la posizione del monarca statutario (dunque

<sup>71</sup> Par. 30: «*It is not suggested in these appeals that Her Majesty was other than obliged by constitutional convention to accept that advice. In the circumstances, we express no view on that matter*».

<sup>72</sup> In occasione della contestata *prorogation*, in effetti, più voci si sono alzate per sostenere che la Regina potesse rifiutare di emanare l'*Order in Council*, malgrado la proposta del Governo: cfr. AA.VV., *Royal Assent: Letter to The Times*, in *publiclawforeveryone.com* (blog del Professor Mark Elliott), 3 aprile 2019. In generale, M. Elliott, *Brexit, The Executive and Parliament: A response to John Finnis*, in *publiclawforeveryone.com*, 2 aprile 2019.

<sup>73</sup> «*[T]he King or Queen has always enjoyed, by prescription, custom and law, the chief place in Parliament and the sole executive power*» (*Erskine May's treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*, 25 ed., 2019, par. 1.4). Cfr., nell'ambito del Commonwealth, altresì l'art. 61 della Costituzione australiana; l'art. 9 del *Constitution Act* 1867 del Canada; l'art. 68 sez. 1 della Costituzione giamaicana.

<sup>74</sup> Non è questa la sede per un approfondimento sul punto, giova però evocare che secondo autorevole dottrina, anche se forse rimasta minoritaria in ambiente italiano, le funzioni presidenziali restano comunque riconducibili all'ambito dell'Esecutivo (cfr. la nota teoria di C. Esposito, voce *Capo dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1960, 233 ss.). Peraltro, la presidenza del Consiglio superiore della magistratura non mette in relazione il Capo dello Stato con l'esercizio del potere giurisdizionale (come avviene semmai con il potere di grazia), ma con un organo di vertice di un ordinamento specifico e settoriale dell'Amministrazione (la Giustizia) cui è riconosciuta – per le peculiarità delle funzioni svolte – indipendenza dagli altri poteri. Si tratta, comunque, di funzioni aventi carattere indubbiamente amministrativo (persino ove si esercitino poteri disciplinari, tipici anche dell'amministrazione).

pienamente riconducibile al potere esecutivo)<sup>75</sup>, è a partire dalla sentenza n. 7 del 1996 che si costruisce la teoria giurisprudenziale del capo dello Stato, culminata con la “magnificazione”<sup>76</sup> avvenuta con la sentenza n. 1 del 2013.

Se nel 1996 il Presidente è definito «garante della Costituzione» che si attiva «in vista del ripristino del corretto funzionamento delle istituzioni» (punto 12 del *Considerato in diritto*), la sent. n. 200 del 2006 – oltre a sancire definitivamente la teoria degli atti sostanzialmente presidenziali – disegna il Capo dello Stato come «organo *super partes*, “rappresentante dell'unità nazionale”, estraneo a quello che viene definito il “circuito” dell'indirizzo politico-governativo» (punto 7.1 del *Considerato in diritto*).

La sent. n. 1 del 2013 trae infine conseguenze molto nette da questa garanzia neutrale: si riconosce infatti che nel suo «ruolo di garante dell'equilibrio costituzionale e di “magistratura di influenza”, il Presidente deve tessere costantemente una rete di raccordi allo scopo di armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche, indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono» (punto 8.3 del *Considerato in diritto*). Da qui, si risolvono indirettamente (ed almeno in astratto) vari interrogativi sui poteri costituzionali del Presidente nel silenzio o nell'ambiguità del testo costituzionale (uno su tutti: il potere di scioglimento).

E non si può trascurare che da definizioni estremamente generiche e formali (come la proclamazione del Presidente quale rappresentante dell'unità nazionale) la giurisprudenza italiana è riuscita a trarre interpretazioni e poteri di grande sostanza. Così come da un principio di irresponsabilità giuridica e politica del capo dello Stato – che avrebbe dovuto segnare la riduzione del ruolo – si è riusciti ad elaborare argomenti per renderlo uno dei perni dell'assetto di governo<sup>77</sup>.

Peraltro, è abbastanza evidente come l'istituzione presidenziale abbia colto, di volta in volta, gli aspetti delle sentenze che più le erano vantaggiosi:

---

<sup>75</sup> Cfr. sent. n. 35/1962.

<sup>76</sup> Riprendo qui un termine utilizzato da un autore francese a proposito delle sentenze n. 200 del 2006 e n. 1 del 2013: v. F. Laffaille, *Le journal d'un juge. À propos de l'ouvrage de Sabino Cassese*, *Dentro la Corte*, in *Jus politicum*, n. 16, luglio 2016, 325: «Lorsqu'elle est saisie d'un conflit entre les pouvoirs d'État et que le chef de l'État est partie, elle magnifie la fonction présidentielle au détriment des autres, en utilisant une rhétorique juridique relevant davantage de l'affirmation quasi religieuse que de la démonstration argumentée. Le président de la République italienne devient alors – après le monarque bonapartiste français – le chef d'État le plus puissant des démocraties parlementaires constitutionnelles-pluralistes. Tout en étant irresponsable».

<sup>77</sup> A. Carminati, *Oltre la leale collaborazione. Al crocevia delle attribuzioni costituzionali degli organi dello Stato*, Napoli, 2021, 116: «E non può sfuggire che la Corte riconduce questa prerogativa extratestuale alla garanzia di immunità consacrata all'art. 90 Cost. Tale “meta-potere” si radica quindi, in maniera quasi paradossale, nell'irresponsabilità, contraddicendo – o almeno creando una significativa zona di eccezione – la classica massima del regime parlamentare, per la quale dove vi è potere, vi è anche responsabilità».

così dopo la sentenza sul caso Bompreschi, la Presidenza della Repubblica ha creato un apposito ufficio per la concessione della grazia, ma l'esercizio di questo potere non ha davvero risposto all'esigenza umanitaria pure evocata dal giudice costituzionale<sup>78</sup>. Viceversa, della pronuncia del 2013 si è fatto ampiamente tesoro, tant'è che l'attuale presidenza della Repubblica si caratterizza indubbiamente per un riservatissimo "silenzio operoso" nel funzionamento degli ingranaggi costituzionali italiani<sup>79</sup>.

Sul piano comparatistico, questa dilatazione del ruolo presidenziale (anche) attraverso la giurisprudenza si potrebbe spiegare – come insegna la famosa metafora dei poteri a fisarmonica – per l'insufficienza e/o la ritrazione del formante politico della forma di governo in Italia<sup>80</sup>.

