

Giurisdizione costituzionale e decisioni politiche: quali confini?

di Caterina Drigo

Abstract: *Constitutional jurisdiction and political decisions: which edges?* - The purpose of this essay is to provide a few insights into the complex relationship between the political sphere and constitutional Courts and Tribunals, as the increasing involvement of courts for the resolution of inherently political disputes raises considerable questions about their ability to function as independent bodies that uphold the rule of law and the orderly and physiological development of democratic processes. The analysis is carried out from a comparative perspective, considering some significant experiences belonging to both the common law and civil law traditions. Despite their intrinsic differences, they demonstrate the existence of a *fil rouge*, represented by the attempt to identify interpretive techniques or approaches of self-restraint that allow the courts to deal with issues of different political tones.

Keywords: Constitutional adjudication; Judicial activism; Judicial restraint; Juristocracy; Political questions.

7

«[t]he mere fact that an issue is “political” – that is, holding political ramifications and predominant political elements – does not mean that it cannot be resolved by a Court. Everything can be resolved by a Court, in the sense that law can take a view as to its legality. Of course an activity’s political nature may occasionally create a legal norm that, by the content of the norm, gives broad discretion to the political authority to act as it wishes. In that case, the political authority is then free to act within, but not without, the law»¹

1. Profili di carattere introduttivo

Nel quadro dello Stato costituzionale contemporaneo la connessione fra giurisdizione costituzionale e sfera politica si iscrive nel più ampio fenomeno definito di “*giudizializzazione della politica*”, tema, questo, fra i fenomeni più significativi dell’ultimo secolo², che comporta il trasferimento

¹ A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton-Oxford, 2006, 179.

² R. Hirschl, *The Judicialization of Politics*, in K.E. Whittington, R. Daniel, G. Caldara (Eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, New York, 2008, 119 ss.; v., altresì, M. Hein, S. Ewert, *What is “Politicization” of Constitutional Courts? Towards a Decision oriented Concept*, in A. Geisler, M. Hein, S. Hummel (Eds), *Law, politics, and the Constitution: New perspectives from Legal and Political Theory*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2014; M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, 2002; H. Jacob, E. Blankenburg, H.M. Kritzer, D.M. Provine, J. Sanders, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven,

ai tribunali di alcune delle questioni più rilevanti e controverse che un ordinamento democratico possa contemplare³.

Il crescente ricorso ai tribunali per risolvere controversie intrinsecamente politiche solleva notevoli interrogativi sulla loro capacità di fungere da organi indipendenti che sostengono il *rule of law*⁴ e l'ordinato e fisiologico svolgersi dei processi democratici.

Nello svolgere il loro ruolo, le corti ed i tribunali costituzionali entrano anche nell'agone politico, "modellando" le norme e le regole di condotta. Inoltre, nel processo di controllo e limitazione del potere statale, i giudici costituzionali sono diventati essi stessi esercitatori di potere politico, di fatto con invero pochi vincoli, grazie alla loro capacità di rivendicare una neutralità che discende dal loro agire secondo i canoni del diritto.

Questo "paradosso" solleva questioni fondamentali sul fatto che l'influenza dei tribunali sul sistema politico, che li rende attori politici, ne possa minare la legittimazione ed indipendenza.

Affrontare il tema assegnatomi impone di procedere preliminarmente ad alcune precisazioni di carattere terminologico e metodologico.

È opportuno chiarire cosa si intenda per *giudizializzazione della politica* e anche cosa si intenda per politica e, quindi, per questioni politiche.

La prima espressione indica diversi fenomeni distinti ed eterogenei che spaziano dall'attivismo giudiziario e dalla giurisprudenza sui diritti ai dibattiti sulle nomine giudiziarie e sulla politicizzazione dei giudici⁵ e racchiude in sé una dimensione polisemantica e policoncettuale introducendo tre diversi, ma connessi, processi.

Ad un livello più astratto, tale espressione si riferisce alla diffusione del discorso giuridico, del linguaggio, delle regole e delle procedure giuridiche, nella sfera politica e nelle sedi di definizione delle scelte politiche.

Vi è poi un secondo livello, di carattere maggiormente concreto, che considera la *giudizializzazione della politica* quale espansione della sfera di competenza dei giudici sino ad incidere sulla determinazione dei risultati delle politiche pubbliche, specie quando investono i diritti⁶.

Infine, la terza dimensione della *giudizializzazione della politica* comporta la conoscibilità della c.d. "*mega-politica*" da parte delle Corti e Tribunali costituzionali. Con quest'ultima espressione la dottrina include principalmente alcune categorie quali il sindacato sui processi elettorali, sulle prerogative degli esecutivi in materia di pianificazione delle politiche

1996; C.N. Tate, T. Vallinder (Eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995; R.A. Dahl, *Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in 6 *J. Pub. L.* 279 (1957).

³ Solo per fare qualche preliminare esempio: il posto della Germania nell'UE, o il futuro politico del Québec e della Federazione canadese o ancora, la definizione fondamentale di Israele come Stato ebraico e democratico (tale ultimo profilo non oggetto di analisi nel presente lavoro).

⁴ M. Do, R. Schertzer, *How Should Courts Respond to Political Questions? Exploring the Dialogical Turn in the Supreme Court of Canada's Federalism and Indigenous Case Law*, in *Law & Soc. Inquiry* 1 (2023).

⁵ Tali ultimi due profili non saranno oggetto di approfondimento nel presente lavoro.

⁶ La *giudizializzazione delle politiche pubbliche* si è consolidata anche a livello sovranazionale: ad esempio, la Corte EDU è progressivamente venuta ad assumere un ruolo centrale in relazione alle questioni relative ai diritti umani.

economiche o della sicurezza nazionale⁷; i processi di costruzione dell'identità nazionale e della Nazione nonché le controversie inerenti alla definizione del concetto di politica e *policy-making* in quanto tale. Profilo, quest'ultimo, particolarmente problematico dal punto di vista della teoria costituzionale.

Ne deriva l'estensione del coinvolgimento dei giudici costituzionali nella sfera politica, oltre l'ambito dei diritti costituzionali o della giurisprudenza sui rapporti fra i vari livelli di governo e sul federalismo, con il conseguente mutamento del ruolo delle Corti e Tribunali costituzionali, che spesso operano quale una delle componenti essenziali dell'apparato politico nazionale dei rispettivi Paesi, dando origine al fenomeno descritto come *Justocracy*⁸.

La credenziale democratica del controllo giudiziario e del ruolo dei giudici costituzionali è resa molto discutibile allorché questi si trovino a definire questioni dall'elevato tasso di politicità - e finanche divisive - spesso in assenza di indicazioni costituzionali chiare o univoche, non apparendo evidente in virtù di che cosa Corti e Tribunali costituzionali esprimano il foro più adeguato a definirle.

La dottrina individua una sottile, ma significativa, differenza fra il secondo ed il terzo concetto di giudizializzazione della politica. Siffatta distinzione risiede in parte nella differenza qualitativa tra questioni di carattere eminentemente procedurale e questioni caratterizzate da profili sostanziali che possono anche evocare dilemmi di carattere morale o etico o che, comunque, esprimono questioni politiche che l'intera nazione si trova a dover affrontare; in parte nella perimetrazione del concetto di politica.

In quale misura, pertanto, Corti e Tribunali costituzionali "maneggiano" questioni politiche o adottano decisioni politiche? Per rispondere, come anticipato, è opportuno chiarire cosa si intenda per *politica*. E non esiste una risposta chiara o univoca. Secondo molti *social theorist* tutto è qualificabile come "politica" e, conseguentemente, non si potrebbe fornire un'univoca definizione di giudizializzazione della politica.

Inoltre, profili che possono essere ritenuti avere un altro tasso di politicità in un determinato ordinamento (come il tema dell'aborto negli USA⁹, o il *reapportionment* o il *gerrymandering*¹⁰), potrebbero essere affrontati

⁷ Ma anche questioni inerenti alla giustizia riparativa. Sul punto, approfonditamente: R. Hirschl, *The Judicialization of Politics*, cit., 119 ss. e Id., *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, in 75 *Fordham L. Rev.* 721 (2006).

⁸ R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Ma.), 2004; A. Stone Sweet, *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*, Oxford, 2000. C.N. Tate, T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, cit. V. anche, M. Belov (Ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, London-New York, 2020.

⁹ V. *infra*, nota 17.

¹⁰ Con il primo termine ci si riferisce alla revisione dei criteri di ripartizione dei seggi elettorali negli Stati Uniti d'America, mentre con il secondo si allude alla pratica di manipolazione dei seggi elettorali. La casistica, così come la dottrina, sul punto, sono invero sterminate. Si considerino, *ex multis*, i casi *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946); *Reynold v. Sims*, 377 U.S. 533, 566, (1962); *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109 (1986); *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004); *United States Department of Commerce et al. v. Montana et al.*, 503 U.S. 442 (1992); *League of United*

in termini diversi in altri contesti. Per riprendere l'esempio dell'aborto, esso può essere affrontato sia in termini di rapporto (scontro) fra diritto sovranazionale e diritto interno (come ad es. in Irlanda)¹¹, sia apparire come non problematico in un diverso contesto ordinamentale.

Il fatto stesso che un giudice costituzionale possa procedere a perimetrare il concetto di politica o di questione politica è attività di per sé intrinsecamente politica e opera quale criterio discrezionale fra la giudizializzazione della c.d. *mega politica* e gli altri due concetti della stessa¹².

Una questione/decisione politica può essere intesa come un ampio *genus* nel quale ricomprendere tanto il sindacato in merito ad un atto espressione di discrezionalità legislativa, in *re ipsa* politica, quanto un atto, espressione dell'indirizzo politico o comunque di una volontà politica espressa da uno dei poteri dello stato, come l'esecutivo.

Volendo adottare una prospettiva più ampia, certo è che Corti e Tribunali costituzionali sono chiamati ad interpretare un testo che è intrinsecamente politico. Le Costituzioni esprimono una valenza a un tempo normativa e politica. Sono il documento politico per eccellenza, prodotto del negoziato e del compromesso che ha condotto una determinata società ad organizzarsi, definendo la forma di governo e il rapporto fra governanti e governati.

In relazione alle questioni caratterizzate da un alto tasso di politicità, tanto la dottrina, quanto Corti e Tribunali costituzionali, anche per sostenere la legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale nel contesto ordinamentale ed il rispetto del *rule of law*, hanno cercato di enfatizzare la neutralità e indipendenza dei tribunali come organi che operano secondo canoni rigorosamente giudiziali¹³ e tale neutralità viene perseguita attraverso tecniche di carattere tanto strutturale quanto procedurale.

Dal punto di vista strutturale e istituzionale, l'indipendenza dei giudici di Corti e Tribunali costituzionali si rinviene nei meccanismi di nomina e nelle regole che disciplinano i rapporti con i poteri dello Stato¹⁴.

Latin Am. Citizens (LULAC) v. Perry, 548 U.S. 399 (2006); *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 2 (2013); *Gill v. Whitford*, 585 U.S. 48 (2018); *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. 684 (2019). In dottrina, *ex multis* R. Santos (Ed.), *Gerrymandering and Voting Districts*, New York, 2018; B. Grofman (Ed.), *Political Gerrymandering and the Courts*, New York, 1990; Per una prospettiva di ordine storico, v. anche G. Bognetti, *Malapportionment, ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Milano, 1966 e sia consentito rinviare anche a C. Drigo, *Le corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, spec. cap. V.

¹¹ A seguito di alcune decisioni della Corte EDU (su tutte *A.B.C. v. Ireland* del 2010), l'Irlanda approvò il *Protection of Life During Pregnancy Act* 2013, poi sostituito dall'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act* 2018 dopo l'espunzione, per via referendaria, dell'ottavo emendamento alla Costituzione grazie all'approvazione del trentaseiesimo emendamento che consentì al Parlamento di disciplinare l'aborto al di fuori dei precedenti rigorosi limiti costituzionali.

¹² R. Hirschl, *The Judicialization of Politics*, cit., 124 ss.

¹³ A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in 89 *Harv. L. Rev.* 1281 (1976), spec. 1307-08.

¹⁴ Che saranno oggetto di approfondimento da parte di diversi contributi nel presente volume.

Dal punto di vista procedurale, invece, Corti e Tribunali costituzionali possono dimostrare di adottare un approccio neutrale grazie alle modalità attraverso cui pervengono ad una decisione¹⁵.

Una delle possibili forme di contenimento del fenomeno della giudizializzazione della politica si rinviene nella promozione del c.d. *weak judicial review*, un controllo c.d. a forma debole, o improntato al *self-restraint*, in cui in cui il potere legislativo può finanche intervenire nel senso di rendere sostanzialmente prive di effetto le decisioni giudiziarie¹⁶.

Ciò, però, se è condivisibile sul piano teorico, contrasta con quella che è la grammatica giurisprudenziale di molte esperienze di giustizia costituzionale, poiché anche un approccio di *self-restraint*, può esprimere una precisa scelta politica, un “passivo attivismo”, e finanche esporre i giudici costituzionali alla critica di aver abusato del loro potere (la casistica è estremamente ricca: v. ad es. su tutti, il caso *Dobbs v. Jackson*)¹⁷.

A ciò si aggiunga, però, che norme di carattere procedurale, come, ad esempio, quelle attinenti alle modalità di selezione dei casi e di definizione del proprio ruolo, almeno per quegli organi di giustizia costituzionale che hanno una significativa discrezionalità in materia, possono esprimere una precisa opzione politica¹⁸.

¹⁵ Sul punto la dottrina ha elaborato diverse teorie in merito all’approccio che il giudice, anche costituzionale, dovrebbe tenere: v. *in primis*, H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959), ma si considerino anche le impostazioni che vanno dal *legal positivism* (H.L.A Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 2012) alla *natural law tradition* (R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Ma.), 1978), che individua la legittimazione del giudice nella sua capacità di articolare e rafforzare *legal principles* e *public morality* desumibili dai testi costituzionali (O. Fiss, *The Law as it Could Be*, New York, 2003) fino al *legal realism* (K. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals.*, Boston-Toronto, 1960; J. Singer, *Legal Realism Now*, in 76 *Cal. L. Rev.* 465 (1988)) solo per citarne alcuni. Per approfondimenti, nella dottrina italiana, v. anche C. Valentini, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011; O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici di giustizia costituzionale*, Milano, 2014.

¹⁶ M. Tushnet, *Alternate Forms of Judicial Review*, in 101 *Mich. L. Rev.* 2781 (2003). Ma v. anche Id., *Taking Back the Constitution. Activist Judges and the Next Age of American Law*, New Haven, 2020.

¹⁷ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022) è un controverso caso con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti d’America ha *overruled* la propria precedente, e consolidata, giurisprudenza eliminando dall’ordinamento un diritto, quello di abortire, “creato” grazie alla celebre decisione *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e ribadito con *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), restituendo così agli stati federati il dominio della disciplina. Tanto il caso *Roe*, quanto il caso *Dobbs* si segnalano per aver espresso un forte condizionamento nei confronti del decisore politico in un ambito in cui quest’ultimo non solo sembra non esser stato in grado di adottare una posizione chiara, ma appare fortemente scisso al suo interno. In relazione a questo caso, *ex multis*, nella dottrina italiana, si veda il dibattito pubblicato presso il sito dell’Associazione dei costituzionalisti www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione.

¹⁸ *Ex multis*, con riferimento all’ordinamento statunitense, M.J. Richards, H.M. Kritzer, *Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision-Making*, in 96 *Am. Pol. Sci. Rev.* 305 (2002). W.H. Riker (Ed.), *Agenda Formation*, Ann Harbor (Minn.), 1993; T.E. George, L. Epstein, *On the Nature of the Supreme Court Decision Making*, in 86 *Am. Pol. Sci. Rev.*

Esistono anche misure meno problematiche, che mirano a diffondere la capacità di un singolo organo politico di selezionare i giudici, il che di solito significa aumentare il numero di attori e istituzioni con un ruolo nella selezione e incrementare la partecipazione dei rappresentanti pubblici in favore di una maggiore trasparenza nei processi¹⁹. Sebbene tali riforme possano contribuire a rafforzare la percezione che i tribunali siano in grado di essere arbitri neutrali, sono ancora intrappolate nel paradosso che chiede a corti e tribunali di essere contemporaneamente indipendenti dal sistema politico e, quanto meno di fatto, parte di esso.