Difatti, altre esperienze costituzionali ed altre giurisprudenze mostrano come gli approdi della Corte italiana fossero tutt'altro che scontati, pur nella menzionata difficoltà di definizione costituzionale del Capo dello Stato.

In Germania, ad esempio, in un caso concernente l'Assemblea federale per l'elezione del Presidente, il *BVerfG* ha egualmente sottolineato la natura eccentrica del Capo dello Stato rispetto alla tripartizione classica dei poteri, enfatizzandone il ruolo di neutralità e garanzia, in un contesto costituzionale che, peraltro, gli riconosce poteri propri esenti da controfirma<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Che la sentenza n. 200 del 2006 «*etiamsi non daretur*» (M. Luciani, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corriere giuridico*, n. 2, 2007, 190 ss.), lo ha dimostrato anche la successiva prassi della Presidenza Mattarella (su cui v. A. Deffenu, *L'esercizio presidenziale del potere di grazia per ragioni politiche: considerazioni critiche a partire dal caso De Sousa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2017, 199 ss.).

<sup>79</sup> Sia consentito un rinvio a A. Lauro, *La declinazione del sistema parlamentare italiano nella XVIII legislatura*, Bari, 2020 (in particolare alle *Osservazioni conclusive: intorno al ruolo del capo dello Stato nella fluidità del sistema parlamentare italiano*, 133 ss.).

<sup>80</sup> Seppure sia stato acutamente mostrato come anche nel periodo della c.d. Prima Repubblica l'intervento quirinalizio fosse tutt'altro che inesistente: v., per tutti, A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985, *passim*.

<sup>81</sup> BVerfGE 136, 277 del 10 giugno 2014, par. 94-95: «Demgemäß sollte der Bundespräsident gegenüber anderen Organen möglichst unabhängig, insbesondere nicht verantwortlich im parlamentarischen Sinne sein [...] und eine ausgleichende Stellung haben [...]. Der Bundespräsident lässt sich nach der Ausgestaltung seines Amtes nicht einer der drei klassischen Gewalten zuordnen [...]. Er verkörpert die Einheit des Staates. In diesem Sinne ist er das Staatsoberhaupt [...]. Ihm kommen über die ihm von der Verfassung ausdrücklich zugewiesenen Befugnisse hinaus (vgl. insbesondere Art. 59 Abs. 1 GG - völkerrechtliche Vertretungsmacht -; Art. 60 Abs. 1 GG - Ernennung der Bundesbeamten und Soldaten -; Art. 63 Abs. 1, Art. 64 GG - Vorschlag zur Wahl und Ernennung des Bundeskanzlers, Ernennung und Entlassung der Bundesminister; Art. 82 Abs. 1 Satz 1 GG - Ausfertigung von Gesetzen) vor allem allgemeine Repräsentations- und Integrationsaufgaben zu. Im Krisenfall ist er zu politischen Leitentscheidungen berufen [...]. Autorität und Würde seines Amtes kommen indes gerade auch darin zum Ausdruck, dass es auf vor allem geistig-moralische Wirkung angelegt ist. Vor diesem Hintergrund entspricht es den verfassungsrechtlichen Erwartungen an das Amt des Bundespräsidenten und der gefestigten Verfassungstradition seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland, dass der Bundespräsident eine gewisse

Anche il *Tribunal constitucional* di Madrid ha dovuto occuparsi recentemente di una sistematizzazione della posizione del monarca nella trama costituzionale. L'ha fatto peraltro in circostanze del tutto peculiari, poiché il Governo statale aveva impugnato una mozione approvata dal Parlamento catalano con cui si censurava politicamente il re Felipe per la sua posizione anti-secessionistica. Lo stesso Parlamento aveva poi creato una commissione di inchiesta sulla monarchia, anche questa oggetto di un ricorso statale.

Con due sentenze del 2019<sup>82</sup>, date a pochi mesi di distanza, il giudice costituzionale spagnolo tratteggia dunque la figura reale nel quadro costituzionale per – *ça va sans dire* – censurare l'operato del *Parlament* di Barcellona.

Ed è interessante osservare come tornino, nel ragionamento della Corte spagnola, argomenti cari al dibattito dottrinale (ma anche giurisprudenziale) italiano. Così, il re è posto in una posizione esterna per essere in grado di relazionarsi con tutti i poteri<sup>83</sup>; non è dotato di facoltà propriamente decidenti ma compartecipa ed attiva taluni procedimenti costituzionali; ancora, si trova dotato dalla Costituzione da una forte carica di *auctoritas*, più che di vera *potestas*<sup>84,85</sup>.

---

Distanz zu Zielen und Aktivitäten von politischen Parteien und gesellschaftlichen Gruppen wahr».

<sup>82</sup> STC 98/2019 del 17 luglio; STC 111/2019 del 2 ottobre.

<sup>83</sup> STC 98/2019, FJ 3: «Así, el art. 56.1 CE, después de disponer que “el Rey es el Jefe del Estado”, destaca, de modo inmediato, el simbolismo de su magistratura y el conjunto de las funciones constitucionales que le corresponden. El precepto también hace referencia expresa al carácter del rey como árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones, a su deber de asumir una posición neutral, por encima y más allá de los planteamientos y concretas iniciativas de las formaciones políticas. Asimismo, el rey, como jefe del Estado, goza de una especial dignidad, pero no se sitúa jerárquicamente por encima de las instituciones, ni figura investido de potestades propias de supremacía para dictar decisiones vinculantes que se impongan a los poderes del Estado. Dispone de capacidad para promover o para perfeccionar iniciativas jurídicas (arts. 65 o 99.1 CE), pero no tiene posibilidad de adoptar por sí decisiones de poder o realizar los actos necesarios para su ejecución. Se sitúa, pues, en una posición *supra partes*, que le permite relacionarse con los poderes e instituciones del Estado facilitando el funcionamiento efectivo de estos, pero no interfiere en la dirección política».

<sup>84</sup> *Ibidem*: «la configuración constitucional de la monarquía parlamentaria así diseñada, permite al rey, en cuanto titular de la Corona, ostentar una posición de auctoritas, pero no de potestas, con las salvedades que la Constitución le atribuye».

<sup>85</sup> La distinzione tra *auctoritas* e *potestas* è, come noto, cara in particolare a C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 75, ripresa poi in *Id.*, *Der Hüter von Verfassung*, 1939, trad. it. *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, 207 ss. con riguardo al Presidente del *Reich* di Weimar. Schmitt ritiene che tale distinzione sia accolta, più o meno esplicitamente, anche nella dottrina del *pouvoir neutre* di Benjamin Constant in B. Constant, *Principes de politiques applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris, 1815, 34. Tale bipartizione è derivabile *mutatis mutandis* già dal pensiero politico-teologico medioevale che aveva forgiato la teoria “del sole e della luna” (di cui Dante nel *De Monarchia* propugnerà il superamento a favore della “teoria dei due soli”): cfr. M. Luciani, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017, 11-12.

Certo, in Spagna non si è affermato il carattere polifunzionale del *refrendo* per riempire di alcuni poteri suoi propri il monarca, però è interessante sottolineare come, oltre alla funzione regia – costantemente evocata – come simbolo unificante dello Stato, vi si associ una dimensione di “interferenza discreta” nella dinamica istituzionale. Dunque, nello spettro del parlamentarismo monarchico<sup>86</sup> siamo certo lontani dalla figura imperiale giapponese o da quella del monarca svedese, completamente esclusi da ogni segmento dell’indirizzo politico. Ma probabilmente, il sovrano spagnolo sopravanza in termini di influenza costituzionalmente riconosciuta anche la Regina Elisabetta. Prova ne è, peraltro, la sottolineatura delle sentenze che riconoscono la monarchia come parte integrante del Patto costituzionale iberico<sup>87</sup>.

Per concludere sul punto, pare di potere affermare che il metodo storico-pragmatico che la Corte Suprema americana adotta nel decidere i conflitti fra le *political branches* è rifuggito (se non proprio del tutto<sup>88</sup>, assai ampiamente) dalle Corti europee, che per i capi di Stato prediligono un approccio teoretico volto a salvaguardarne l’integrità del prestigio e la neutralità (quantomeno apparente). Peraltro, le ampie garanzie di riservatezza e “pudore” istituzionale che circondano tali figure possono essere talvolta d’ostacolo alla piena apprensione – anche da parte del giudice – dei fatti concreti che costituiscono la prassi costituzionale.

Orbene, sul punto non possono esprimersi giudizi di valore, anche perché ogni caso fa probabilmente a sé e sottintende preoccupazioni di ordine istituzionale dei giudici che si pronunciano. Tuttavia, non si può mancare di mettere in guardia dal rischio che l’eccessiva astrazione sottragga al controllo democratico in senso lato (a partire dalla semplice informazione) atti, scelte e progetti che non possono essere relegati al dominio dell’irresponsabilità e della segretezza, attributi che attorniano l’operato dei capi di Stato<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Sulle monarchie parlamentari si v. il testo classico di R. Fusilier, *Les Monarchies parlementaires*, Parigi, 1960.

<sup>87</sup> STC 98/2019, FJ 3: «El proceso constituyente fue fruto de un cambio político pactado y la monarquía debe su reconocimiento al consenso que integró posiciones políticas en una Constitución, donde la Corona fue una parte sustancial de ese pacto, en la medida en que calificó nuestro modelo de Estado como monarquía parlamentaria, en la que el rey ostenta la jefatura del Estado».

<sup>88</sup> Nel caso della sent. n. 200 del 2006, la Corte evoca la “prassi” attorno all’esercizio della grazia (punto 6 del *Considerato in diritto*).

<sup>89</sup> Di recente, ha fatto scalpore nel Regno Unito la rivelazione di documenti desecretati da parte del quotidiano *The Guardian* che testimoniano l’attivismo di *Buckingham Palace* – in forza della procedura del *Royal Consent* – per garantire alla Corona l’esenzione da varie normative (ad esempio quelle concernenti la trasparenza patrimoniale) o per influire comunque sul contenuto degli atti normativi: David Pegg, Rob Evans, Michael Barton, *Royals vetted more than 1,000 laws via Queen’s consent*, in *The Guardian*, 8 febbraio 2021. A commento: A. Tucker, *The Queen has more power over British law than we ever thought*, in *The Guardian*, 8 febbraio 2021,

5. Regole, regolarità e contingenze: il difficile compito del giudice nell'enucleare la normatività della "forma di governo".

Nel paragrafo precedente si è fatto riferimento al "peso della storia"<sup>90</sup> come elemento fondamentale nell'interpretazione giurisprudenziale della forma di governo. Il "fatto", insomma, diventa una lente imprescindibile per leggere il diritto delle istituzioni politiche,

Ciò pone ovviamente alcuni problemi. Fino a che punto il *contesto* può illuminare il *testo*?<sup>91</sup> E quando si trasforma in un *pretesto* per scardinarlo?<sup>92</sup>

Anzitutto, il contesto storico-politico è il substrato nel quale si formano le occasioni per il giudice di decidere sulle controversie portate alla sua attenzione. Ove vengano decisi conflitti costituzionali (propriamente detti o *sub specie* di controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità pubblica), è chiaro che questi maturino in chiare circostanze di fatto in assenza delle quali anche la controversia sarebbe inesistente.

È questo il caso delle due sentenze *Miller*: in entrambe le pronunce i giudici danno ampio spazio ai fatti che hanno portato al *judicial review* e proprio la straordinarietà di questi diventa un argomento spendibile per la Corte Suprema britannica, che di fronte alla abnormità degli accadimenti ritiene impossibile sottrarsi alla decisione e trova un discreto agio nel far uso del criterio di proporzionalità applicato verso atti ad altissima caratura politica<sup>93</sup>.

La sentenza del *Tribunal constitucional* sul controllo politico del Governo in affari correnti da parte del Congresso dei deputati è un altro buon

---

nonché R. Cormacain, *Queen's Consent and the Crown's exemption from lockdown rules – are we all in this together?*, in *UK Constitutional Law Blog*, 15 febbraio 2021.

<sup>90</sup> Così ancora il *Chief Justice* Robert in *Trump vs. Mazars*: «*Such longstanding practice "is a consideration of great weight"*». Lo stesso canone interpretativo era stato poco prima utilizzato dalla Corte nel caso *Chiafalo vs. Washington* concernente la sanzione dei grandi elettori "infedeli", su cui si v. M. Frau, A. Lauro, *L'infedeltà dei grandi elettori, fra vincoli di mandato e poteri degli Stati nelle elezioni presidenziali americane*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 2020, in particolare 2210 ss.

<sup>91</sup> L'arguto gioco di parole è di N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 del Codice civile*, Padova, 1996, utilizzato anche da L. Elia, *La sentenza sul potere di grazia; dal contesto al testo*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 28 novembre 2007.