Da quanto sopra esposto si può dedurre che il fenomeno della giudizializzazione della politica, non solo è ascrivibile ad un complesso di cause, ma è ormai espressione di un trend consolidato in cui si è assistito alla trasformazione di «courts and tribunals worldwide into major political decision-making loci»²⁰ anche in connessione con il consolidamento della democrazia e della prevalenza, quantomeno in alcuni contesti ordinamentali, dello “human rights discourse” o della c.d. giudizializzazione dal basso²¹.

Va precisato, comunque, che l’analisi empirica mostra come in un dato ordinamento le decisioni definibili effettivamente “politiche” costituiscono la minoranza rispetto a decisioni “giurisdizionali” più classiche²².

2. Corti e Tribunali costituzionali di fronte alle questioni politiche

Come anticipato, Corti e Tribunali costituzionali si trovano costantemente a doversi confrontare con questioni politiche, ma, nel farlo, non possono prescindere da un approccio che formalmente si basi sui canoni del diritto e della legalità; non possono esimersi, cioè, da un ancoraggio al testo della costituzione, pur non bastando questo ad evitare decisioni dal contenuto talvolta discutibile.

Secondo una impostazione tradizionale originata nel contesto ordinamentale degli Stati Uniti d’America, una *non justiciable political question* è questione che esula dall’ambito del propriamente giudiziario in virtù

323 (1992); V. Barsotti *L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999; in relazione al Canada, R.B. Flemming, *Tournament of Appeals: Granting Judicial Review in Canada*, Vancouver, 2003;

¹⁹ J. Ferejohn, *Judicializing Politics, Politicizing Law*, in 65 *L. & Contemp. Probs.* 41 (2002); G. Gee, *The Persistent Politics of Judicial Selection: A Comparative Analysis*, in A. Seibert-Fohr (Ed.), *Judicial Independence in Transition*, Cham, 2012, 121 ss.; J. Melton, T. Ginsburg, *Does De Jure Judicial Independence Really Matter?*, in 2 *J.L. & Cts.* 187 (2014).

²⁰ R. Hirschl, *The Judicialization of Politics*, cit., 138. Fra i fattori che Hirschl ritiene essenziali e condizionanti il processo di giudizializzazione della politica si annoverano «the existence of a constitutional framework that promotes the judicialization of politics: a relatively autonomous judiciary that easily entice to dive into deep political waters; and [...] a political environment that is conducive to the judicialization of politics».

²¹ C. Epp, *The Rights Revolution Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago-London, 1998.

²² A. Spadaro, *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali*, in R. Romboli (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino, 2017, 123.

dell'applicazione del principio di separazione dei poteri sebbene, come evidenziava già A. de Toqueville «[s]carcely any political question arises in the United States that is not resolved sooner or later into a judicial question»²³ e, come ricordava A. Barak, già giudice della Corte suprema israeliana, «[n]othing was beyond the purview of judicial review. The world is filled with law. Anything and everything is justiciable»²⁴.

Queste parole dimostrano, ove fosse necessario, la scivolosità e complessità del tema oggetto del presente saggio e per affrontarlo pare opportuno tenere conto di una distinzione fondamentale fra quelle che sono le caratteristiche dei sistemi di giustizia costituzionale negli ordinamenti ascrivibili alla tradizione giuridica di *common law* e quelle in essere nei sistemi riconducibili alla tradizione giuridica di *civil law*²⁵. Senza ripercorrere tali caratteristiche, a tutti certamente note, si ricorda come negli ordinamenti riconducibili alla tradizione giuridica di *common law*, e al sindacato diffuso di costituzionalità, caratterizzati da un sindacato concreto, ed *ex post*, sono state elaborate varie *doctrines of justiciability*, volte a stabilire, secondo le caratteristiche proprie di ogni singolo sistema, la giustiziabilità di una questione. In alcuni di questi ordinamenti è stata individuata, secondo traiettorie più o meno formalizzate, anche una *political question doctrine* (invero qualificata variamente, come vedremo), espressione del tentativo di escludere i giudici dall'ingerenza in questioni la cui risoluzione sia di competenza di altri poteri dello Stato. Si tratta, quindi, di una *doctrine* che evoca tanto la *separation of power doctrine*, quanto il tema della legittimazione del giudice costituzionale e il ruolo delle Corti e Tribunali costituzionali negli ordinamenti democratici.

Affermare che l'attività giurisdizionale si debba fermare dinanzi al limite di *political question* comporta che i giudici possano analizzare controversie aventi un tono politico unicamente in presenza di due condizioni imprescindibili: cioè che si tratti di questioni giustiziabili - aventi rilevanza giuridica autonoma e costituzionalmente definita - e che si tratti di questioni definibili facendo applicazione di standard giudiziali adeguati che siano ricavabili direttamente dal testo costituzionale o che siano desumibili da quanto elaborato in via pretoria in precedenti decisioni.

Per ragioni di spazio si analizzeranno solo succintamente aspetti che riguardano profili meramente teorici della *political question doctrine* nel contesto statunitense e i suoi margini di "esportabilità" in altri ordinamenti. Come è largamente noto, anche nel contesto in cui è nata, la *political question doctrine* non è riconducibile ad un modulo argomentativo unitario. Formalizzata per via giurisprudenziale²⁶, tale dottrina, alla prova dei fatti, appare come uno strumento potente nelle mani dei giudici. La natura episodica della sua applicazione e anche la natura sostanzialmente

²³ A. de Tocqueville, *Democracy in America*, New York, 1990, 280.

²⁴ Così citato in R. Hirschl, *The Judicialization of Politics*, cit., 128.

²⁵ Su questi temi, di recente, L. Mezzetti, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, 2020. V., altresì, *ex multis*, Id., *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, 2009, 1 ss.; nonché, S. Bagni (cur.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, 2013.

²⁶ Per una panoramica tanto dell'evoluzione dottrinale, quanto giurisprudenziale, sia consentito rinviare a C. Drigo, *Le corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, cit., spec. capp. III; IV, V.

discrezionale della sua utilizzazione rende difficile addivenire ad una individuazione di criteri applicativi omogenei e uniformi valevoli per un ampio numero di casi anche in relazione al medesimo contesto. Essa, quindi, presenta dei confini labili e mobili e le concezioni della stessa elaborate in letteratura riflettono versioni diverse, sia della dimensione politica del sistema costituzionale americano, sia dei rapporti tra questa e il sistema di giustizia costituzionale, e tali differenti concezioni si fondano sui diversi modi di considerare il *judicial review* e il suo relazionarsi con il sistema politico.

Nata per evitare un'indebita ingerenza nella sfera politica, la *political question doctrine*, nel tempo, si è trasformata in una delle *doctrines* più politicamente orientate di cui si sia avvalsa la Corte suprema degli Stati Uniti d'America²⁷.

Volendo adottare una lettura "positiva", al netto di alcuni episodi espressione di distonie del sistema, variamente affrontate nei decenni, possiamo sostenere che il divieto di sindacare le questioni politiche sia riconducibile alla volontà della Corte Suprema statunitense, ma in generale dei giudici costituzionali, di disporre di uno strumento flessibile e maneggevole di cui servirsi per misurare meglio gli interventi che sono necessari per assicurare il rispetto e l'attuazione della Costituzione.

Oltre a ciò, comunque, nel ricorso a strumenti che consentono la scelta in merito alla decisione di determinate questioni che rientrerebbero

²⁷ Molteplici sono i casi a sostegno di tale affermazione: cfr. nota precedente. Quale esempio si possono citare i controversi casi *Bush v. Palm Beach County Canvassing Board* (cd. *Bush I*), 531 U.S. 70 (2000) e *Bush v. Gore* (cd. *Bush II*), 531 U.S. 98 (2000). Con quest'ultimo caso, in particolare, la Corte Suprema, ha palesato chiaramente i profili di ambiguità intrinseca della *political question doctrine* autopenendosi quale unico soggetto legittimato a definire le situazioni di grave crisi istituzionale nei rapporti fra gli Stati e la Federazione, oltre che qualificandosi quale la sola istituzione in grado di interpretare i valori sottesi alla Costituzione ed i principi fondamentali della forma di governo federale. In concreto i giudici hanno "manipolato" l'*Equal Protection Clause* attribuendosi, di fatto, il potere di stabilire il contenuto della volontà popolare espresso in sede di esercizio del diritto di voto.

Tale caso è stato ampiamente commentato (e criticato) in dottrina: *ex multis*, L. Fisher, *Bush v. Gore: too Political*, in M. Mourtada, Sabbah, B.E. Chain (Eds), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lanham (MD), 2007, 145 ss.; M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*, in M. Mourtada, Sabbah, B.E. Chain (Eds), *The Political Question Doctrine...*, cit., 47 ss.; T.P. Crocker, *Bush v. Gore*, in *Encyclopedia of the Supreme Court*, I, US, 2008, 239 ss; E. Chemerinsky, *Bush v. Gore was not Justiciable*, in 76 *Notre Dame L. Rev.* 1093 (2001), *contra*, però, R.A. Posner, *Breaking the Deadlock: the 2000 Election, the Constitution and the Courts*, cit., spec. 162, il quale ha invocato una "*reverse political question doctrine*" per giustificare l'intervento della Corte Suprema in tutti i casi di crisi costituzionale o nazionale. V. anche J.M. Balkin, *Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics*, in 110 *Yale L.J.* 1407 (2001); R.A. Posner, *Bush v. Gore: Prolegomenon to an Assessment*, in 68 *U. Chi. L. Rev.* 719 (2001); Id., *Breaking the Deadlock: the 2000 Election, the Constitution and the Courts*, Princeton N.J., 2001; R.A. Epstein, '*In Such Manner as the Legislature Thereof May Direct*': *The Outcome in Bush v Gore Defended*, in 68 *U. Chi. L. Rev.* 613 (2001); M.W. McConnell, *Two-and-a-Half Cheers for Bush v. Gore*, in 68 *U. Chi. L. Rev.* 657 (2001). Per la dottrina italiana si veda F.G. Pizzetti, *Bush v. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale*, Torino, 2002; C. Valentini, *Le ragioni della costituzione*, cit., 331.

astrattamente nella competenza di altri poteri, è ravvisabile anche l'intento (non sempre riuscito) di preservare la legittimazione e l'autorevolezza del giudice costituzionale, sia nei confronti degli altri poteri, sia nei confronti della società.

Concepita in tal senso, la *political question doctrine* può essere considerata un riflesso della normale attività di interpretazione della Costituzione, in particolare di quelle disposizioni costituzionali che definiscono l'ambito della funzione giurisdizionale e insieme, per differenza, l'area che appartiene all'esclusivo dominio della politica; e dell'esistenza di questo confine tra diritto e politica i giudici costituzionali sono certamente consapevoli. Come sono consapevoli anche del fatto che si tratta di un confine la cui determinazione non è fissa.

3. (segue): parallelismi e asimmetrie fra sistemi ascrivibili alla tradizione giuridica di *common law* e a quella di *civil law*

3.1 Aspetti di carattere generale

Come si è anticipato, l'approccio a questioni dall'alto tasso di politicità si palesa secondo coordinate differenti a seconda del contesto ordinamentale e della tradizione giuridica cui questo può essere ricondotto. E affrontare il tema che mi è stato assegnato presuppone di indagare anche le differenze strutturali fra i diversi sistemi di giustizia costituzionale, aspetto questo, si assume conosciuto dai lettori. Certo è che a fronte di una tendenza alla convergenza dei modelli di giustizia costituzionale, o di alcuni aspetti di questi, permangono differenze strutturali di non poco conto.

L'indagine oggetto del presente lavoro non si estende a tutte le esperienze costituzionali esistenti, ma è limitata all'analisi di alcuni Paesi ritenuti significativi, che presentano un tasso di democraticità elevato e consolidato.

3.2 Le esperienze riconducibili alla tradizione giuridica di *common law*

3.2.1 Il contesto statunitense

Vari ordinamenti riconducibili alla tradizione giuridica di *common law* fanno applicazione di una dottrina delle questioni politiche, sebbene talvolta non la riconoscano espressamente o, addirittura, la rigettino formalmente (ancorché non sostanzialmente).

Negli Stati Uniti d'America, ove la *political question doctrine* è nata, sono rinvenibili quantomeno tre concezioni della stessa, che si possono riscontrare anche in altri contesti ordinamentali:

- *classica*, che trova un fondamento teorico negli scritti di Hamilton e un ancoraggio giurisprudenziale nel caso *Marbury v. Madison*²⁸;

²⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

- *prudenziale*, secondo cui è da evitarsi il sindacato giurisdizionale ogni qualvolta un siffatto sindacato sia astrattamente idoneo a vulnerare l'autorità del potere giudiziario, ovvero a ledere un principio²⁹. Il giudice, inoltre, dovrebbe astenersi dal sindacare questioni nelle quali vengano variamente in rilievo obiettivi politici contrapposti o in competizione, atteso che la loro definizione implicherebbe l'esercizio di una qualche forma di discrezionalità politica³⁰. Si tratta quindi di un approccio non rigorosamente legato al testo della Costituzione³¹, propugnando l'astensione dalla decisione di tutte quelle questioni che le *political branches* siano meglio predisposte a definire³².

- *funzionale*, utile sia perimetrare l'ambito delle *political questions*, sia ad individuare i criteri da seguire al fine di indirizzare le interpretazioni e decisioni dei giudici. Applicando funzionalmente la *political question doctrine*, le corti dovrebbero considerare le possibili conseguenze del loro coinvolgimento prima di stabilire la propria attitudine, oltre che la propria competenza in senso tecnico, a decidere un caso. Al centro di tale ultima concezione, quindi, vi sarebbe l'analisi della propensione istituzionale di ciascun potere ad occuparsi di una data materia, il criterio di allocazione delle competenze dovrebbe essere quello della valorizzazione del potere che strutturalmente istituzionalmente appare il più idoneo a intervenire³³.

²⁹ Si integrerebbero, quindi, le ipotesi in cui la giurisdizione federale, e, nello specifico, la Corte Suprema, applicherebbe le proprie *passive virtues*. Tuttavia, si tratta di casi in cui non trova applicazione unicamente la *political question doctrine*, poiché la Corte Suprema, attraverso la tecnica dell'*avoidance*, può evitare di pronunciarsi su alcune controversie sottoposte al suo esame.

³⁰ Il maggior esponente di questa visione è certamente A.M. Bickel, *The Last Dangerous Branch- the Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1986 (1° ed. 1962), spec. 23 ss. e 183 ss. L'autore ascriveva alla categoria delle *political questions* tutte quelle questioni la cui definizione avrebbe posto la Corte di fronte alla scelta fra risultati potenzialmente basati sull'aderenza ad un particolare assetto di principi e valori, attività per la quale egli riteneva intrinsecamente inadatto il giudice. Id., *The Supreme Court, 1960 Term – Foreword the Passive Virtues*, cit., 40 ss. [parzialmente *contra*, però G. Gunther, *The Subtle Vices of the "Passive Virtues": A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review*, in 64 *Colum. L. Rev.* 1 (1964)]. In posizioni non del tutto difformi, quantomeno in relazione alla critica verso la *classical political question doctrine*: M. Finkelstein, *Judicial Self-Limitation*, in 37 *Harv. L. Rev.* 338 (1924), spec. 361; Id., *Further Notes on Judicial Self-Limitation*, in 39 *Harv. L. Rev.* 221 (1925); nonché O.P. Field, *The Doctrine of Political Questions in the Federal Courts*, 8 *Minnesota Law. Review* 485 (1924).

³¹ R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in 102 *Colum. L. Rev.* 237 (2002), 253.

³² M.V. Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability*, cit., 1232.