<sup>92</sup> In quest'ottica, non mi pare pienamente condivisibile l'affermazione della Corte costituzionale italiana nella sent. n. 1/2013, laddove – per superare alcune obiezioni testuali – afferma che «l'interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, metodo primitivo sempre, lo è ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica» (punto 10 del *Considerato in diritto*).

<sup>93</sup> «*[A] decision to prorogue Parliament (or to advise the monarch to prorogue Parliament) will be unlawful if the prorogation has the effect of frustrating or preventing, without reasonable justification, the ability of Parliament to carry out its constitutional functions as a legislature and as the body responsible for the supervision of the executive. In such a situation, the court will intervene if the effect is sufficiently serious to justify such an exceptional course*» (Miller II, par. 50).

esempio<sup>94</sup>: si tratta, in effetti, di un caso più unico che raro in cui il Parlamento (e, nello specifico, la Camera politica) solleva un conflitto contro l'Esecutivo, che non può essere sfiduciato dato che già dimissionario. Proprio per questa ragione l'Esecutivo rifiutava di sottoporsi al controllo parlamentare, ma i giudici di Madrid – pur attendendo che la situazione fattuale fosse sostanzialmente risolta – danno una risposta postuma alle pretese parlamentari, riconoscendo la persistenza del potere di controllo, un potere graduato e graduale in funzione tanto dell'organo che lo esercita<sup>95</sup>, quanto del contesto in cui viene esercitato<sup>96</sup>.

Ma il peso specifico del fatto evolve in maniera significativa allorquando da questo si voglia trarre il diritto.

La dottrina italiana ha fatto spesso riferimento all'affascinante distinzione che intercorre fra *regolarità* (fatti, situazioni e condizioni che si riproducono costanti nel tempo) e *regole* (norme che ad una fattispecie ricollegano una conseguenza giuridica)<sup>97</sup>. Eppure è noto che il confine non sia sempre netto, ove si riconosca l'esistenza e la vincolatività del diritto non scritto.

Occorre qui un piccolo approfondimento rispetto all'evocato metodo dell'*institutional practice*, che non è proprio della sola Corte americana, ma pervade un po' tutte le giurisprudenze richiamate (così per la durata della *prorogation* in Gran Bretagna, così per la mozione di sfiducia individuale al

---

<sup>94</sup> STC n. 124/2018 del 14 novembre, a commento della quale v. J.M. Herrerros Lopez, *El control parlamentario del Gobierno en funciones*, in *Actualidad administrativa*, n. 6, 2019; M. Fernández-Fontecha Torres, *Un Gobierno en funciones: su responsabilidad*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 106, 2019, 595 ss.; M. Aragon Reyes, *El Gobierno en funciones: su ámbito competencial y su control parlamentario (comentario a la STC 124/2018, de 14 de noviembre)*, in *Revista Española de derecho constitucional*, n. 119, 2020, 270 ss.; D. Camoni, *Neanche un Governo "dimissionario" è sottratto alla attività di controllo del Parlamento. Riflessioni intorno ad una recente sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, n. 1-2, 2019, 148 ss.

<sup>95</sup> In particolare, il potere di controllo non coincide con la relazione fiduciaria, nella quale esso assume il suo valore massimo con l'esercizio del potere di rimozione del Governo: cfr. STC n. 124/2018, FJ 7: «no se puede mantener una identificación sin matices entre relación de confianza y función de control, ya que la función de control corresponde también al Senado, Cámara con la que no existe relación de confianza con el Gobierno, en el sentido expuesto [...] Del análisis de cada uno de los instrumentos de control previstos en nuestra Constitución, podemos inferir distintos grados de intensidad en el ejercicio de dicha función de las Cortes Generales, y en algunos casos del Congreso de los Diputados, que comprenderá información, fiscalización y, en última instancia, ruptura de la relación de confianza».

<sup>96</sup> Come nel caso del *estado de alarma* previsto all'art. 116 della Costituzione spagnola e dalla *Ley Orgánica* n. 4/1981: cfr. STC n. 83/2016.

<sup>97</sup> Sulla valenza metodologica di questa distinzione cfr.: G.U. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972, 98; M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985; A. Ruggeri, *Il governo tra vecchie e nuove regole e regolarità (spunti problematici)*, in A.A.VV., *Il Governo (Atti del XVI convegno annuale A.I.C., Palermo 8-10 novembre 2001)*, Padova, 2002, 318 ss.; O. Chessa, *La democrazia maggioritaria nell'interpretazione costituzionale della forma di governo*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2004, 19 ss.

singolo ministro in Italia<sup>98</sup>, così persino nei ragionamenti del BverfGE sulla *konkretisierung* delle norme costituzionali<sup>99</sup>).

In alcuni casi, infatti, la prassi non è che un semplice argomento (più o meno ancillare) per puntellare il ragionamento giudiziale. In altri, viene riconosciuta (magari sotto *nomina* diversi) come vera e propria fonte sussidiaria o complementare e come parametro aggiuntivo in base a cui decidere<sup>100</sup>.

Nel caso della sentenza *Miller II*, ad esempio, esistono riferimenti tanto alle *conventions* (cioè alle regole) quanto alla prassi (cioè alla regolarità)<sup>101</sup>, ma – quasi paradossalmente per il Paese dalla costituzione non scritta – la Corte non si fonda in maniera sistematica né sulle une, né sulle altre e va oltre: attinge direttamente ai principi generalissimi dell'ordinamento britannico<sup>102</sup> (la *parliamentary sovereignty*, il *rule of law*, l'*accountability*<sup>103</sup>) pure questi non scritti (o solo parzialmente<sup>104</sup>), ma proclamati dalla giurisprudenza. Certo, anche queste sono norme la cui culla è stata il contesto e non il testo, ma che ormai vivono di vita propria al di là dell'uno e dell'altro.

La giurisprudenza della Corte italiana non è orientata, in verità, in maniera molto diversa. Essa però si trova a fare i conti con un testo costituzionale scritto e rigido, in base al quale la consuetudine non può che fungere da fonte complementare. Gli approdi cui giunge non sono però sempre cristallini: talvolta la consuetudine fonda – almeno in parte – principi “potentissimi” e dirompenti (l'autodichia degli organi costituzionali<sup>105</sup>, per esempio), essi stessi *praeter constitutionem*. Talaltra, la fonte-fatto integra in

---

<sup>98</sup> Dove si riconobbe l'esistenza di una consuetudine costituzionale, codificata nei regolamenti parlamentari, che ammetteva la mozione di sfiducia individuale.

<sup>99</sup> V. *supra* nota 11.

<sup>100</sup> Come nel caso della consuetudine in Italia.

<sup>101</sup> La prassi, in particolare, concerne la durata della *prorogation*, mentre le convenzioni coprono ad esempio l'*advice* del Primo Ministro al Sovrano e la stessa fonte del potere di prerogativa. Qui si nota più nitidamente la differenza fra la regolarità come indice che consente di verificare un abuso o la sproporzione di un atto e la regola non scritta, da cui scaturiscono poteri e doveri per gli attori interessati.

<sup>102</sup> Suggestiva e condivisibile la tesi di chi non vede una contraddizione fra il contestuale riconoscimento di una convenzione e di un principio, come avvenuto nel caso dell'*accountability* e del *responsible government* nel caso *Miller II*: cfr. A. Perry, *Enforcing Principles, Enforcing Conventions*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 3 dicembre 2019. In effetti, la convenzione potrebbe non essere nient'altro che la “concretizzazione” del principio radicatosi nel *common law*.

<sup>103</sup> Sui primi due principi evocati v. in particolare A. Pin, *Il rule of law come problema. Le sfide dell'Europa centro-orientale, la Brexit e il Medio Oriente*, Napoli, 2021, 96 ss.

<sup>104</sup> Principi rinvenibili nel *Bill of rights* del 1688; nell'*Act of Settlement* del 1700; nel *Succession to the Crown Act* del 1707: espressioni di una storia costituzionale che «*is the history of the prerogative powers of the Crown being made subject to the overriding powers of the democratically elected legislature as the sovereign body*» (dall'opinione di Lord Browne-Wilkinson nel *Fire Brigades Union case*, [1995] UKHL 3).

<sup>105</sup> Cfr. la sent. n. 129/1981, poi richiamata e consolidata nelle sent. n. 379/1996 e poi n. 120/2014.

maniera più lineare il dato testuale mancante o indica quale delle possibili opzioni interpretative deve prevalere (come nel caso Mancuso). Per il momento, la Corte si è invece mostrata molto timida nell'indicare con quali mezzi debbano contrastarsi pratiche e usanze che si sviluppano *contra constitutionem*<sup>106</sup>.

E qui si pone la problematica “regina”: quale e quanta libertà va riconosciuta e garantita agli attori politico-costituzionali?

È chiaro che nel sistema Westminster a costituzione non codificata il margine di azione di questi dovrebbe essere più ampio, così che solo grandi e patenti abusi (in assai specifiche situazioni) possano trovare una censura giurisdizionale<sup>107</sup>.

Negli ordinamenti a costituzione rigida, a tutela della quale si installa una specifica giurisdizione, tale libertà dovrebbe incontrare qualche limite ulteriore: insomma, più che la regolarità dovrebbe governare la regola e non è sempre spiegabile sul piano tecnico-giuridico perché il giudice non riesca a far prevalere la seconda sulla prima<sup>108</sup>.

Certo, non si tratta di una missione facile (ma d'altra parte la giustizia costituzionale è un marchingegno complesso), soprattutto quando la contingenza impone soluzioni nuove, magari non in linea con le regolarità registratesi, ma neppure in contrasto con la regola propriamente detta.

Un esempio teorico valido per il caso italiano potrebbe essere rappresentato dalla revoca di un ministro: la regolarità si è sviluppata in senso negativo<sup>109</sup>, ma non si può escludere che un giorno siano riunite una

<sup>106</sup> Ord. n. 17/2019, punto 3.3. del *Considerato in diritto*: «Ciò non può giustificare, però, qualunque prassi si affermi nelle aule parlamentari, anche *contra Constitutionem*. Anzi, occorre arginare gli usi che conducono a un progressivo scostamento dai principi costituzionali, per prevenire una graduale ma inesorabile violazione delle forme dell'esercizio del potere legislativo, il cui rispetto appare essenziale affinché la legge parlamentare non smarrisca il ruolo di momento di conciliazione, in forma pubblica e democratica, dei diversi principi e interessi in gioco».

<sup>107</sup> E per di più esistono norme “materialmente” costituzionali che mirano ad evitare il sindacato dei giudici nell'arena dei poteri politici. La clausola n. 9 sul *Freedom of speech* del *Bill of rights* del 1688 prevede in effetti «*That the Freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parlyaments*», così come la sez. 3 del *Parliamentary Act* 1911 esclude che il certificato dello *Speaker* al termine della procedura legislativa possa essere contestato di fronte ai giudici. Nel panorama del Commonwealth, giova segnalare la sezione 3A del *Constitution Act* 1986 della Nuova Zelanda (che consente, seppur con un linguaggio tortuoso, la sindacabilità dell'*advice* dato al sovrano), nonché l'art. 34, sez. 5, della Costituzione delle Barbados, che invece proibisce espressamente il *judicial review* sull'*advice*, insieme al sindacato sugli atti del *Privy Council* (art. 77, sez. 4).

<sup>108</sup> Il caso italiano tipico è rappresentato dall'abbinamento fra questione di fiducia e *maxi-emendamento*, definita una «pur problematica prassi» dalla sent. n. 251 del 2014, senza che però la Corte abbia alzato una qualche barriera contro di essa (come del resto si è confermato anche nelle ordinanze n. 17/2019 e n. 60/2020).

<sup>109</sup> Non a caso il Presidente del Consiglio Spadolini – nel corso del secondo governo da lui presieduto, caratterizzato da forti lotte intestine fra i ministri de Tesoro e delle finanze – evocò più volte la necessità del formarsi di una prassi costituzionale che contemplasse la revoca

serie di condizioni (un ministro tecnico, un Governo già dimissionario, un'alleanza politica ormai rotta e una delegazione ministeriale non disposta a dimettersi) che consentano al Presidente del Consiglio non solo di esercitare una persuasione politico-morale per indirizzare un ministro verso le dimissioni, ma di adottare insieme al Presidente della Repubblica un vero e proprio atto uguale e contrario alla nomina. Pur nella sua incoerenza con la prassi, un simile potere non sembra affatto incompatibile con il testo della Costituzione: a ben vedere, né più né meno di quanto non lo fosse la sfiducia individuale e peraltro in senso analogico a quanto avviene per i sottosegretari di Stato<sup>110</sup>.