³³ Maggior esponente di tale posizione è stato F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, in 75 *Yale L.J.* 517 (1966), ma si veda anche J.H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, in 54 *Duke L.J.* 1457 (2005). Va ovviamente tenuto sempre a mente il fatto che la Corte Suprema, anche quando decide che sia opportuno astenersi dall'intervenire a definire nel merito questioni che si ritengono attratte alla competenza costituzionalmente riservata al potere legislativo o a quello esecutivo, non abdica mai al potere di esercitare il *judicial review*, al contrario, essa si riserva il potere ultimo di decisione sul punto. Inoltre, come osservato da autorevole dottrina (L. Henkin, *Is there a "political question" doctrine?*, in 85 *Yale L.J.* 597 (1976)) non sarebbe possibile ammettere che esistano norme costituzionali escluse dal potere interpretativo della Corte. Attraverso la *political question doctrine* la Corte non

Nonostante i tentativi degli studiosi, la grammatica giurisprudenziale della *political question doctrine* conferma la sua natura di «doctrines in a state of some confusion»³⁴. Per tale ragione, i giudici della Corte suprema degli Stati Uniti hanno di sovente preferito astenersi dall'esame nel merito di questioni aventi un significativo tasso di politicità intrinseca, non richiamando la controversa PQD, ma ricorrendo a *doctrines of justiciability* (*standing, ripeness e mootness*) che, pur mostrando esse stesse una serie di profili critici, appaiono comunque riconducibili a più *manageable judicial standards*.

Si è osservato come il requisito dei «cases and controversies», di cui all'articolo III della Costituzione federale, vada inteso non solo quale limite al potere dei giudici di interpretare la Costituzione, ma anche quale strumento riconducibile al ruolo pubblicistico che la Corte Suprema ha assunto specialmente nel corso del secolo scorso e che le consente di operare quale soggetto che provvede a modellare *ex se* gli ambiti e limiti della propria competenza, in modo da definire il proprio ruolo e porsi in posizione equilibrata rispetto sia al legislatore e all'esecutivo federali, sia rispetto alle autonomie statali³⁵. Tuttavia, quella delle *doctrines of justiciability* è una tematica in cui il diritto costituzionale è comunque compenetrato da forti elementi di politicità e costante pare l'intersezione fra il dato costituzionale e quello politico, in un rapporto di reciproca influenza³⁶.

Nate come strumenti funzionali a controllare sul piano quantitativo l'attività della Corte suprema, le *doctrines* in esame si sono progressivamente trasformate in elementi essenziali per il suo controllo sul piano qualitativo.

La Corte Suprema ha fatto un uso elastico, strumentale e finanche manipolativo, di tali *doctrines*, modulandole, ora per esercitare un più o meno deciso *self restraint*, ora per garantire un atteggiamento di *judicial activism*, secondo dinamiche che storicamente si sono connotate in senso non uniforme e talvolta poco coerente.

Esse, infatti, rappresentano sia uno strumento funzionale a definire gli ambiti dell'intervento giudiziale in senso estensivo, sia un modo per evitare di esorbitare dalla sfera di competenza costituzionalmente definita e invadere gli spazi d'azione riservati ad altri poteri, sia infine un modo di non decidere

rinuncia ad un suo potere, ma pone le basi per l'intervento di altri organi politici, riafferma la propria competenza a determinare quali siano le questioni sulle quali una particolare azione dell'esecutivo o del congresso sia esplicitamente prevista e garantita dalla Costituzione. I giudici svolgerebbero la c.d. *institutional capacities inquiry*. La Corte cioè, si concentrerebbe sulla natura della questione presentata e determinerebbe se il potere giudiziario ha i requisiti, cioè la capacità di poter definire la questione in un «consistent predictable and manageable way». L'ambito in cui questo scrutinio viene maggiormente effettuato è quello degli affari esteri e militari. In tal senso: B. Neuborne, *Of Sausage Factories and Syllogism Machines: Formalism, Realism, and Exclusionary Selection Techniques*, in 67 *N.Y.U. L. Rev.* 419 (2002), spec. 421; M.E. Tigar, *Judicial Power, the Political Question Doctrine, and Foreign Relations*, in 17 *UCLA L. Rev.* 1135 (1969-1970).

³⁴ L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, 2000, 96.

³⁵ V. Barsotti, *L'arte di tacere*, cit., 139.

³⁶ M.H. Redish, *The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, Durham (NC), 1991, 88 ss. V. anche M. Cohn, *Formula and Constitutional Ethos: The political Question/Justiciability Doctrine in Three Common Law Systems*, in 59(3) *Am. J. Compar. L.* 675 (2011).

questioni politicamente scomode o semplicemente premature, cosicché ogni riflessione su tali dottrine, quindi sul bilanciamento fra *self restraint* ed esercizio del *judicial review*, apre la riflessione sul *proper role* del potere giudiziario in una società democratica³⁷.

Volendo individuare una grammatica giurisprudenziale di come la Corte Suprema ha affrontato questioni dall'alto tasso di politicità e di come la *political question doctrine* è stata più spesso invocata (ma non necessariamente applicata) si devono considerare i c.d. *electoral cases*³⁸, il *reapportionment* e il *gerrymandering*³⁹, i c.d. *internal proceedings*⁴⁰, gli *impeachment cases*⁴¹, o le questioni connesse alle *foreign relations*⁴², alla sicurezza interna e alle emergenze costituzionali, specie allorché viene in rilievo la tutela dei diritti fondamentali⁴³. Il campo dei diritti si dimostra essere un ambito in cui la Corte suprema mostra forti connessioni con la dimensione politica, con esiti sostanzialmente opposti a seconda del momento costituzionale in essere. Da ultimo, si può sostenere che anche il tema delle *climate change litigations* esprima un forte tasso di politicità, nell'ordinamento statunitense, come in molti altri, e finanche a livello sovranazionale⁴⁴.

³⁷ Sia consentito rinviare a C. Drigo, *Le corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, cit., 209 ss.

³⁸ V. *supra*, nota n. 27.

³⁹ V. *supra*, nota n. 10.

⁴⁰ Es. *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969) o *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 116 (1966).

⁴¹ *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993).

⁴² *Ex multis, Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677 (2004) e *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004). Per una prospettiva di tipo diacronico, *ex multis*, R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, cit., 237 ss.; Id., *The Rise and Fall of the Political Question Doctrine*, in M. Mourtada, Sabbah, B.E. Chain (Eds), *The Political Question Doctrine*, cit., 23 ss.; J.L. Goldsmith, *The New Formalism in United States Foreign Relations Law*, in 70 *U. Colo. L. Rev.* 1395 (1999), 1427-28.

⁴³ Si possono ricordare, ad esempio, i casi relativi al c.d. sistema Guantanamo, es. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008), ma anche il più risalente *Duncan v. Kahanamoku*, 327 U.S. 304, 330 (1946) o il caso *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010).

⁴⁴ In relazione agli ordinamenti statunitense e canadese v., ad esempio, I. Fernando, *Litigating Climate Change - Of Politics and Political Questions: A Comparative Analysis of Justiciability of Climate Change in the United States and Canada*, in 49 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 315 (2018); H. Wilkins, *The Justiciability of Climate Change: A Comparison of US and Canadian Approaches*, in 34 *Dalhousie L.J.* 529 (2011); A.E. Breakfield, *Political Cases or Political Questions: The Justiciability of Public Nuisance Climate Change Litigation and the Impact on Native Village of Kivalina v. ExxonMobil*, in 17 *Hastings West Northwst J. of Env't L. & Pol'y* 39 (2011); A. Thorpe, *Tort-based Climate Change Litigation and the Political Question Doctrine*, in 24 *Journal of Land Use & Env't L.* 79 (2008). Per una prospettiva di carattere più generale: H. Colby, A.S. Ebbesmeyer, L.M. Heim M.K. Røssaak, *Judging Climate Change: The Role of the Judiciary in the Fight Against Climate Change*, in *Oslo L. Rev.* 168 (2020); S. Novak, *The Role of Courts in Remediating Climate Chaos: Transcending Judicial Nihilism and Taking Survival Seriously*, in 32 *Geo. Env't L. Rev.* 743 (2020); M. Langford, *Climate Change in Courts: A Responsive Approach*, Annual Lecture, Centre for Environmental Law, Macquarie University, 6.04.2023; L. Magi,

3.2.2 Regno Unito e Irlanda

In altri contesti ordinamentali, quale quello del Regno Unito, quello irlandese e finanche australiano⁴⁵ e israeliano⁴⁶, il concetto di *non justiciable political question* è ricondotto a quello più generale di *non-justiciability*.

In particolare, nel Regno Unito la categoria di *adjudication*, che si potrebbe qualificare come di rango costituzionale, storicamente era ripartita tra diversi organi, i quali, fino alla trasformazione introdotta con il *Constitutional Reform Act* del 2005 e all'introduzione della *Supreme Court*, hanno contribuito con le proprie decisioni a costruire alcuni profili sostanziali del diritto costituzionale del Paese⁴⁷.

Secondo parte della dottrina, dalla sua istituzione la *Supreme Court* del Regno Unito ha iniziato ad operare quale giudice anche costituzionale, tenendo in considerazione le implicazioni ordinamentali delle varie questioni sottoposte al suo esame, sulla falsariga di quanto fanno i giudici costituzionali di altri Paesi⁴⁸.

A ciò si aggiunga che in seguito all'entrata in vigore dello *Human Rights Act (HRA)* del 1998, ai giudici è stato attribuito l'obbligo di interpretare gli *statutes* conformemente alla CEDU e laddove non sia possibile alcuna interpretazione conforme, possono adottare una *declaration of incompatibility* delle scelte del legislatore cui non consegue, però, un'automatica disapplicazione delle disposizioni interne, poiché la peculiare conformazione del principio della *supremacy of the Parliament* in essere nel Paese ha comportato scelte operative diverse. In particolare, il Ministro competente è stato autorizzato ad avviare un *iter legis* speciale ed accelerato teso alla possibile (ma non obbligatoria) modifica o abrogazione delle disposizioni oggetto di censura giudiziale.

Se, da un lato, l'introduzione dello *HRA* ha fatto propendere parte della dottrina nel senso di un tendenziale avvicinamento fra modelli britannico e statunitense⁴⁹, sotto diverso profilo, non emerge un giudizio completamente

Giustizia climatica e teoria dell'atto politico: tanto rumore per nulla, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2021.

⁴⁵ Ordinamento che non sarà oggetto di approfondimento nel presente lavoro. V., comunque, C. Saunders, *The Concept of Non-Justiciability in Australian Constitutional Law*, in D.J. Galligan (Ed.), *Essays in Legal Theory*, Carlton (Vic.), 1984, 29 ss.; C. Sim, *Non-justiciability in Australian Private International Law: a lack of 'Judicial restraint'?*, in *Melbourne J. Int'l L.* (2009).

⁴⁶ Ordinamento che non sarà oggetto di approfondimento nel presente lavoro. V., comunque, M. Cohn, *Formula and Constitutional Ethos: The Political Question/Justiciability Doctrine in Three Common Law Systems*, in 58 *Am. J. Compar. L.* 675 (2011) e bibliografia ivi indicata; A.L. Bendo, *Are there any Limits to Justiciability? The Jurisprudential and Constitutional controversy in Light of the Israeli and American Experience*, in 7 *Ind. Int'l & Compar. L. Rev.* 311 (1997).

⁴⁷ Per una ricostruzione del sistema inglese fino al 2005, v. A. Torre, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni e prospettive*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 317 ss.

⁴⁸ V. M. Keating, *A Constitutional Court?*, in www.centreconstitutionalchange.ac.uk, 2019; C. Lienen, *Judicial Constitutional Comparativism at the UK Supreme Court*, Cambridge, 2018.

⁴⁹ O. Chessa, *I giudici e il diritto*, cit., 264, spec. nota n. 34.

positivo della stessa in ordine alle sue modalità applicative e al seguito delle decisioni⁵⁰.

In relazione ai profili oggetto del presente saggio, nel contesto britannico la *justiciability/political question doctrine* non appare quale autonoma *doctrine* seguita dai giudici⁵¹. Non esiste, quindi, una “*political question doctrine*” sulla falsariga del modello americano; ciononostante si è enucleato il concetto di *justiciability* (o *non justiciability*) per definire le aree sottratte dal controllo giurisdizionale. Questioni intrinsecamente politiche, spesso inerenti le *Foreign relations* o alcune prerogative di altri poteri dello Stato, specie le c.d. *Royal prerogatives*, sono ascritte alla categoria della “*non justiciability*” siccome definita nel caso *Buttes Gas & Oil Co. v. Hammer* del 1982, ove si è anche precisato che il concetto di *justiciability* «is not one of discretion, but [...] inherent in the very nature of the judicial process»⁵² nel senso che imponendo restrizioni a se stessi, i tribunali riconoscono «i limiti della competenza giudiziaria e [...] la giusta demarcazione tra il ruolo dei tribunali e le responsabilità dell'esecutivo nell'ordine costituzionale»⁵³.

Ne consegue che i tribunali, caso per caso, riconoscono che gli organi politici possono essere più competenti ad assumere determinate decisioni e, in tali ipotesi si sottraggono dal decidere nel merito⁵⁴. Ma tale *modus operandi* non è che un'applicazione sostanziale della concezione “classica” della *political question doctrine* siccome definita nel contesto statunitense.

A livello giurisprudenziale, se prima del 1984 tutti i casi che riguardavano le prerogative reali esulavano dal controllo giudiziario⁵⁵, a partire dal 1985 si è assistito ad un mutamento di paradigma e l'*House of Lords*, con la decisione del caso *Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*, (c.d. *GCHQ case*), stabilì che gli esercizi della prerogativa reale erano in astratto giustiziabili, pur definendo, al contempo, alcune aree immuni dal sindacato giurisdizionale. In particolare, esulavano dal sindacato «[p]rerogative powers such as those relating to the making of treaties, the defence of the realm, the prerogative of mercy, the grant of honours, the dissolution of Parliament and the appointment of ministers [...] because their nature and subject matter are such as not to be amenable to the judicial process»⁵⁶.

Ancora più di recente si è avuta una ulteriore estensione dell'ambito del sindacato giurisdizionale, con la decisione del controverso caso *Miller*, nel 2019⁵⁷, con cui la *Supreme Court*, pur riconoscendo l'astratta non giustiziabilità delle questioni politiche, in concreto si è spinta a definire il

⁵⁰ O. Chessa, *ult. op. cit.*, 265.

⁵¹ M. Cohn, *Formula and Constitutional Ethos*, cit., 675 ss.

⁵² *Buttes Gas & Oil Co v Hammer* (No.3), [1982] A.C. 888, 932 (Lord Wilberforce).

⁵³ D. McGoldrick, *The Boundaries of Justiciability*, in 58 *Int'l & Compar. L.Q.* 981 (2010), 984.

⁵⁴ H.N. Lawrence, *A Comparative Study of the Political Question Doctrine in the Context of Political System Failures: The United States and the United Kingdom*, in 16 *Duke J. Const. L. & Pub. Pol'y* 213 (2021).

⁵⁵ Per una prospettiva diacronica, v. T.T. Arvind, L. Stirton, *The Curious Origins of Judicial Review*, in 133 *Sussex L. Rev.* 91 (2017).

⁵⁶ 2 *GCHQ*, [1985] AC 374 (HL).

⁵⁷ *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland* ([2019] UKSC 41), noto anche come caso *Miller II*.

merito della questione non solo riscontrando come i canali istituzionali e politici avessero mal funzionato nel caso concreto, ma adottando anche una linea argomentativa che appare estremamente difforme rispetto a quanto deciso, in una situazione analoga di mal funzionamento dei canali istituzionali e politici, dalla Corte suprema degli Stati Uniti, nel caso *Rucho v. Common Cause*⁵⁸.

In Irlanda, il concetto di *non justiciable political question* è invero estremamente limitato: solo due ambiti del diritto irlandese possono con certezza ritenersi esorbitare dalle competenze dei giudici: il controllo giurisdizionale della sostanza di una proposta di modifica della Costituzione⁵⁹ e la questione della regolare convocazione delle Camere del Parlamento (*Oireachtas*).

Tuttavia, pur procedendo a sindacare nel merito molte questioni⁶⁰, riducendo al minimo il “costo morale” sostenuto dall’esclusione del controllo giurisdizionale⁶¹ la Corte suprema irlandese si segnala per adottare un approccio cauto e deferente in relazione a molte questioni politiche e la giurisprudenza riconosce un ampio margine di discrezionalità tanto al potere legislativo, quanto al potere esecutivo, in relazione all’esercizio delle loro prerogative. Quindi, secondo parte della dottrina, a fronte di poteri formali molto solidi, la Corte suprema irlandese ha assunto nel tempo un «ruolo relativamente modesto nell’interpretazione e nell’applicazione della Costituzione»⁶².