Ancora, la contingenza potrebbe giustificare non il sovvertimento della regolarità, ma il suo temporaneo abbandono ove la situazione di fatto richieda una soluzione *una tantum*<sup>111</sup>, magari ai limiti della compatibilità con la Costituzione, verificata solo all'esito di un bilanciamento fra varie esigenze costituzionali<sup>112</sup>.

Qui occorre però essere vigilanti: la deviazione da un modello di attuazione pratica ricorrente delle regole costituzionali – la regolarità, dunque – è un indice di per sé sospetto, che le Corti dovrebbero affrontare in via prioritaria per verificare se si ricade nel primo caso (si percorre una strada nuova, pienamente compatibile con la Costituzione e già ipotizzata, ma mai intrapresa prima) o nel secondo (si danno risposte *una tantum* a specifiche situazioni)<sup>113</sup>. Se poi i giudici iniziassero a giustificare – ora per un motivo,

---

ministeriale: cfr. A.S. VIII, *Resoconto stenografico*, 8 luglio 1982, 24239, nonché A.C. VIII, *Resoconto stenografico*, 12 novembre 1982, 53995 (comunicazioni sulle dimissioni del Governo).

<sup>110</sup> Sul punto v. da ultimo A. D'Andrea, A. Lauro, *Brevi notazioni di contesto sulla revoca dei sottosegretari di Stato (a margine dal "caso Siri")*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 giugno 2019.

<sup>111</sup> Il caso della pandemia da Covid-19 potrebbe essere il contesto idoneo dove sperimentare deviazioni temporanee ed eccentriche rispetto alla prassi, come avvenuto con la creazione dei famigerati DPCM.

<sup>112</sup> Anche qui, l'ord. n. 17/2019 esemplifica un'operazione di "bilanciamento" per verificare quanto la violazione delle procedure parlamentari può essere attenuata da diverse esigenze costituzionali (in particolare, l'approvazione di un bilancio conforme alle regole europee): cfr. in senso critico F. Sorrentino, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *federalismi.it*, n. 4, 2019, 5, secondo il quale «questa Corte, si sa, ama molto i bilanciamenti: in questo caso le regole costituzionali, che sono a fondamento della nostra democrazia, vengono tacitamente bilanciate con le strettoie del tempo e con la lunga interlocuzione con le istituzioni europee; ma né le une né l'altra sono valori costituzionali così cogenti come si vorrebbe far credere, se si considera che la stessa costituzione prevede la possibilità dell'esercizio provvisorio».

<sup>113</sup> La proposta meriterebbe un approfondimento a parte, tuttavia potrebbe sinteticamente ipotizzarsi un "test" giudiziale di verifica della compatibilità fra prassi e Costituzione di questo tipo:

- 1) esiste una prassi consolidata in un determinato ambito?
- 2) In caso di risposta positiva sub 1, l'atto controverso è conforme alla prassi?
- 3) In caso di risposta negativa sub. 2, la prassi è costituzionalmente legittima? Se no, l'atto può essere legittimo ove non presenti ulteriori profili di incostituzionalità.

ora per un altro – ogni scostamento dalla prassi usuale starebbero di fatto negando ogni valenza a questa per riconoscere che la regola in questione può avere infinite applicazioni diverse, con una duplice conseguenza: un effetto formante inesistente e il riconoscimento di un amplissimo margine di libertà (o di arbitrio?) ai soggetti politici nello scegliere le forme della loro decisione<sup>114</sup>.

Ma, nello stato costituzionale di diritto, c'è da dubitare che la libertà sia il principio generale della vita delle istituzioni pubbliche e non uno spazio interstiziale in dinamiche appositamente disegnate e disciplinate da regole<sup>115</sup>.

## 6. Regolare i poteri in nome dei diritti (politici)

Se ritorniamo alla bipartizione fra le “anime” dei testi costituzionali (l'organizzazione dei poteri, da un lato; la tutela dei diritti dall'altro), un'ulteriore questione si affaccia nel discorso: l'art. 16 della DDHC (per attenerci alla più classica delle formulazioni) costruisce una giustapposizione o una endiadi? Detto altrimenti, la costituzione dei poteri<sup>116</sup> è servente a quella dei diritti o esse si equivalgono e ciascuna conserva una dignità sua propria, di là dalle pur esistenti connessioni?

Forse, posta in questi termini la domanda è fuorviante, perché postulerebbe come conseguenza che – in un'opera di bilanciamento – le norme relative ai poteri cedessero di fronte a quelle sui diritti. Sta di fatto, però, che se l'intervento nell'ambito dei diritti potrebbe non avere alcun riflesso nella sfera dei poteri, all'inverso la regolazione delle forme e delle competenze coinvolge più concretamente – anche solo per via mediata – la garanzia delle posizioni soggettive. E, com'è naturale, sono in particolare i diritti di natura politica che si trovano coinvolti di riflesso dalla regolazione giurisdizionale dei poteri<sup>117</sup>.

---

4) In caso di risposta positiva sub. 3, esistono sufficienti ragioni di ordine costituzionale che ammettono lo scostamento dalla prassi? Se sì, l'atto è legittimo. In caso contrario, esso sarà incostituzionale.

<sup>114</sup> Risuonano come un perenne monito le parole di B. Constant, *Principes de politique*, Parigi, 1872, cap. XVIII: «*Ce qui préserve de l'arbitraire, c'est l'observance des formes. Les formes sont les divinités tutélaires des associations humaines; les formes sont les seules protectrices de l'innocence, les formes sont les seules relations des hommes entre eux*».

<sup>115</sup> È questo il senso del principio di legalità, uno dei pilastri dello Stato di diritto: cfr. R. Bin, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, 19

<sup>116</sup> Sulla distinzione v. M. Luciani, *La «Costituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri». Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, 497 ss. Sulla connessione fra il super-principio di separazione dei poteri e la tutela dei diritti v. ancora A. Carminati, *Oltre la leale collaborazione*, cit., 13 ss., che riprende in particolare la lettura del principio data da W. B. Gwyn, *The Meaning of the Separation of Powers*, New Orleans, 1965, 11, come «*prerequisite for civil liberty*».