3.2.3 L’approccio della Corte suprema canadese di fronte alle *political questions*

21

Il Canada, in relazione alla decisione di questioni dall’altro tasso di politicità, ha adottato un approccio di tipo sostanzialistico - c.d. *merit based* - e finanche “frammentato”, che ha portato a sostenere che la *justiciability* sia riconducibile a un «broader spectrum of judicial oversight»⁶³.

Formalmente in Canada non si è mai fatto espresso ricorso alla *political question doctrine* per non definire un caso, anzi, tale *doctrine* è stata espressamente rigettata dalla Corte suprema nel celebre caso *Operation Dismantle v. the Queen* del 1985, in cui si è sostenuto che «if a case raises the question of whether executive or legislative action violated the Constitution,

⁵⁸ 588 U.S. 684 (2019), per un commento, S. Filippi, *I casi di partisan gerrymandering non sono giustiziabili. La Corte Suprema USA invoca la political question doctrine in Rucho v. Common Cause*, in *Diritti Comparati*, 4 luglio 2019.

⁵⁹ P. Daly, *Political Questions’ and Judicial Review in Ireland*, in 2 *Jud. Stud. Inst. J.* 116 (2008).

⁶⁰ G. Hoga, D. Kenny, R. Walsh, *An Anthology of Declarations of Unconstitutionality*, in 54 *Irish Jurist* 1 (2015).

⁶¹ P. Daly, *Political Questions’ and Judicial Review in Ireland*, cit., 116 ss.

⁶² E. Daly, *Reappraising Judicial Supremacy in the Irish Constitutional Tradition*, in L. Cahillane, J. Gallen, T. Hickey (Eds), *Judges, Politics and the Irish Constitution*, Manchester, 2017, 29.; v. altresì, C. Casey, E. Daly, *Political Constitutionalism under a Culture of Legalism: Case Studies from Ireland*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 2021, 202 ss.

⁶³ L. Sossin, *The Unfinished Project of Roncarelli v. Duplessis: Justiciability. Discretion, and the Limits of the Rule of Law*, in 55 *McGill L.J.* 661 (2010), ma anche il caso *Operation Dismantle v The Queen*, [1985] 1 SCR 441 at 464-474.

then the question has to be answered by the court, regardless of the political character of the controversy [...] Disputes of a political or for any policy nature may be properly cognizable by the courts»⁶⁴.

Le Corti canadesi, allorché si sono trovate a rifiutare di definire determinate questioni, sono ricorse ai concetti di *ripeness*, *mootness* o di mera *non justiciability*. Tuttavia, esse hanno fatto una peculiare e sostanziale applicazione della *political question doctrine*, prevalentemente nella sua accezione classica e talvolta anche prudenziale⁶⁵ senza, quindi, adottare un approccio univoco o coerente.

Allorché sollecitati a valutare se questioni dall'altro tono di politicità potessero, e dovessero, essere oggetto di decisione, i giudici canadesi paiono essersi tendenzialmente arrestati ad una valutazione sull'idoneità delle questioni ad essere decise in ragione della presenza di sufficienti *judicial manageable standards*, da valutarsi da parte degli stessi giudici, ovviamente caso per caso, secondo criteri altamente malleabili. Pertanto, se, da un lato, i giudici canadesi hanno formalmente respinto la *political question doctrine*, dall'altro essi, in concreto, quando si sono rifiutati di sindacare alcune questioni o hanno mostrato un atteggiamento di deferenza verso le *political branches* o hanno agito secondo coordinate non così diverse rispetto a quanto accaduto negli Stati Uniti in sede di applicazione del limite di *political question*.

Uno dei casi emblematici che mostra la peculiare applicazione che la Corte suprema canadese ha fatto della *political question doctrine* è il celebre caso *Re secession of Québec*⁶⁶. La Corte ha ritenuto di non essere in grado di risolvere la questione politica della secessione del Québec mantenendo la legittimità dell'ordine costituzionale. Legittimità che, nel caso specifico, avrebbe richiesto l'adozione di una soluzione politica piuttosto che giuridica.

Tale approccio, tuttavia, pare non essere stato seguito in altre questioni relative ai rapporti fra federazione e entità federate (si v. *Reference re Canada Assistance Plan, British Columbia*⁶⁷).

Muovendo verso un tema molto attuale, la *climate change litigation*, è parimenti possibile identificare alcune assonanze fra approccio statunitense e canadese, quantunque sussistano alcune differenze sostanziali⁶⁸, in parte riconducibili alla minor chiarezza di approccio alle questioni politiche dei giudici canadesi, i quali spesso si rifanno alla concezione prudenziale della PQD, senza però ammetterlo, senza poter richiamare precedenti, come *Baker*

⁶⁴ *Opinion* del Justice Wilson

⁶⁵ R. Hamilton, *The Paradox of Political Questions in Canadian Aboriginal Law. Why Dickson v. Vuntut Gwitchin First Nation requires reconsideration of the political question doctrine in Canada*, in 2 *Const. F.* 53 (2022). Ma anche H.S. Wilkins, *The Justiciability of Climate Change: A Comparison of US and Canadian Approaches*, in 34 *Dalhousie L.J.* 529 (2011).

⁶⁶ [1998] 2 SCR 217, su cui, *ex multis*, G. Martinico, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Torino, 2018.

⁶⁷ [1991] 2 S.C.R. 525.

⁶⁸ I. Fernando, *Litigating Climate Change - Of Politics and Political Questions...*, cit., spec. 331 ss.

v. *Carr*⁶⁹, che seppur imprecisi, forniscono un ausilio interpretativo importante, conferendo, quindi, ai giudici un potere maggiore⁷⁰.

Anche con riferimento ai rapporti con le popolazioni indigene, in passato i giudici canadesi paiono aver implicitamente fatto applicazione della *political question doctrine* in relazione al rispetto della sovranità dello Stato⁷¹, secondo coordinate invero difformi rispetto a quanto avvenuto negli Stati Uniti d'America e, di recente, la Corte suprema canadese è stata investita di un caso, *Dickson v. Vuntut Gwitchin First Nation*⁷², che avrebbe potuto condurla a riconsiderare i profili applicativi della *political question doctrine* nel Paese.

Le corti inferiori avevano esteso la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* anche in relazione ai popoli indigeni che non ne avessero formalmente riconosciuto l'applicabilità, tuttavia, la questione è stata posta all'attenzione della Corte suprema, la quale si è trovata a dover sciogliere il delicato nodo del rapporto tra le leggi e le decisioni dei governi indigeni e i diritti garantiti agli individui dalla Carta canadese dei diritti e delle libertà.

Se in sede di giudizio di primo grado la *Vuntut Gwitchin First Nation* (VGFN) aveva invocato espressamente il limite di *political question*, sostenendo che la decisione di applicare la *Canadian Charter* alla *Vuntut Gwitchin Constitution* presentasse implicazioni politiche, morali e ideologiche, da definirsi in sede politica più che giurisdizionale, in grado di appello dinanzi alla YKCA, il VGFN non pare aver riproposto le medesime argomentazioni con la medesima forza, tuttavia esse sembrano desumibili implicitamente, e lo stesso dicasi in sede di giudizio proposto dinanzi alla Corte suprema⁷³. Il VGFN, infatti, ha sottolineato come solo un approccio di *self restraint* giudiziale dinanzi alla natura intrinsecamente politica della questione rispetterebbe il principio democratico e quello di autodeterminazione, nonché il rigetto di quella che è percepita come un'imposizione coloniale, con la conseguenza di non poter applicare la *Canadian charter of rights* in assenza di un espresso consenso dei governi dei popoli indigeni.

La questione è stata definita in tempi recentissimi, il 28 marzo 2024, e il *decisum* mostra chiaramente il difficile tentativo di interpretare la relazione fra i diritti e le libertà individuali declinati all'interno della *Canadian Charter*

⁶⁹ [369 US 186 (1962)].

⁷⁰ La scarsa coerenza in alcuni *reasoning* dei giudici canadesi è stata rilevata dalla dottrina in relazione alle *climate change litigations*: I. Fernando, *Litigating Climate Change...*, cit., spec. 331 ss. V. ad esempio i casi: *Friends of the Earth v Canada (Governor in Council)* 2008 FC 1183, [2009] 3 FCR 201 at [24]-[42]. La Corte suprema canadese si è rifiutata di definire il caso nel merito nel 2010. www.scc-csc.ca/case-dossier/info/sum-som-eng.aspx?cas=33469; *Reference re Impact Assessment Act*, 2023 SCC 23 o *World Wildlife Fund Canada et al. v. Minister of Natural Resources et al.* presentato nel 2022 e ancora pendente.

⁷¹ R. Hamilton, *The Paradox of Political Questions in Canadian Aboriginal Law*, cit., 53 ss.; in materia, v. anche M. Do, R. Schertzer, *How Should Courts Respond to Political Questions*, cit., 1 ss.

⁷² 2024 SCC 10.

⁷³ www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/39856/FM020_Respondent-Appellant_Cross-Appeal_Vuntut-Gwitchin-First-Nation.pdf.

con gli *indigenous collective rights* tutelati dall'art. 35 del *Constitution Act* del 1982⁷⁴.

Con una sofferta e complessa decisione, non scevra da profili di ambiguità, la maggioranza della Corte Suprema⁷⁵ ha ritenuto che la Carta si possa applicare alla VGFN, in quanto “*government by nature*” ai sensi dell'articolo 32, par. 1, della stessa.

Cindy Dickson, membro della *Vuntut Gwitchin First Nation* (VGFN) nello Yukon, aveva contestato la norma della sua First Nation secondo cui l'eleggibilità in seno alla propria comunità veniva connessa al possesso della residenza all'interno del territorio della VGFN, da conseguirsi al massimo entro due settimane dal giorno delle consultazioni elettorali⁷⁶, ritenendo che suddetto requisito violasse il principio di eguaglianza sancito all'art. 15 della *Canadian Charter*.

Contrariamente a quanto invocato dalla VGFN nei precedenti gradi di giudizio, la *Canadian Charter* è stata ritenuta applicabile anche ad una normativa posta in essere da una *self-governing First Nation*, tuttavia, in concreto, il ricorso è stato rigettato poiché, sebbene fosse riscontrata una violazione dell'art. 15 della Carta, essa doveva considerarsi espressione di un diverso diritto, sancito all'art. 25, che tutela l’“*Indigenous difference*” – intesa come «interests connected to Aboriginal cultural difference, Aboriginal prior occupancy, Aboriginal prior sovereignty, or Aboriginal participation in the treaty process» – determinando, di conseguenza, quello che è stato definito un “*irreconcilable conflict*”⁷⁷.

La Corte suprema, quindi, nonostante abbia rigettato le richieste di Dickson, si è riservata l'ultima parola in merito all'interpretazione dei rapporti fra diritti e libertà individuali e *aboriginal rights*, pronunciandosi per la prima volta sulla portata e sul funzionamento dell'articolo 25 della Carta⁷⁸

⁷⁴ Per un primo commento, v. D. Newman, *A Supremely Complex Decision. The Supreme Court of Canada's Dickson v. Vuntut Gwitchin Decision on Indigenous Governments and Canada's Charter of Rights* del 28.03.2024, in verfassungsblog.de/a-supremely-complex-decision/

⁷⁵ Composta dai giudici Nicholas Kasirer, Mahmud Jamal con Richard Wagner e Suzanne Côté (concurring). I giudici Msartin and O'Bonsawin JJ. hanno presentato una *dissenting opinion*, così come il giudice Rowe J.

⁷⁶ V. art. 11 della *Vuntut Gwitchin First Nation Constitution*, reperibile in www.vgfn.ca/library. La Dickson, per ragioni legate alle esigenze di lavoro e di cura del figlio, viveva a circa 800 km a sud della VGFN e non era disposta a trasferirsi.

⁷⁷ 2024 SCC 10.

⁷⁸ Rubricato “*Aboriginal rights and freedoms not affected by Charter*”.

Tale articolo stabilisce che «The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired». Negli anni la Corte suprema ha evitato di pronunciarsi sulla effettiva portata e sul funzionamento di tale disposizione e solo con la decisione in commento pare essersi espressa nel senso di negare che l'art. 25 possa operare quale “scudo assoluto” all'operatività dei diritti individuali sanciti nella Carta.

con una decisione che presumibilmente sarà oggetto di un significativo dibattito non solo a livello politico, ma anche dottrinale⁷⁹.

Alla luce di quanto sopra, emerge che se nel contesto canadese sono gli stessi popoli indigeni ad invocare la negoziazione politica e il *judicial self-restraint*, nel contesto statunitense i popoli indigeni hanno adottato argomentazioni di carattere quasi opposto, auspicando l'esercizio del *judicial review* sull'azione del Congresso federale al fine di consentire il controllo della Corte suprema su possibili abusi di potere. La U.S. *Supreme Court*, però, ha quasi sempre adottato un forte *restraint* in sede di sindacato sull'esercizio dei poteri federali sugli *indians affairs*⁸⁰.

Se, quindi, nel contesto canadese forme di applicazione della *political question doctrine* in passato potevano essere considerate, almeno in certi casi, quale "scudo" a protezione dell'autonomia dei popoli indigeni⁸¹, nel contesto statunitense un approccio di eccessivo *self restraint* giudiziale è stato collegato ad un *vulnus* delle loro prerogative.

In *Dickson* il rifiuto di fare applicazione della *political question doctrine*, nei primi due gradi di giudizio è stato considerato quale imposizione unilaterale di una disciplina di ispirazione coloniale, a riprova della ambiguità intrinseca dei profili applicativi di tale *doctrine*, mentre, in relazione alla decisione della Corte Suprema, si può *prima facie* sostenere che la decisione lasci irrisolti una serie di profili. Volendo semplificare, dalla decisione si ricavano tre diverse impostazioni che si estendono dal «sì, la Carta si applica, ma» della maggioranza, per cui la *Canadian Charter* trova applicazione, ma, in concreto, la normativa che impone il requisito della residenza è protetta dall'articolo 25; ad un «non possiamo creare zone libere dalla Carta» dei giudici dissenzienti Martin e O'Bonsawin⁸², fino all'ulteriore *dissenting opinion* del giudice Rowe secondo cui «l'applicazione della Carta è fondamentalmente in contraddizione con l'intero scopo dell'autogoverno»⁸³.

⁷⁹ La decisione è stata resa in coincidenza con la chiusura del presente saggio; pertanto, non è possibile dar conto del dibattito dottrinale emerso nelle more della pubblicazione.

⁸⁰ *Ex multis*: M. Fletcher, *Politics, Indian Law, and The Constitution*, in 108 *Cal. L. Rev.* 495 (2020); M. Steele, *Congressional Power and Sovereignty in Indian Affairs*, in 2 *Utah L. Rev.* 307 (2018); Id., *Plenary Power, Political Questions, and Sovereignty in Indian Affairs*, in 63 *UCLA L. Rev.* 666 (2016), ma v. anche W.J. Rich, *Modern Constitutional Law*, St. Paul (Minn.), 2011, 347; D. Wilkins, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice*, Austin, 1997; B.R. Berger, "Power Over This Unfortunate Race": *Race, Politics and Indian Law in United States v. Rogers*, in 45 *Wm. & Mary L. Rev.* 1957 (2004); P.P. Frickey, *Doctrine, Context, Institutional Relationships, and Commentary: The Malaise of Federal Indian Law through the Lens of Lone Wolf*, in 38 *Tulsa L. Rev.* 5 (2002); N.J. Newton, *Federal Power Over Indians. Its Sources, Scope, and Limitations*, in 132 *U. Pa. L. Rev.* 195 (1984).

⁸¹ V. ad esempio *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, [2017] SCC 58, par. 33.

⁸² I quali pur concordando con la maggioranza sul fatto che la Carta si applichi al contestato requisito della residenza, non sono però d'accordo sul fatto che tale requisito possa ricadere nell'alveo applicativo dell'art. 25 della Carta, non potendosi ritenere espressione della "*indigenous difference*" perché non è «aimed at recognizing the special status of Indigenous collectives within the broader Canadian state». decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/20353/index.do

⁸³ Il giudice Malcolm Rowe, muovendo da un approccio testualista, avrebbe respinto il ricorso di Dickson e sostenuto che l'articolo 32(1) regola chi è vincolato dalla Carta e afferma che essa si applica «only to the federal, provincial and territorial governments

Inoltre, il disaccordo fra i *Supreme Justices* investe anche una questione più fondamentale, relativa alla possibilità di stabilire quando i diritti collettivi e individuali siano in conflitto o meno. Pertanto, a prescindere dall'opzione che sarà accolta in futuro dalle corti, è opportuno un approccio cauto allorché una istanza di protezione (ed eventuale risarcimento) viene presentata da un membro di una comunità indigena avverso la propria comunità ed è auspicabile che i giudici procedano con estrema cautela per evitare di imporre inutilmente o involontariamente idee o principi giuridici incompatibili al sistema giuridico indigeno caratteristico della *Aboriginal community* coinvolta.

3.3 Le esperienze riconducibili alla tradizione giuridica di civil law

3.3.1 Profili di carattere generale

In relazione alle esperienze riconducibili alla tradizione giuridica di *civil law*, con un giudice costituzionale di ispirazione kelseniana, concepito nelle intenzioni quale legislatore negativo, l'individuazione giurisprudenziale di un limite di *political question* appare difficile da concepire dal punto di vista formale.

Al contempo, pare innegabile il riconoscimento di un ruolo di *judicial policy making* in capo agli organi di giustizia costituzionale in ragione delle modalità con cui esercitano le proprie prerogative, che li conduce ad una parziale distorsione del modello kelseniano e alla loro configurazione quali *positive legislators*, almeno in alcune occasioni.

In ordinamenti in cui il sindacato di costituzionalità è anche astratto e può talvolta intervenire prima dell'entrata in vigore di un atto normativo, i giudici costituzionali esercitano innegabilmente una funzione di *policy-making*⁸⁴.

Ma anche in ordinamenti in cui il controllo è successivo all'entrata in vigore di un testo normativo, o in ordinamenti in cui si combinano controllo astratto e controllo concreto, i giudici hanno iniziato ad operare quali *positive legislators*, non limitandosi ad un sindacato di tipo formale, ma introducendo forme di sindacato anche di tipo sostanziale, interfacciandosi variamente, *in primis*, con il legislatore, nonché con gli altri poteri dello Stato.

Tanto nei sistemi c.d. di *civil law* quanto in quelli c.d. di *common law* l'esercizio delle funzioni di giustizia costituzionale implica al contempo una componente giuridica ed una politica, ove con la prima si intende l'applicazione di una norma preesistente e con la seconda, la scelta di uno tra molti principi o politiche plausibili ai fini della risoluzione di una determinata questione costituzionale⁸⁵.

in respect of matters within their authority». decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/20353/index.do

⁸⁴ M. Rosenfeld, *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts*, in *Int'l J. Const. L.*, 4, 2004, 633 ss.

⁸⁵ In tal senso: M. Rosenfeld, *Just Interpretations: The Law between Ethics and Politics*, Berkeley (Ca.), 1998, spec. 74 ss. L'autore si segnala per aver adottato un posizione parzialmente difforme rispetto a quanto espresso da R. Dworkin (*The Model of Rules*, 35 *U. Chi. L. Rev.* 14 (1967)). Secondo Rosenfeld, infatti, avrebbero natura politica tanto le

Negli ordinamenti di *civil law*, sebbene lo sviluppo dei sistemi di giustizia costituzionale fosse originariamente concepito in termini deduttivi e non induttivi (come nei sistemi di *common law*), l'articolarsi della giurisprudenza delle Corti europee ha spinto parte della dottrina a ritenere che i giudici costituzionali operino secondo coordinate che presentano una componente di intrinseca politicità maggiore rispetto a quanto avviene nel contesto statunitense, quantunque, formalmente, i poteri interpretativi di cui dispongono siano più circoscritti. Ma è il giudice americano ad essere stato colpito maggiormente da critiche per la sua natura politica e il suo ruolo all'interno del sistema ordinamentale. Quali esempi possiamo citare il dibattito sulla *countermajoritarian difficulty*, le procedure di nomina dei giudici, l'estrema ricchezza di tecniche interpretative, il dibattito relativo all'*original intent* del costituente, l'attenzione per i *check and balances*, la diversa configurazione dei concetti di *rule of law*, *Rechtsstaat*, *état de droit* o stato di diritto, che impatta anche sul ruolo e i poteri del giudice costituzionale⁸⁶.

È poi opportuno ricordare che nei sistemi di giustizia costituzionale ascrivibili alla tradizione giuridica di *civil law* i giudici tendenzialmente non dispongono del potere di scegliere quali casi decidere, tuttavia hanno variamente sviluppato tecniche processuali o interpretative, finanche assimilabili a tecniche di non decisione o, *latu sensu*, di selezione dei casi, tecniche di modulazione degli effetti delle proprie decisioni e dei tempi delle decisioni che, in concreto, consentono loro di relazionarsi con i vari poteri dello stato apparato e /o stato ordinamento (per gli stati composti), finanche giungendo a "scegliere" di non decidere (o, al contrario, di decidere) questioni dall'alto tasso di politicità.

3.3.2 La Corte costituzionale italiana fra anima giurisdizionale e politica

In relazione al contesto nazionale, la Corte costituzionale si orientò verso l'assunzione di un ruolo astrattamente definibile *politico* in ragione delle particolari condizioni e tradizioni storiche dell'ordinamento, nell'ambito del quale, almeno durante i primi anni del suo operare, era necessario rinnovare il quadro della normativa pre-repubblicana alla luce dei nuovi principi costituzionali. Successivamente, fu il modularsi delle caratteristiche *miste* del modello di giustizia costituzionale a consentire al giudice delle leggi un significativo margine di discrezionalità.

Pertanto, considerare le modalità di approccio della Corte costituzionale alle questioni aventi un significativo tasso di politicità impone di effettuare qualche breve riflessione sul generale rapporto fra Corte costituzionale e sfera politica, al fine non tanto di disvelare qualcosa che in realtà pare ovvio – la stretta relazione fra politica e giustizia costituzionale – quanto, piuttosto, di offrire spunti costruttivi per la contestualizzazione della funzione della giustizia costituzionale nell'ambito della nostra forma di governo. Se è vero che il giudice costituzionale opera quale elemento che nel sistema ordinamentale si pone in funzione di integrazione ed unità, è

policy choices quanto le scelte fra principi, mentre per Dworkin quest'ultime si connoterebbero comunque per la natura intrinsecamente giuridica.

⁸⁶ M. Rosenfeld, *Constitutional Adjudication in Europe and the United States*, cit., 633 ss.

altrettanto consolidata l'idea che non per questo esso possa ingerirsi apertamente nel conflitto sociale o politico, dovendo, al contrario, garantire e far valere i principi costituzionali storicamente acquisiti. Non giudice che contrasta i conflitti - dalla natura che si può leggere come meramente "antimaggioritaria" o, al contrario, "maggioritaria-fiancheggiatrice" - ma giudice che, dando forma ed espressione concreta ai principi e valori costituzionali come storicamente affermatasi, è in grado di dirimere tali conflitti ogniquale volta essi coinvolgono il piano costituzionale⁸⁷. La Corte costituzionale si troverebbe, così, ad essere un "contropotere"⁸⁸ con un vincolo di scopo costituzionalmente imposto: la garanzia dell'unità costituzionale.

In tale opera di garanzia la Corte non è certo un attore meramente passivo, ma organo attivo di promozione del sistema costituzionale, quantunque solo a condizione di rimanere estranea al magma del conflitto politico, ancorando la legittimazione del proprio operato direttamente alla Carta fondamentale, alla forza delle sue disposizioni, oltre che, almeno in certa misura, al consenso (*rectius*, legittimazione) che gli proviene dal consenso sociale del contesto nella quale si trova ad operare⁸⁹.

Tuttavia, è altrettanto palese l'influenza politica *de facto* del giudice costituzionale, ormai così lontano da quel "legislatore negativo" di kelseniana memoria. Organo «non insensibile alle sirene della politica», che nei fatti persegue «una sua *politica costituzionale* prevalentemente (seppur non esclusivamente) volta all'obiettivo di salvaguardare la *politica tout court*»⁹⁰, facendo valere le *ragioni della costituzione* e la legalità costituzionale, garantendo il rispetto degli equilibri costituzionali e dei principi fondamentali dell'ordinamento.

⁸⁷ Si veda, a tal proposito diffusamente G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Torino, 2009.

⁸⁸ G. Azzariti, *Concezione della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (cur.), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005, 879 ss. L'autore sostiene anche che «solo una Corte contropotere ha permesso di limitare gli abusi maggioritari, riuscendo a mediare i conflitti politici quando hanno invaso il piano nobile della costituzione» (*ivi*, 895).

⁸⁹ A tal proposito, evocativa è la dottrina statunitense del *popular constitutionalism*, su cui L.D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, 2004. In letteratura italiana, di recente, cfr. O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., spec. 201 ss., ma cfr. anche: Id., *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (cur.), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 17 ss. nonché M. Fiorillo, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (cur.), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 90 ss. Si veda altresì F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, cit., 527 ss., il quale sottolinea come l'assenza di una legittimazione popolare diretta abbia spinto la Corte a ricercare una diversa legittimazione «attraverso il rapporto diretto e l'alleanza con le forze sociali, anche le più diverse ed emarginate e magari proprio in quanto opposte e tra loro confliggenti, con garantire per ciascuna di esse un minimo di equilibrato controllo sulla dinamica degli interessi in gioco delle soluzioni legislative prospettate», 581-582.

⁹⁰ A. Ruggeri, *La Corte costituzionale davanti alla Politica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2010, 38. In senso conforme, Id., *La Corte e le sirene della politica (frammenti di uno studio su esperienze e tendenze della formazione e politicità dei giudizi di costituzionalità)*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (cur.), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 664 ss.

L'organo di giustizia costituzionale, per la varia tipologia di funzioni che è chiamato ad esercitare, si trova, quindi, a rapportarsi variamente con la sfera politica e finanche a contribuire, come si è sostenuto, alla sostanziale determinazione di quello che è l'indirizzo politico del Paese⁹¹, relazionandosi con i suoi legislatori (nazionale e regionali) attraverso il ricorso ad una panopia di tipologie di decisioni, di tecniche processuali – che consentono, sia il governo dei tempi della decisione, sia il controllo sui requisiti di ammissibilità delle questioni (e finanche forme di manipolazione del parametro)⁹² – le quali, unitamente al ricorso a strumenti di natura sostanziale (quale il giudizio di ragionevolezza), gli hanno permesso di disporre di uno strumento discrezionale di “auto-normazione”⁹³, nonché una penetrazione crescente negli ambiti tradizionalmente considerati di dominio esclusivo della politica. Come efficacemente osservato, «tutte le grandi questioni politiche che sono state affrontate in Italia dal dopoguerra ad oggi hanno finito per coinvolgere la Corte» le cui pronunce «hanno orientato il dibattito politico verso i grandi temi sui quali il Parlamento si è trovato a decidere»⁹⁴.

Fra i fattori che maggiormente hanno consentito l'acquisizione di un ruolo *politico* del giudice costituzionale va contemplato il rilevante grado di frammentazione e disomogeneità che, fin dai primi anni repubblicani, ha connotato il sistema politico nazionale, favorendo l'acquisizione di un ruolo attivo di *supplenza* degli organi di garanzia (Corte costituzionale, ma anche, almeno in certa misura, Presidente della Repubblica) nei confronti degli organi del potere politico (circuito Parlamento-Governo)⁹⁵. L'erompere della crisi partitica dei primi anni Novanta con la conseguente trasformazione radicale del sistema politico nazionale⁹⁶ e la perdurante difficoltà normativa del circuito maggioranza parlamentare-governo, unitamente alla difficoltà di un articolarsi equilibrato dei rapporti fra i poteri hanno portato la Consulta

⁹¹ A tal proposito si veda il contributo di C. de Fiore, *Corte, Legislatore e indirizzo politico*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio (cur.), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 181 ss.

⁹² Sul punto A. Ruggeri, *La Corte costituzionale davanti alla Politica*, cit., spec. 46.

⁹³ A. Spadaro, *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali*, cit., 124.

⁹⁴ E. Grosso, *Parlamento e Corte costituzionale*, in L. Violante (cur.), *Il Parlamento, Storia d'Italia*, Torino, 2001, 445.

⁹⁵ Per maggiori approfondimenti sul punto E. Cheli, *Il ruolo “politico” della Corte Costituzionale italiana nella prospettiva comparatistica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2010, 31 ss., spec. 33. Interessanti sono anche le osservazioni di A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali VIII*, 2015, 263 ss., spec. 339 ss., che ha evocato il concetto di “giurisdizionalizzazione della politica” per descrivere l'azione sia dell'organo di giustizia costituzionale, sia della magistratura ordinaria, volta a fornire adeguate risposte alla fragilità delle istituzioni di governo. Più di recente v. anche A. Spadaro, *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali*, cit., il quale ha ricordato come il Parlamento e il Governo «spesso [...] decidono di non decidere proprio per evitare cali nel consenso elettorale, preferendo “delegare” alla Corte o all'UE la risoluzione di molti problemi», (*ivi*, 123).

⁹⁶ Trasformazione agevolata dall'adozione di riforme elettorali che hanno determinato il forte ridimensionamento e, quando non la vera e propria scomparsa, delle forze politiche che fino a quel momento erano state alla guida del Paese.

ad intervenire anche con vigore operando scelte di natura definibile politica⁹⁷ e incrementando le sue funzioni arbitrali in sede di definizione dei conflitti fra i poteri.

Più di recente, la crisi economica che ha attanagliato il Paese per molti anni, unitamente ad alcuni interventi in settori ritenuti politicamente sensibili, quali quello elettorale, e la crescente difficoltà di tenuta dell'Unione Europea, hanno condotto il giudice costituzionale ad attraversare uno di quei periodi definiti di «turbolenza della politica» e «fragilità della Costituzione»⁹⁸ in cui la possibilità che la Corte sia trascinata nell'agone politico si fa più forte e in cui alto è il rischio di una possibile torsione del modello di giustizia costituzionale e in cui essa è chiamata a difendere con maggior forza la propria legittimazione ed il proprio ruolo nell'ordinamento.

Nei decenni il Giudice delle leggi è, pertanto, divenuto protagonista di una giurisprudenza che segue direttrici a volte non immediatamente riconducibili al modello costituzionale formale, in un contesto in cui il rapporto con la sfera politica non ha mancato di evidenziare alcuni significativi disequilibri⁹⁹, spesso derivanti dal modo in cui la Corte decide, e dalla conseguente imprevedibilità degli esiti giurisprudenziali.

A ciò si aggiunga la debolezza, in punto di motivazione, di molte decisioni che ne diluisce la giustificazione sostanziale e testimonia una «tendenza ad un'accentuata colorazione politica della giurisprudenza» costituzionale¹⁰⁰.

Il frequente ricorso a un articolato ventaglio di tipologie di decisioni, enucleate *ex facto* dal giudice delle leggi, determina un intreccio fra tecniche processuali e valutazioni di merito pressoché inscindibile, che attribuisce alla Corte una elasticità di manovra e finanche un tasso di discrezionalità (da manifestarsi tanto quale *judicial activism*, quanto quale *self restraint*) estremamente ampi e talvolta sviluppatisi secondo dinamiche non coerenti¹⁰¹.

⁹⁷ A tal proposito sono emblematiche le decisioni adottate in tema di ammissibilità di alcuni referendum abrogativi aventi ad oggetto la normativa elettorale. Ci si riferisce, in particolare, a quelle decisioni che, agli inizi degli anni novanta del secolo scorso, hanno portato all'abbandono del principio proporzionale che fino a quel momento era stato il *dominus* della normativa elettorale. Su questi temi diffusamente, *ex multis* A. Barbera, G. Guzzetta (cur.), *Il governo dei cittadini. Referendum elettorali e riforma della politica*, Soveria Mannelli, 2007; nonché R. Bin (cur.), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino, 1999.

⁹⁸ G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 126.