<sup>117</sup> Cfr. S. Labriola, *La forma di governo nella Costituzione repubblicana in Italia: temi per una revisione ed i principi di regime*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, 261: «i diritti politici, tra i diritti pubblici soggettivi, contribuiscono, per ciò che concerne la loro disciplina positiva, alla definizione concreta della forma di governo»

Non può infatti sfuggire che l'equilibrio fra le istituzioni politiche rappresenta la traduzione concreta del diritto alla partecipazione politica riconosciuto ai singoli cittadini nello Stato democratico. Una partecipazione alla vita politica che si declina in una libertà di espressione, di associazionismo e attivismo politico, in un diritto di elettorato attivo e passivo, ma anche in un più lato "diritto alla rappresentanza politica"<sup>118</sup>, o addirittura in un diritto alla rappresentanza politica *responsabile*. In una simile prospettiva, persino la configurazione costituzionale del capo dello Stato e dei suoi poteri potrebbe non essere avulsa dalla garanzia di tali diritti<sup>119</sup>. Ciò non significa discutere di illegittimità *sic et simpliciter* dei bilanciamenti operati dalle Corti (si ricadrebbe altrimenti nell'idea della superiorità intrinseca della "costituzione dei diritti"), quanto – semmai – individuare orizzonti sistemici più ampi per tali operazioni.

Alcune giurisprudenze nazionali – magari senza affermarlo nei termini precedenti – sembrano tutto sommato sensibili a questo approccio.

L'esempio più evidente è quello spagnolo: il giudice costituzionale – tramite la procedura dell'*amparo parlamentario* – si propone infatti di proteggere i diritti scaturenti dall'art. 23, comma primo, della Costituzione spagnola<sup>120</sup>. Diritti di cui sono titolari i cittadini, ma che vengono fatti valere dagli eletti (in una sorta di sostituzione processual-costituzionale) contro gli atti compiuti dai Parlamenti (nazionale o autonomici) in violazione delle prerogative fondamentali dei deputati.

Non dissimile è l'atteggiamento del BVerfGE, laddove protegge il mandato parlamentare dei membri del *Bundestag* anche nei confronti di altri organi costituzionali (anche del *Bundesregierung*<sup>121</sup>): non si tratta della protezione di una vuota prerogativa, ma dell'esercizio di una funzione pubblica che corrisponde sostanzialmente ad una pretesa di rappresentanza

---

<sup>118</sup> A. Manzella, *Il parlamento*, Bologna, 2003, 30 parla di "un diritto al Parlamento". Bisogna comunque ribadire che, in nome dei diritti e del loro esercizio, non possono farsi valere nuove "regolarità" che si trasformano nei fatti in modifiche tacite dell'impianto costituzionale, alterandone gli equilibri: cfr. M. Manetti, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 538 ss.

<sup>119</sup> O, perlomeno, si dovrebbe sempre tener conto – nel ricostruire le funzioni ed i poteri dei capi di Stato – che l'ancoraggio dell'indirizzo politico al principio democratico mal sopporterebbe uno scostamento verso organi di vertice poco o punto privi di responsabilità politica.

<sup>120</sup> «Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal».

<sup>121</sup> Cfr. BVerfGE 137, 185 del 21 ottobre 2014 (par. 130: «Aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 und Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG folgt ein Frage- und Informationsrecht des Deutschen Bundestages gegenüber der Bundesregierung, an dem die einzelnen Abgeordneten und die Fraktionen als Zusammenschlüsse von Abgeordneten nach Maßgabe der Ausgestaltung in der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages teilhaben und dem grundsätzlich eine Antwortpflicht der Bundesregierung korrespondiert»). V. altresì BVerfGE 143, 101 del 13 ottobre 2016; BVerfGE 8-35 del 17 settembre 2019.

da parte del corpo elettorale<sup>122</sup>.

Pur se con sfumature diverse, persino nella sentenza *Miller I* si può intravedere una preoccupazione affine da parte dei giudici britannici. Difatti, il sindacato sul *prerogative power* in materia di trattati internazionali non nasconde la preoccupazione che un atto così saliente come l'uscita dall'Unione Europea – con la connessa perdita di status e diritti da parte dei cittadini di Sua Maestà – venga approvato senza un voto della rappresentanza politica<sup>123</sup>. Il che è peraltro confermato dalla storia processuale del caso: una *petition* di *judicial review* mossa da una privata cittadina che riteneva necessario il pronunciamento dei suoi rappresentanti. Dunque, si è tratteggiato una sorta di “diritto al voto parlamentare”, che si è poi declinato anche negli esiti della *Miller II*.

Questa stretta interrelazione ha trovato il modo di emergere anche nelle decisioni del giudice costituzionale italiano, in particolare nelle sentenze sulle leggi elettorali nazionali. Tuttavia, la prospettiva della Corte italiana sembra rovesciata rispetto agli esempi dianzi evocati: se le altre giurisdizioni traggono dai diritti politici argomenti per un riequilibrio interno ai poteri della forma di governo, a Palazzo della Consulta è l'assetto dei poteri – peraltro, anche extraistituzionali<sup>124</sup> – che giustifica il parziale conculcamento dei diritti<sup>125</sup>. E questo approccio non si limita all'ambito elettorale, estendendosi anche al contenzioso che potremmo latamente definire “parlamentare”<sup>126</sup>.

È indubbio che nell'attingere alla costituzione dei diritti, il formante giurisprudenziale avrebbe a disposizione un armamentario di grande

---

<sup>122</sup> Cfr. fra gli altri BVerfGE 130, 318 del 28 febbraio 2021 (par. 124: «Das in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG verankerte Prinzip der repräsentativen Demokratie gewährleistet für jeden Abgeordneten nicht nur die Freiheit in der Ausübung seines Mandates, sondern auch die Gleichheit im Status als Vertreter des ganzen Volkes. Dieser Grundsatz fußt letztlich auf dem durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG garantierten Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit. Beide besonderen Gleichheitssätze stehen im Hinblick auf das durch sie konkretisierte Prinzip der repräsentativen Demokratie in einem unauflösbaren, sich wechselseitig bedingenden Zusammenhang»). Il principio di uguaglianza del voto si traduce dunque in un principio di uguaglianza dei rappresentanti.

<sup>123</sup> Cfr. [2017] UKSC 5, *Miller v. Secretary of State for Exiting the European Union*, par. 87

<sup>124</sup> Così il ruolo dei partiti politici fatto derivare dall'art. 49 Cost. legittima le liste bloccate (cfr. punto 11.2 del *Considerato in diritto*, sent. n. 35/2017), anche se i partiti continuano ad essere considerati corpi estranei tanto alla nozione di Stato-apparato quanto alla nozione di Stato-comunità che ne giustificerebbero il riconoscimento come “poteri dello Stato” (posizione confermata con l'ord. n. 196/2020 che continua a considerarli «organizzazioni proprie della società civile»).