⁹⁹ Emblematico pare il caso di cui alla sent. n. 178 del 2015, ove la Consulta non solo ha modulato gli effetti della propria decisione secondo una dinamica che ha fatto sfumare la concretezza del giudizio in via incidentale, ma ha assunto tale decisione senza un sostegno motivazionale forte. In dottrina su questo caso, *ex multis* A. Ruggeri, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più sregolata dei suoi processi*, in *Questione Giustizia*, 27 Luglio 2015; R. Pinardi, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta»?*, in *Forum Quad. Cost.*, 1 settembre 2015. Ma v. anche le sentt. nn. 10/2015 o 70/2015.

¹⁰⁰ A. Ruggeri, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più sregolata dei suoi processi*, cit., 3.

¹⁰¹ Si possono ricordare, ad esempio, le decisioni della Corte costituzionale nn. 1/2014, 35/2017, o 178/2015.

La doppia natura, ad un tempo giuridica e politica della giurisdizione costituzionale, non appare, comunque, espressione di una «distorsione del modello costituzionale di riferimento, quanto piuttosto, una necessaria conseguenza di esso. La Corte di solito pare attenta a non entrare formalmente nell'agone politico, evitando di schierarsi apertamente nel gioco delle forze politiche»¹⁰², al contrario, ferma a ribadire le proprie garanzie di indipendenza, che ha potuto sviluppare e difendere grazie al modello tracciato dai padri costituenti e, almeno per quel che concerne il tessuto delle libertà e dei diritti fondamentali, tendenzialmente radicandosi in quel tessuto sociale la cui difesa suscita il consenso dell'opinione pubblica.

A tal proposito, si concorda con quella dottrina secondo cui l'indipendenza e l'autorevolezza della Corte nel sistema rappresenterebbero due delle condizioni necessarie a consentirle di svolgere efficacemente il ruolo *arbitrale*, e anche politico, che ha svolto in un contesto istituzionale caratterizzato da un alto livello di conflittualità politica¹⁰³.

La Corte trarrebbe parte della propria legittimazione dal suo essere organo non recessivo rispetto a quello legislativo, ma ad esso complementare¹⁰⁴.

Come evidenziato in letteratura¹⁰⁵, tuttavia, conciliare politica e giurisdizione è attività intrinsecamente complessa e problematica, innanzitutto poiché la Consulta è investita del potere di incidere sulla legge, potere, questo, che delinea un tipo di controllo giurisdizionale solo nella forma (in quanto esercitato attraverso lo strumento del processo, che si svolge davanti ad un giudice imparziale), mentre nella sostanza si tratta di un controllo connotato da un'intrinseca componente di politicità, essendo spesso diretto ad eliminare atti del potere politico, quali sono le leggi.

Inoltre, come è noto, la relazione fra politica e giurisdizione costituzionale non si esaurisce nell'esercizio del sindacato di legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, ma si esprime anche quando la Corte si trova a dover definire i giudizi di ammissibilità sul referendum abrogativo¹⁰⁶.

¹⁰² S. Cassese, *Dentro la Corte*, Bologna, 2015, 33, ha affermato, a tal proposito, che «la Corte costituzionale si interessa di politica sotto specie di diritto, attraverso il diritto – riconduce i conflitti politici a criteri di ragionevolezza, logica e coerenza».

¹⁰³ E. Cheli, *Il ruolo "politico" della Corte Costituzionale italiana nella prospettiva comparatistica*, cit., 35.

¹⁰⁴ Nel senso di una Corte che opera quale «legislatore positivo parallelo e complementare con quello del Parlamento»: F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 527 ss., 582 e Id., *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 1981, 1646 ss.

¹⁰⁵ Su tutti E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996.

¹⁰⁶ Emblematica a tal proposito è la vicenda conclusasi con la sentenza n. 13 del 2012, su cui, M. Ruotolo, *Un' inammissibilità "annunciata"?*, in *Federalismi.it*, 3, 2012, 1 ss. Sulla problematicità della competenza a definire il giudizio di ammissibilità sul referendum abrogativo si vedano, *ex multis*: E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, 271 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., 485 ss.; A. Barbera, A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003; M. Luciani, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. Branca, A. Pizzorusso (cur.), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, I, t. II, Bologna, 2005, 599 ss. Parte della dottrina [A. Ruggeri, *La Corte costituzionale davanti alla Politica*, cit.,

Altra competenza che costituisce un «punto di osservazione privilegiato» in relazione ai delicati rapporti fra Corte costituzionale e sfera politica è quella relativa ai conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato¹⁰⁷, poiché non solo si tratta di conflitti che vedono coinvolti organi di rilevanza costituzionale, ma è competenza che, come è stato acutamente osservato, evidenzia in modo molto netto «la stessa problematica configurazione della Corte costituzionale quale organo giurisdizionale di legittimità...o, piuttosto, quale strumento di garanzia tra gli altri previsti a livello costituzionale»¹⁰⁸. Fra gli ambiti più politicamente sensibili con i quali la Corte si è confrontata in sede di definizione di conflitti interorganici si annoverano quelli incidenti sul regime delle immunità costituzionali¹⁰⁹ o in materia di segreto di stato¹¹⁰.

spec. 43 ss.] ha evidenziato come tale tipologia di giudizio si configuri come un abile gioco di mediazioni che la Corte costituzionale «effettua tra la politica dei rappresentanti e la politica dei rappresentati». Per una panoramica storico ricostruttiva della principale giurisprudenza in materia cfr. altresì P. Carnevale, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull'eredità di una «storica» sentenza.*, in A. Pace (cur.), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 145 ss.

¹⁰⁷ Di recente, F. Fabrizzi, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra poteri*, Torino, 2019. V., altresì, T.F. Giupponi, *La Corte dei conflitti, al crocevia tra giustizia e politica*, in *Percorsi costituzionali*, 2/3, 2010, 79. Secondo l'Autore «il giudizio sui conflitti è apparso sin dai primi casi una delle problematiche 'zone d'ombra' del diritto costituzionale: quella relativa ai limiti dell'autonomia e della politica con particolare riferimento all'esercizio della giurisdizione ordinaria» (ivi, 79). Ipotesi emblematiche che palesano la tensione fra Corte costituzionale e sfera politica possono essere considerate le decisioni inerenti le immunità dei parlamentari o dei consiglieri regionali (*ex multis*: sent. n. 1150/1988, ma anche sentt. nn. 10 e 11 del 2000 o sentt. nn. 195, 235 e 301/2007); il c.d. caso Mancuso (sent. n. 7/1996, vertente sulla possibilità di configurare la c.d. *sfiducia individuale*), ma anche la sent. 1/2013 (in materia di intercettazioni telefoniche che coinvolgevano il Presidente della Repubblica), o la sent. n. 200/2006 (in materia di concessione del potere di grazia). Si tratta di casi che rendono evidente l'influenza della Consulta sulla articolazione della forma di governo. L'analisi degli *structural cases* statunitensi porta a riflettere sulle similitudini che possono essere individuate fra ordinamento statunitense e nazionale. Va, a tal proposito, rilevato come, nonostante le differenze strutturali fra i due ordinamenti, la nostra Corte costituzionale operi in funzione arbitrale nei confronti dei vari poteri dello Stato influenzando, anche significativamente gli equilibri, e, in generale, la dinamica della forma di governo. Se non paiono ravvisabili i semi di una *political question doctrine* in relazione alla definizione dei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato, tuttavia si riscontrano comuni argomentazioni che fanno leva sul principio di separazione (ed equilibrio) fra i poteri e sulla comune necessità di individuare costanti punti di compromesso istituzionale che consentano l'ordinato svolgimento dell'architettura costituzionale. Altro profilo di similitudine attiene all'"elasticità" caratterizzante l'approccio delle due Corti, specialmente per quanto attiene all'individuazione delle fattispecie di conflitto e dei soggetti abilitati a sollevarlo. Per maggiori approfondimenti in merito ai parallelismi e alle asimmetrie fra l'ordinamento statunitense e quello italiano sia consentito rinviare a C. Drigo, *Le corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, cit. e alla bibliografia ivi indicata.

¹⁰⁸ T.F. Giupponi, *La Corte dei conflitti, al crocevia tra giustizia e politica*, cit., 79.

¹⁰⁹ V. *supra* i casi indicati alla nota n. 106.

¹¹⁰ Es sentt. nn. 86/77; 110/1998, 410/1998, 487/2000, 404/2005, 106/2009. Sul punto si recente G. Campanelli, *La Corte costituzionale tra anima "politica" e anima "giurisdizionale": le evidenti e perduranti oscillazioni nella materia del Segreto di Stato e i*

A ciò si aggiunga che un ulteriore fattore di politicità intrinseca che caratterizza l'azione del giudice costituzionale (e di molti altri giudici europei) deriva dal relazionarsi con l'ordinamento UE e finanche con il sistema CEDU. Infatti, la protezione dei diritti fondamentali rappresenta oggi il terreno più fertile di scambio (e talvolta scontro) comunicativo con le Corti europee¹¹¹, elemento questo che, per le indubbie ricadute ordinamentali, specialmente sul piano della sovranità, rendono la giurisprudenza della Corte costituzionale potenzialmente molto più politica di quella della Corte suprema statunitense.

Studiare i rapporti fra Corte costituzionale e sfera politica rende evidente la connessione fra teoria della giustizia costituzionale e teoria dell'interpretazione costituzionale e consente di gettare una luce un poco più chiara su una questione che è di somma importanza per l'inquadramento della giustizia costituzionale nelle sue giuste proporzioni. Come efficacemente osservato, infatti, «[c]he la giurisdizionalizzazione della vita politico costituzionale sia un'aspirazione conforme a esigenze reali è un fatto; che però la pretesa di 'giuridificare' tutta la vita politica sotto un ipertrofico potere giudiziario sia assurda e, alla fine, contraria all'essenza della politica, come spontaneità, è altrettanto chiaro. Ecco l'esigenza di distinzioni e limitazioni»¹¹². Il modello si presenta, quindi intrinsecamente e ontologicamente duttile e aperto, e il limite delle *political questions* si può considerare, così, quale valvola di sfogo del sistema costituzionale, cui ricorrere con estrema prudenza.

Pare comunque possibile rinvenire un'analogia tra la *political question doctrine* di matrice statunitense e il divieto di sindacato sulla discrezionalità del legislatore - inteso quale criterio di selezione di casi "scomodi" o dall'alto tasso di politicità, dal momento che, in entrambi gli ordinamenti si tratta di strumenti che ineriscono ai limiti del controllo di costituzionalità. Inoltre, punti di affinità fra i due limiti in analisi risiedono anche nel fatto che entrambi si possono ricondurre alla volontà delle Corti di disporre di uno strumento flessibile di cui servirsi per calibrare al meglio gli interventi ritenuti necessari per assicurare il rispetto e l'attuazione della Costituzione¹¹³. In entrambe le esperienze, infine, il ricorso ai limiti in esame ha suscitato critiche, anche forti, in dottrina e ha conosciuto alterne fortune in considerazione del variare delle contingenze politiche o per specifiche ragioni di opportunità. Tuttavia, è vero anche che sussistono differenze importanti che non è possibile non considerare in sede di comparazione fra i due sistemi. Si tratta di differenze che risiedono non solo nel fatto che la Corte Suprema degli Stati Uniti è anche il vertice del potere giudiziario federale, ma anche nel fatto che la *political question doctrine* è «primarily a

fronti di discussione ancora aperti, in R. Romboli, *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 259 ss.

¹¹¹ Di recente v., ad esempio, Corte EDU, *Viola c. Italia* del 2019, in materia di ergastolo ostativo.

¹¹² G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 61.

¹¹³ A. Sperti, *Corti Supreme e conflitti fra poteri spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Giappichelli, 2005, spec. cap. II. Sull'affinità tra limite delle *political questions* e discrezionalità del legislatore si veda inoltre C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1461.

function of the separation of powers»¹¹⁴. Le considerazioni inerenti alla configurazione del principio di separazione dei poteri formulabili con riferimento al sistema statunitense non sono immediatamente trasponibili nel nostro ordinamento: *in primis* poiché l'argomento della divisione di poteri non sembra utilizzabile con la stessa forza persuasiva che sul suolo americano, ove il controllo di costituzionalità è una creazione giudiziaria e ove il sistema costituzionale si è visto essere costruito *ab origine* su una distinzione abbastanza netta dei poteri.

Nei sistemi quale quello italiano, in cui il controllo di costituzionalità non è affidato al potere giudiziario, bensì ad un giudice specializzato, si rivela infatti meno intuitivo considerare il coinvolgimento dell'organo di giustizia costituzionale in questioni che involgano profili politici come un'ingerenza del potere giudiziario. Parrebbe, così preferibile approcciarsi alla tematica considerando le specificità del particolare disegno costituzionale e della configurazione del controllo di costituzionalità. Nel nostro ordinamento il classico principio di separazione dei poteri non solo non è espresso in termini così rigidi come in quello americano, ma è anche stato a più riprese contraddetto, sia per valorizzare il principio collaborativo, sia per la non perfetta corrispondenza tra poteri e funzioni¹¹⁵. Pertanto, in Italia, la determinazione dei limiti e la pregnanza del controllo della Corte, più che desumibile dal principio di separazione dei poteri, è da ritenersi compito della Costituzione o di altre fonti legittimate e, se si condivide questa ricostruzione, lo stesso art. 28 della legge n. 87 del 1953, troverebbe una sua ragion d'essere come disposizione immediatamente integrativa della fonte costituzionale.

A livello concreto, nel contesto nazionale, profili di assonanza con la *political question doctrine* possono essere rinvenuti in alcune decisioni di natura processuale, emergendo una *lack of jurisdiction* nelle decisioni di inammissibilità (semplice o manifesta) o infondatezza (semplice o manifesta).

Pare sia evidente la difficoltà esegetica emersa in sede di analisi delle pronunce di inammissibilità che presentano profili per certi versi assimilabili a quelli desunti dalla dottrina statunitense in tema di esercizio del potere di autolimitazione della Corte Suprema. Tali pronunce non sembrano riconducibili all'interno di uno schema rigorosamente definibile di esercizio di una *political question doctrine* in ragione della fluidità dei criteri discretivi utilizzati dalla Corte costituzionale. Tuttavia, siffatte decisioni consentono di constatare l'esistenza incontrovertibile di un tentativo del giudice costituzionale di individuare i limiti strutturali del controllo di costituzionalità delle leggi.

Inoltre, la "promiscuità" e ambiguità delle modalità di ricorso alle decisioni di inammissibilità o di infondatezza, allorché la Corte si trova a voler rifiutare la decisione di un caso per rispetto della discrezionalità legislativa, portano a ipotizzare che il giudice costituzionale palesi l'esigenza

¹¹⁴ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 210 (1962).

¹¹⁵ P. Costanzo, *Legislatore e Corte Costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giustizia costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta online*, 2006, 1 ss.

di poter disporre anche di una tipologia di decisione “intermedia” tra la sentenza di infondatezza e quella di accoglimento¹¹⁶.

Si ritiene, pertanto, che anche con le decisioni con cui la Consulta si astiene dal pronunciare una decisione di merito, ma opta per l’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, essa intende comunque fornire una precisa linea d’azione che pone il Parlamento al centro del disegno costituzionale ed unica sede nella quale possono avere luogo quelle mediazioni o quei compromessi essenza dello svolgersi delle relazioni fra maggioranza e minoranza ed importante espressione del principio democratico.

In considerazione delle riflessioni svolte sinora si può, quindi, concludere che nel nostro ordinamento, pur non potendosi configurare una *political question doctrine*, tuttavia una forma embrionale di questa può essere rinvenuta nella peculiare (e del tutto atipica) modalità di selezione dei casi, nei termini descritti, da integrarsi con tutti gli altri strumenti di cui dispone la Corte per relazionarsi con la sfera politica e per svolgere le articolate competenze e funzioni che le sono assegnate.

Esistono, poi, degli ambiti materiali in cui si può ravvisare una maggior incidenza (senza che ciò implichi necessariamente un atteggiamento di *self-restraint*) del riconoscimento della sfera riservata alla discrezionalità politica. Ci si riferisce alla regolazione del processo, incontestato dominio del legislatore; alla tutela penale ed al diritto dell’immigrazione; alla sfera dei diritti, ove invero si sono osservate, quantomeno in alcuni settori forme di attivismo anche significative: due esempi paradigmatici: la sfera di tutela dei diritti sociali e i diritti delle coppie omosessuali. Ancora, la materia elettorale¹¹⁷ e finanche le sfide poste dallo sviluppo scientifico e le questioni etiche¹¹⁸.

¹¹⁶ Ipotesi già introdotta da M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, 1984, 209 e sviluppata da A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Milano, 1988, 125 ss., spec. 126.; ma anche da E. Rossi, *Corte Costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (cur.), *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, Torino, 2011, 333 ss. il quale rileva «la necessità di rinvenire un *tertium genus* all’interno della classica distinzione fra pronunce processuali e di merito».

¹¹⁷ Si possono citare, ad esempio, le decisioni n. 1/2014 o 35/2017 (per un commento, *ex multis*, F. Lanchester, *Il corpo elettorale tra recessione del principio elettivo e ruolo delle corti. Riflessioni sul caso italiano*, in F. Lanchester, R. D’Orazio, *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana*, Padova, 2018, 8 ss., spec. 22-23; A. Spadaro, *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, cit., 117 ss., A. Morrone, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?* (13 ottobre 2023), relazione presentata al Convegno nazionale dell’AIC, 2023, www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/2023_Brescia/Andrea_Morrone.pdf, spec. 6 ss.

¹¹⁸ Sul c.d. caso Cappato (Sent. 242/2019), v. A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 2019, 1 ss.; M. D’Amico, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020, 1 ss.; C. Tripodina, *La “circoscritta area” di non punibilità di*

In molti di questi ambiti, comunque, la Corte costituzionale ha talvolta dimostrato di non volersi esimere da pronunce che presentano un alto tasso di politicità intrinseca, talvolta giungendo a “forzare” il dato normativo vigente¹¹⁹.

3.3.3 Il *Bundesverfassungsgericht* tedesco dinanzi alle questioni politiche

Caratterizzato da ampi ed articolati poteri¹²⁰, il *Bundesverfassungsgericht* tedesco (BVerfGE), anche in ragione della particolare concezione del *Rechtsstaat*, o meglio *Verfassungsstaat*, siccome configuratosi nel contesto politico-culturale da cui il Tribunale è sorto nella sua forma attuale nel dopoguerra, non può esimersi dal decidere una questione di diritto costituzionale in ragione delle sue implicazioni “politiche”. Non è formalmente configurabile, pertanto, una *political question doctrine*.

Come è stato osservato, in Germania «nulla di ciò che viene fatto dal governo esula del controllo giudiziario»¹²¹ e «poiché il *Verfassungsstaat* comprende non solo regole e norme costituzionali, ma anche valori costituzionali come la dignità umana, e poiché prescrive non solo diritti soggettivi, ma anche ordini oggettivi, il Tribunale costituzionale tedesco ha assunto un ruolo oneroso che lo proietta, almeno in parte, ad essere un legislatore positivo incline a dettare politiche»¹²².

Tale ampiezza di sindacato comporta anche rilevanti conseguenze politiche delle decisioni del Tribunale costituzionale: conseguenze di cui esso pare esser consapevole, allorché si è trovato a decidere questioni vertenti su determinati ambiti (come quello riguardante le *external relations*¹²³, talvolta il diritto europeo, le politiche economiche, il diritto elettorale o l'esercizio

aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata, in *Corti supreme e Salute*, 2, 2019, 1 ss.; M. Bonini, *From separation of powers to superiority of rights: the Italian Constitutional Court and end of life decisions (the Cappato Case)*, in M. Belov (Ed.), *Courts, Politics and constitutional Law*, cit., 103 ss.

¹¹⁹ Come nel caso della sent. 1/2014 v. *supra* nota 116.

¹²⁰ Per una panoramica del sistema di giustizia costituzionale tedesco, v. F. Palermo, *La giustizia costituzionale in Germania*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, cit., 145 ss. Più di recente anche M. Jestaedt, *The Karlsruhe Phenomenon: What Makes the Court What It Is*, in Id. (Ed.), *The German Federal Constitutional Court: The Court Without Limits*, Oxford, 2020, 32 ss.; R. Weber, *Law-making activity of the German Federal Constitutional Court. A case-law study*, in M. Florczak-Wator (Ed.), *Judicial law making in European Constitutional Courts*, London-New York, 2020, 28 ss.; A. Faraht, *The German Federal Constitutional Court*, in A. von Bogdandy, P. Huber, C. Grabenwarter (Eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, III, Constitutional Adjudication. Institutions*, Oxford, 2020, 279 ss.

¹²¹ T.M. Franck, *Political Questions Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign affairs*, Princeton N.J., 2012, 110.

¹²² M. Rosenfeld, *Constitutional adjudication in Europe and the United States*, cit., 640 ss.; ma v. anche D.P. Kommers, *The Federal Constitutional Court: Guardian of German Democracy*, in 603 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* 111 (2006); B. Schlink, *German Constitutional Culture in Transition*, in 14 *Cardozo School of Law* 711 (1993); C. Landfried, *The Judicialization of Politics in Germany*, in 15 *Int'l Pol. Sci. Rev.* 113 (1994).

¹²³ Es. BVerfGE 4, 157.

del potere di sciogliere le Camere)¹²⁴, sviluppando un approccio di tendenziale (ma non esclusivo, anzi) *self restraint* che lascia un rilevante margine di apprezzamento al legislatore e, più in generale, alle scelte politiche¹²⁵.

In relazione ad altri settori, il giudice costituzionale pare, al contrario, esser noto per il suo attivismo, specialmente in ambiti in cui non vi sono chiare disposizioni costituzionali¹²⁶. Come ricordato da uno dei suoi giudici, U. Steiner, il silenzio della Costituzione non può ridurre al silenzio i giudici costituzionali¹²⁷ ed esempi di attivismo giudiziale si riscontrano in materia fiscale o in relazione ai diritti (come la dec. del 1975 che contrappose il diritto alla vita all'aborto¹²⁸), finanche esprimendo varie e proprie opzioni politiche fra più possibili o comunque tenendo conto dell'evoluzione del contesto sociale (come in relazione al riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, ove si riscontra una significativa evoluzione giurisprudenziale: dalla stigmatizzazione all'*equal treatment*¹²⁹).

Nell'approccio ad alcuni atti di derivazione europea o ad atti che danno attuazione al diritto europeo¹³⁰ e che hanno portato il *BVerfGE* ad esprimersi secondo modalità che hanno spinto parte della dottrina a ragionare sull'opportunità dell'individuazione di una forma embrionale di *political question doctrine* anche nell'ordinamento tedesco, si riscontra un certo attivismo improntato, comunque, ad una logica anche costruttiva nel senso di rafforzare i poteri e la posizione del *Bundestag* in relazione al potere esecutivo, lasciando, quindi, un più ampio margine di discrezionalità all'organo rappresentativo.

Il ruolo politico del *BVerfGE* pare evidente anche nella recente decisione che ha rigettato i ricorsi contro la legge di ratifica della decisione del Consiglio UE relativa all'istituzione del *Next Generation EU* (c.d. "*Recovery Fund*"). Negando che l'azione europea potesse vulnerare il principio democratico e la libertà del parlamento tedesco di definire il proprio bilancio

¹²⁴ Es. BVerfG, Order of the Second Senate del 25.08.2005 - 2 BvE 4/05. Per approfondimenti, sul punto, D.P. Kommers, *The Federal Constitutional Court*, cit., 125.

¹²⁵ BVerfGE 37, 1 (20).

¹²⁶ Sulla complessa oscillazione fra judicial self-restraint e judicial activism del Tribunale costituzionale federale v. anche E.L. Barnstedt, *Judicial Activism in the Practice of the German Federal Constitutional Court: Is the GFCC an Activist Court?* In *Juridica international*, XIII, 2007, 38 ss. Sul ruolo del Tribunale costituzionale quale potere politico v. P. Häberle, *El Tribunal constitucional como poder político*, in *Rev. est. pol.*, 125, 2004, 8 ss.

¹²⁷ R. Streinz, *The Role of the German Federal Constitutional Court. Law and Politics*, in 31 *Ritsumeikan L. Rev.* 95 (2014), 104.

¹²⁸ BVerfGE 39, I, (Abortion I). Tale decisione, unitamente alla decisione sull'obiezione di coscienza in relazione al servizio militare, ha spinto parte della dottrina ad accusare il Tribunale costituzionale di aver deciso seguendo una precisa linea politica. In tal senso R. Weber, *Law-making activity of the German Federal Constitutional Court*, cit., 34. In relazione all'aborto la Corte ha modificato la propria linea interpretativa in parallelo al mutato contesto socio-ordinamentale nel 1993, con la decisione c.d. *Abortion II*.

¹²⁹ R. Weber, *Law-making activity of the German Federal Constitutional Court*, cit., 36 ss.

¹³⁰ Per una panoramica delle più importanti decisioni in materia corredate anche da commenti di dottrina si veda la rassegna in www.astrid-online.it/dossier/dossier-14/index.html.

i giudici hanno inciso, di fatto sulla definizione delle politiche economiche e sulla disponibilità finanziaria del Paese¹³¹

Inoltre, è ravvisabile la tendenza del *BVerfGE* a cavalcare l'onda dell'opinione pubblica popolare (si è anche sostenuto che la sua popolarità sia maggiore di quella delle istituzioni rappresentative, complessivamente considerate)¹³², sebbene non siano mancate decisioni controverse.

Laddove, tuttavia, vi sia una spaccatura in merito alla considerazione di alcuni valori costituzionali fondamentali o sulla loro interpretazione, il *BVerfGE* può prestare il fianco ad accuse di eccessiva politicizzazione. Ad esempio, alcuni casi, come quello relativo al *Crocifisso II* o il caso *Tucholsky II*¹³³ o ancora in materia di *gender identity*¹³⁴, sono stati molto divisivi e illustrano le difficoltà che il *BVerfGE* si trova ad affrontare se il consenso nazionale viene meno.

Nello svolgere le proprie funzioni il *BVerfGE* ha anche elaborato alcune tecniche interpretative quali il principio di proporzionalità e ragionevolezza, l'interpretazione conforme, la modulazione degli effetti nel tempo delle proprie decisioni, che gli consentono di relazionarsi con estrema flessibilità con i poteri dello stato e finanche con le istituzioni europee, definendo l'area del conoscibile perimetrando il suo campo di intervento¹³⁵.

3.3.4 Le *political questions* all'esame del Tribunale costituzionale austriaco

Il Tribunale costituzionale austriaco, sebbene inizialmente concepito quale legislatore negativo di matrice kelseniana, al servizio del (solo) Stato federale, in ragione delle numerose sue competenze e dell'uso della discrezionalità nel determinare l'ambito di efficacia delle sentenze nei giudizi di controllo delle norme, è stato interessato da una significativa evoluzione del suo ruolo.

Neanche in Austria, similmente a quanto accade nel contesto ordinamentale tedesco, è formalmente configurabile una *political question doctrine* e il *Verfassungsgerichtshof* può trovarsi a dover definire questioni dall'altro tasso di politicità¹³⁶.

¹³¹ sentenza del 6 dicembre 2022 (2 BvR 547/21): sul punto, per un resoconto in lingua italiana:

www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1670411139679.pdf.

¹³² C. Mac Amhlaigh, *Does Germany need a political questions doctrine?*, in eutopialaw.wordpress.com/2014/02/21/does-germany-need-a-political-questions-doctrine/, 2014. V. anche R. Weber, *Law-making activity of the German Federal Constitutional Court*, cit., 45 ss.

¹³³ BVerfGE 1 (1995) o BVerfGE 93, 266. Per approfondimenti su questi casi D.P. Kommers, R.A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Third edition, Revised and Expanded*, Durham, 2012.

¹³⁴ BVerfGE 147, 1 – 1 BvR 747/17.

¹³⁵ In relazione al principio di proporzionalità v. di recente A. Lang, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, in M. Kremnitzer T. Steiner, A. Lang, *Proportionality in action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial practice*, Cambridge, 2020, 22 ss. In relazione alle altre tecniche; R. Weber, *Law-making activity of the German Federal Constitutional Court*, cit., 37 ss.

¹³⁶ Per l'analisi del sistema di giustizia costituzionale austriaco, v. E. D'Orlando, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia*

Invero, fino alla fine degli anni Settanta del secolo scorso l'approccio del Tribunale costituzionale era improntato ad un tendenziale *self-restraint* e ad una interpretazione formalistica della Costituzione e dei diritti fondamentali che implicava il riconoscimento al legislatore di un ampio margine di apprezzamento nel perseguimento dei suoi obiettivi politici, intervenendo unicamente qualora fosse vulnerato il nucleo essenziale di un diritto fondamentale¹³⁷.

Fino alla fine degli anni Novanta spesso il Parlamento non ha dato seguito ad alcune decisioni e le coalizioni al potere hanno reagito alle declaratorie di incostituzionalità riapprovando le disposizioni censurate su base costituzionale e non più di legislazione primaria. Quale risposta, il *Verfassungsgerichtshof*, pur riconoscendo l'astratta legittimità di un siffatto *modus operandi*, ha precisato come esso possa tradursi nella sostanziale paralisi della giustizia costituzionale, determinando una "revisione totale graduale". Così, nel 2001, per la prima volta il Tribunale costituzionale, invocando i principi fondamentali dell'ordinamento, e in particolare il concetto di *Rechtsstaat* quale inclusivo del controllo di costituzionalità, ha concluso che l'eliminazione del Tribunale stesso o anche una semplice erosione dei suoi poteri si dovesse qualificare quale revisione totale della Costituzione¹³⁸.

In parallelo, il TC, soprattutto a partire dalla fine degli anni Settanta, segnando un significativo momento di rottura con la concezione normativistica kelseniana, ha adottato un approccio progressivamente più orientato alla tutela dei valori costituzionali, attribuendo ai diritti umani un significato decisamente più sostanziale rispetto al passato. Tale processo è stato probabilmente influenzato anche dal riconoscimento di valore costituzionale (e di parametro nel giudizio di costituzionalità) alla CEDU (dal 1964) e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nonché dal riconoscimento, per via giurisprudenziale, dal 2012, di tono costituzionale anche alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Ricorrendo a criteri interpretativi quali la proporzionalità e il principio dell'affidamento, il giudice costituzionale ha progressivamente ridotto il margine di apprezzamento del legislatore e la sua sfera di discrezionalità intangibile.

Il *Verfassungsgerichtshof* può anche modulare gli effetti nel tempo delle proprie decisioni e tale facoltà consente al giudice costituzionale di interfacciarsi con il legislatore al fine di evitare il determinarsi di vuoti normativi che potrebbero impattare negativamente nell'ordinamento.

costituzionale, cit., 99 ss.; R. Faber, *The Austrian Constitutional Court – An Overview*, in *www.icl-journal.com*, 1, 2008, 49 ss.; C. Grabenwarter, *The Austrian Constitutional Court*, in A. von Bogdandy, P. Huber, C. Grabenwarter (Eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, cit., 19 ss.; M. Holoubek, U. Wagrandl, *A Model for the World: The Austrian Constitutional Court Turns 100*, in 17(3) *ICL Journal* 251 (2023).

¹³⁷ H. Hausmaninger, *The Austrian Legal System*, Wien, 2011, 147.

¹³⁸ In relazione a tale ricostruzione: B. Bierlein, *The Austrian Constitutional Court's Influence on the Legal Order*, in "The position of constitutional courts and their influence on the legal order of the state", International Conference on the occasion of the 20th anniversary of the Constitutional Court of the Slovak Republic in Kosice on 9 April 2013.

3.3.5 Il *Conseil constitutionnel* francese tra *judicial activism* e rispetto della sfera politica

In relazione al sistema francese, in larga parte note sono le caratteristiche e le peculiarità del sistema di giustizia costituzionale, invero interessato negli anni, soprattutto in tempi relativamente recenti, da una serie di modifiche normative che hanno sostanzialmente inciso su quello che è il ruolo esercitato dal *Conseil constitutionnel* – mi riferisco, in particolare, all'introduzione della QPC nel 2008 che ha introdotto la previsione di un controllo successivo e incidentale della legge¹³⁹.

L'organo di giustizia costituzionale francese si segnala per l'eterogeneità delle competenze¹⁴⁰ che variamente toccano quella che è la sfera politica.