<sup>125</sup> V. in particolare il sacrificio dell'uguaglianza del voto in nome dell'esigenza di stabilità del governo, su cui *amplius* D. Casanova, *Eguaglianza del voto e sistemi elettorali. I limiti costituzionali alla discrezionalità legislativa*, Napoli, 2020, 327 ss.

<sup>126</sup> Di nuovo, nei conflitti proposti da singoli parlamentari i diritti connessi al dibattito e alla funzione parlamentare sembrano suscettibili di limitazione in ossequio ad altre esigenze (ord. n. 17/2019; ord. n. 60/2020): sia consentito rinviare a A. Lauro, Bis in niet (*a margine dell'ordinanza n. 60/2020*), in *ConsultaOnline*, n. 2, 2020, 264.

rilevanza pratica, che consentirebbe peraltro ai giudici di apparire strenuamente e puramente fedeli al compito che si vorrebbe per loro primario, ossia la garanzia dei diritti fondamentali.

Credo che vada vista con favore una lettura combinata fra i principi reggitori del sistema di giustizia costituzionale, dei diritti politici e della forma di governo: ciò consentirebbe di gestire il tema della giustiziabilità con un'attenzione ampia alle implicazioni sistemiche di ciascun caso. Certo, bisogna adoperare cautela, perché dietro alla bandiera dei diritti potrebbe sempre celarsi nel merito o, da parte del giudice, una pervasiva volontà di sindacare ogni più minuto meccanismo del sistema di governo o, da parte degli attori, il tentativo di conseguire per via giurisdizionale ciò che non è stato possibile ottenere legittimamente e democraticamente secondo gli ordinari canali politici.

Tuttavia, una corte che si assume l'onere di giudicare – in maniera imparziale – sembra un'opzione comunque meno rischiosa del pervicace silenzio di fronte alle più varie intemperie costituzionali.

## 7. Conclusioni: interventi da non temere (ma nemmeno da auspicare)

All'esito dell'itinerario proposto, possono essere tratti due ordini di conclusioni.

Innanzitutto, si può affermare che la forma di governo è una questione giuridica in senso proprio, dominio di vere e proprie norme che, come tali, possono trovare applicazione da parte di soggetti esterni e terzi rispetto alle contese sostanziali. Insomma, i giudici possono avere qualcosa da dire al riguardo e possono dirlo con piena cognizione di causa, pur con le cautele dovute (talvolta) alla delicatezza dei casi loro sottoposti e alle conseguenze di sistema che essi potrebbero sprigionare<sup>127</sup>.

Il secondo punto attiene invece alla valutazione di questi interventi giurisdizionali e qui la posizione che ci si sente di assumere potrebbe essere qualificata di prudente positività.

Se sia buona cosa che i giudici intervengano nelle dinamiche della forma di governo non può essere oggetto di una risposta negativa, né di un atteggiamento completamente agnostico: molto dipende dal caso concreto e dalle violazioni cui si vuole rimediare. Dunque, non pare che tali interventi siano *ex se* da temere perché espressione di un *gouvernement des juges*<sup>128</sup>.

Neppure si può pienamente condividere l'opinione di chi ne predica la praticabilità solo in casi estremi<sup>129</sup>: il rischio è infatti che l'attesa del "caso

---

<sup>127</sup> V. sul punto A. Saitta, *Le conseguenze politiche delle decisioni della Corte costituzionale nei conflitti tra i poteri dello Stato*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2014, 866

<sup>128</sup> Per riprendere la celeberrima espressione di E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, 1921 (ristampa: Paris, 2005) che pervade le preoccupazioni della dottrina francese (v. ancora P. Avril, *Penser le droit politique*, cit., 5).

<sup>129</sup> V. ad esempio G.U. Rescigno, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2006, 2014 ss., il quale più precisamente fa

limite” lasci, da un lato, margini troppo ampi di apprezzamento e, dall’altro, non disincentivi sufficientemente pratiche o atteggiamenti anti-costituzionali, la cui sanzione potrebbe arrivare troppo tardi per dispiegare una minima efficacia.

Che sia desiderabile un sempre più esteso formante giurisprudenziale della forma di governo, è però altra cosa.

Da un lato, ciò rischierebbe di legittimare uno stato di perenne e soggiacente *polemos* istituzionale (prima ancora che propriamente processuale), pronto a esplodere davanti alle Corti. Esigere o raccomandare l’estensione del sindacato giurisdizionale significa evocare *in primis* una visione esclusivamente conflittuale (finanche battagliera) nella gestione del potere. Il che non significa che non sia indispensabile – in una democrazia costituzionale – che esista (e resista) un certo grado di dialettica fra gli attori politici e istituzionali, che dia senso e sostanza alla natura garantistica della separazione fra i poteri<sup>130</sup>. Resta tuttavia auspicabile che una parte della diatriba politico-istituzionale possa anzitutto risolversi con oculate mediazioni e compromessi fra i soggetti coinvolti, prima che in decisioni giudiziali.

Dall’altro lato, si affaccerebbe un problema in termini ordinamentali, con la “fonte culturale” che potrebbe arrivare non solo a soppiantare le “fonti politiche”, ma addirittura a sostituirsi alla scaturigine di queste ultime negli ambiti che più si caratterizzano per margini di discrezionalità del potere. Come affermato in apertura, se la giurisprudenza acquisisse un peso specifico sproporzionato nella delineazione delle regole concernenti le istituzioni politiche, ciò significherebbe che gli altri formanti hanno battuto in ritirata. Tuttavia, proprio perché la costituzione dei poteri non può affrancarsi del tutto dall’anima gemella che custodisce i diritti, resta imprescindibile che i rappresentanti democraticamente individuati riescano a trovare forme e regole condivise per garantire le posizioni di tutti, anche in un’ottica di alternanza al potere, senza dover ricorrere all’intervento sussidiario del giudice.

Alessandro Lauro  
Università “Ca’ Foscari” di Venezia  
Université Paris II Panthéon Assas  
alessandro.lauro@unive.it

---

riferimento alla giustiziabilità delle regole convenzionali del regime parlamentare, riconoscendola solo in casi estremi quali l’attentato alla Costituzione. Ma l’osservazione sembra estendibile – come pare sottintendere lo stesso titolo – a tutti gli interventi della Corte nell’ambito dei rapporti fra poteri politici.

<sup>130</sup> V. ancora in questo senso le tesi sviluppate da A. Carminati, *Oltre la leale collaborazione*, cit., *passim*.