E se, quantomeno fino agli anni Settanta, il controllo esercitato dal *Conseil* sulle leggi ha rivestito carattere sostanzialmente episodico, un radicale cambio di rotta si è riscontrato negli anni Settanta, a partire da una celebre decisione, la n. 44 del 16 luglio del 1971¹⁴¹, con la quale, superando il tradizionale principio di sovranità della legge, è stata affermata la valenza costituzionale dei preamboli delle costituzioni del 1958 e del 1946, a loro volta riferentesi alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e ai principi fondamentali delle leggi della Repubblica. Con una tecnica definita di “ripescaggio” dei diritti e delle libertà – già esistenti nel tessuto normativo del sistema costituzionale francese, ma non ancora operanti in qualità di principi di rango costituzionale – essi vengono ascritti al c.d. *bloc de constitutionalité*¹⁴². Conseguentemente il *Conseil* si è trasformato in quello che è stato definito un giudice pieno della costituzionalità delle leggi, anche con riferimento alla violazione dei diritti e delle libertà. Secondo la dottrina a partire da tale decisione il sistema di giustizia costituzionale francese si sarebbe connotato in termini più politici rispetto al passato poiché il *Conseil* avrebbe proceduto a censurare una legge per ragioni non solo e non tanto di tipo formale, quanto per ragioni di carattere sostanziale, finanche venendo accusato di aver esorbitato dai suoi poteri siccome costituzionalmente

¹³⁹ *Ex multis*, E. Cheli, *Intervento a Seminario Astrid: La riforma del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia*, 2009, in www.astrid-online.it/; D. Paris, *Prime osservazioni sull'avvio della riforma della giustizia costituzionale in Francia: dalla loi organique n. 2009-1523 alle prime decisioni del Conseil constitutionnel*, in *Rivista AIC*, 4, 2010, 1 ss.; C. Drigo, *La Corte di giustizia riafferma il proprio primato: la questione prioritaria di costituzionalità al vaglio dei giudici di Lussemburgo*, in *DPCE*, 4, 2010, 1484 ss.

¹⁴⁰ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, France 2009, 289 ss., che le analizza anche in una prospettiva diacronico evolutiva. V. anche S. Benvenuti, *La via francese alla giustizia costituzionale*, Napoli, 2016 e, più di recente O. Jouanjan, *Constitutional Justice in France*, in A. von Bogdandy, P. Huber, C. Grabenwarter (Eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, cit., 223 ss.

¹⁴¹ G. Boudou, *Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association*, in *Rev.fr. dr. const.*, 1, 2014, 5 ss.

¹⁴² Sul punto, approfonditamente, M. Calamo Specchia, *La giustizia costituzionale in Francia*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli*, cit., 175 ss., spec. 215-216, nonché O. Jouanjan, *Constitutional Justice in France*, cit., 223 ss.

definiti avendo esteso *ex judicio* i confini normativi della costituzione della V Repubblica¹⁴³.

Volendo provare ad individuare forme embrionali di una *political question doctrine* nel sistema francese, pur dovendosene escludere la configurabilità secondo traiettorie assimilabili a quanto avviene nel contesto in cui questa è originata, si deve osservare come siano identificabili alcune categorie di atti normativi esclusi dalla possibilità di sindacato del giudice costituzionale.

Ai sensi dell'articolo 61, co. 1, della Costituzione, «[l]e leggi organiche, prima della loro promulgazione, i regolamenti delle assemblee parlamentari, prima della loro entrata in vigore, sono sottoposti al Consiglio Costituzionale, che delibera sulla loro conformità alla Costituzione». A parte questo controllo di carattere obbligatorio, solo le leggi ordinarie approvate dal Parlamento, possono essere deferite al *Conseil*, *ex ante* o *ex post*, affinché esso verifichi la loro conformità con la Costituzione (art. 61., co. 2). Analizzando la giurisprudenza del *Conseil* si osserva come esulino dal suo sindacato tanto le norme di rango costituzionale, quanto le leggi adottate per via referendaria¹⁴⁴.

In relazione al sindacato sugli emendamenti costituzionali, la questione emerse alla fine degli anni Ottanta, in un contesto politico segnato dal rafforzamento dei processi di integrazione europea (decisione 92-312 del 2 settembre 1992, relativa al trattato di Maastricht¹⁴⁵). Con tale decisione il *Conseil* ha ritenuto sussistente la propria astratta competenza a decidere, specificando, al contempo, i margini del suo legittimo intervento. In particolare, negli anni, il *Conseil* si è ritenuto incompetente a definire questioni relative ad emendamenti costituzionali che incidessero sulla qualificazione dei principi fondamentali dell'ordinamento qualificanti la forma repubblicana. Così, nel 2003, con la decisione n. 469 del 26 marzo, si rifiutò di decidere una questione dall'alto tasso di politicità riguardante una modifica dell'art. 1 Cost. che avrebbe inciso sull'organizzazione territoriale decentralizzata del Paese, minando, a dire dei ricorrenti, il principio di unità ed indivisibilità della Repubblica.

La descritta tendenza giurisprudenziale non vale ad escludere il contenzioso o il dibattito dottrinale in materia, che, al contrario, pare ancora attuale¹⁴⁶.

¹⁴³ M. Rosenfeld, *Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts*, cit., 651. Parte della dottrina, comunque, sottolinea la scarsa indipendenza del *Conseil* rispetto al potere politico che avrebbe quale conseguenza il non consentirgli di esercitare il ruolo di contropotere essenziale per la democrazia. In tal senso L. Fontaine, *La Constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel*, Paris, 2023.

¹⁴⁴ J. Mouchette, *The French constitutional Council as a law-maker: from dialogue with the legislator to the rewriting of the law*, in M. Florczak-Wator (Ed.), *Judicial law making in European Constitutional Courts*, cit., 9 ss.

¹⁴⁵ Pare interessante anche la giurisprudenza relativa ai rapporti fra diritto europeo e diritto interno, caratterizzata dalla elaborazione di una teoria dei controlimiti, a partire dalla dec. 2004-496 del 2004 e confermata anche in tempi recenti con la decisione 2021-94.

¹⁴⁶ P. Blacher, *Le contrôle par le conseil constitutionnel des lois constitutionnelles*, in *RDP*, 2016, 27 ss. Tale dibattito si fa particolarmente acceso in relazione al processo di integrazione europea: J. Adriantsimbazovina, H. Gaudin, *Contrôle de constitutionnalité des*

In relazione alle c.d. *referendum laws*, si osserva una particolare deferenza del *Conseil* in ragione del principio di sovranità popolare. Quale esempio si può citare un caso degli inizi degli anni sessanta (6 novembre 1962) riguardante una legge che modificava le modalità di elezione del Presidente della Repubblica, ma anche la decisione n. 313 del 1992, riguardante una norma di rango primario (e non costituzionale)¹⁴⁷.

Si ravvisa, quindi, un diverso atteggiamento del *Conseil* a seconda che venga in rilievo la sovranità popolare espressa tramite un istituto di democrazia diretta quale è il referendum, o tramite i canali della democrazia rappresentativa. Tale impostazione appare confermata anche a seguito dell'introduzione della QPC e dell'esercizio di un sindacato *ex post*¹⁴⁸.

In sede di esercizio del controllo di costituzionalità, tanto preventivo quanto successivo il *Conseil* ha modo di relazionarsi e di dialogare con il legislatore.

Nel primo caso, ritenendo una legge viziata da profili di incostituzionalità, il *Conseil* indica ai parlamentari i criteri da seguire per rimuoverli.

Nel secondo caso, pare opportuno menzionare una decisione relativamente recente, la n. 709 del 2018, in seguito alla quale il Parlamento è intervenuto ad apprestare una modifica legislativa, a sua volta oggetto di ulteriore decisione del *Conseil*, in via preventiva (dec. 6 sett 2018, n. 770), con la quale non sono state rilevate censure di costituzionalità.

Il *Conseil* si interfaccia con il potere legislativo anche modulando gli effetti nel tempo delle proprie decisioni o indicando al legislatore i tempi da seguire per adeguarsi alle sue decisioni o ancora adottando decisioni di carattere interpretativo e finanche giungendo a sindacare l'appropriatezza delle scelte legislative secondo dinamiche che implicano un sindacato sulle scelte politiche¹⁴⁹. Sebbene, da un punto di vista formale, il *Conseil* abbia negato di potersi ingerire nella sostanza delle scelte e delle opzioni politiche (dec. 1974-54 del 15 gennaio 1975), non potendo sindacare la sfera riservata alla discrezionalità del legislatore, in concreto, pare aver sconfessato tale statuizione. L'analisi della sua giurisprudenza, specialmente in alcuni settori (come quello fiscale) mostra come i giudici costituzionali si siano spesso spinti a sindacare il "manifesto errore di valutazione" (assimilabile, per certi versi alla nostra "manifesta irragionevolezza") spesso declinandolo in termini di giudizio di proporzionalità.

Se nella maggior parte dei casi il sindacato dell'organo di giustizia costituzionale si è limitato a questioni in cui fossero ravvisabili lacune o imprecisioni nel testo costituzionale, talvolta il sindacato in esame si è esteso ad ambiti in cui siffatte lacune o imprecisioni non apparivano affatto

lois constitutionnelles et droit européen: débat sur une nouvelle piste, in *Cahiers du conseil constitutionnel*, 27, 2010; più di recente, v. G. Canivet, *Constitution française et droit de l'Union européenne: approche par la complexité des rapports de puissance juridique*, in *RED*, 2, 2021, 27 ss.

¹⁴⁷ Per approfondimenti sul punto si v. J. Mouchette, *The French constitutional Council as a law-maker*, cit., 9 ss.

¹⁴⁸ Es. Dec. 2014-392 QPC del 25 aprile 2014.

¹⁴⁹ J. Mouchette, *The French constitutional Council as a law-maker*, cit., 12 ss.

individuabili, dimostrando certamente un coinvolgimento del *Conseil* in questioni dall'alto tasso di politicità.

Vi sono, poi, casi in cui il *Conseil* ha ritenuto di non ingerirsi nelle scelte del legislatore pur riscontrando malfunzionamenti del sistema politico istituzionale: quale esempio può essere citata la decisione n. 218 del 1986 relativa al *democratic gap* ravvisabile nelle modalità di individuazione dei distretti elettorali relativi alle elezioni al congresso della Nuova Caledonia. Al contrario, con riferimento ad altra normativa che provvedeva a definire l'articolazione dei distretti elettorali, parimenti nel territorio della Nuova Caledonia, il *Conseil* ne definì l'incostituzionalità. Infatti, pur sostenendo che la rappresentanza politica non dovesse necessariamente essere proporzionale, ritenendo che la discrezionalità del legislatore si estendesse all'individuazione dei criteri da seguire, in concreto valutò che fossero stati superati i limiti di tale discrezionalità (85-196 dell'8 agosto 1985 e 85-197 del 23 agosto 1985).

Nel complesso, specialmente negli ultimi anni, il *Conseil* pare preferire basare le proprie decisioni su criteri interpretativi meno problematici rispetto al "manifesto errore di valutazione", come il principio di proporzionalità o considerazioni sulla *manifesta sproporzione*.

Il principio di proporzionalità fece la sua comparsa nel linguaggio del *Conseil* alla fine degli anni Ottanta (89-260 DC del 28 luglio 1989) e negli anni è diventato uno strumento che ha consentito all'organo di giustizia costituzionale di sindacare la coerenza interna della legge. In tali circostanze l'organo di giustizia costituzionale si trova a dover verificare che i mezzi scelti non appaiano manifestamente sproporzionati rispetto all'obiettivo perseguito in concreto ed è in tali ipotesi che il *Conseil* pare maggiormente coinvolto in un processo di *law-making* (come, ad es., in materia fiscale)¹⁵⁰. Nell'esercitare tale sindacato, il *Conseil* non sempre si limita a verificare se il legislatore abbia adottato misure coerenti con gli obiettivi che si intendono perseguire (come avvenuto con la dec 2009-599 del 29 dicembre 2009, c.d. *carbon tax decision*), ma si spinge oltre, sino a sostituire la propria visione degli interessi generali a quella espressa dall'organo legislativo (2012-622 DC del 2012.). Operando in tal senso, il *Conseil* è andato oltre il controllo sulla coerenza interna della legge, entrando nella sostanza della decisione politica ed esprimendo un'opzione diversa da quella formalizzata dal parlamento¹⁵¹.

3.3.6 Il contesto spagnolo

¹⁵⁰ B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, France, 2002.

¹⁵¹ Anche in materia previdenziale si è assistito ad un acceso confronto non solo fra società civile e istituzioni, ma anche fra queste ultime e il *Conseil constitutionnel*. Sul punto v. la recente decisione n. 2023-4 RIP del 14 aprile 2023, relativa alla proposta di legge che mirava a stabilire che l'età pensionabile non potesse essere fissata oltre i 62 anni. Per una sintesi si veda www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1681906_981669.pdf

I rapporti fra *Tribunal Constitucional* (TC) spagnolo e la sfera politica si sono modulati variamente e hanno riguardato non solo e non tanto le funzioni da questi esercitate, ma anche, soprattutto in tempi recenti, questioni relative alla difficoltà di procedere alla individuazione dei suoi membri e al connesso esercizio “politico” del *recurso de amparo*¹⁵².

Saldamente riconducibile alla tradizione kelseniana, seppur essendosene discostato in termini di operare concreto, il Tribunale costituzionale spagnolo non ha elaborato una *political question doctrine* assimilabile al modello statunitense; al contrario, come è stato osservato, il *Tribunal* è una istituzione costituzionale sostanzialmente onnipresente nella sfera pubblica, la sua attività è costantemente presa in considerazione dalla stampa, e quindi dall’opinione pubblica, e si trova a dover definire la quasi totalità delle problematiche politiche e istituzionali del Paese¹⁵³.

Provando a sintetizzare, le competenze del TC si sviluppano in tre direttrici: il sindacato della costituzionalità della legge, la tutela dei diritti fondamentali e la risoluzione dei conflitti costituzionali. Tali direttrici sono espressione di precise disposizioni costituzionali anche se non tutti i processi costituzionali al servizio di ciascuna di esse trovano il medesimo riconoscimento costituzionale espresso¹⁵⁴.

Negli oltre quarant’anni del suo operare, il TC ha esercitato un ruolo importante nel contribuire alla configurazione della democrazia spagnola e alla risoluzione giuridica di conflitti politicamente complessi, garantendo le condizioni per l’effettivo godimento dei diritti e delle libertà fondamentali e per l’articolazione dei rapporti fra la dimensione centrale e le autonomie territoriali. In ciò, non si è certo limitato ad operare quale legislatore negativo, ma ha svolto un ruolo attivo e finanche di *positive legislator*¹⁵⁵, specialmente grazie all’enucleazione di un articolato ventaglio di tipologie di sentenze, come quelle interpretative, e modulando gli effetti nel tempo delle proprie decisioni. Il TC avrebbe, quindi, esercitato con elasticità la sua funzione ermeneutica, dettagliando non solo il contenuto delle disposizioni della Costituzione, ma anche delle altre norme giuridiche, finanche pervenendo ad integrare alcune omissioni del legislatore¹⁵⁶.

¹⁵² I. Gómez Fernández, *Algunas claves sobre las crisis contemporáneas del Tribunal Constitucional*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2023, 115 ss.

¹⁵³ *Ivi.*, 116-117 ss.

¹⁵⁴ Per una panoramica delle varie competenze del TC v., di recente J.L. Requejo Pagés, *The Spanish Constitutional Tribunal*, in A. von Bogdandy, P. Huber, C. Grabenwarter (Eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, cit., 719 ss.

¹⁵⁵ In relazione ai rapporti fra TC spagnolo e dimensione politica v. *ex multis*, C. Ferrer Martín de Vidales, *The Spanish Constitutional Court as a Law-Maker. Functioning and practice*, in M. Florczak-Wator (Ed.), *Judicial law making in European Constitutional Courts*, cit., 71 ss.; J.L. Requejo Pagés, *The Spanish Constitutional Tribunal*, cit., spec. 757 ss.; F. Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, in *Rev. esp. der. const.*, 1998, 9 ss.

¹⁵⁶ Invero il sindacato sulle omissioni del legislatore non risulta formalizzato né dalla legislazione né dallo stesso TC, tuttavia in circostanze eccezionali e prevalentemente in forma di “raccomandazione” indirizzata al legislatore, si è giunti a indicare la soluzione normativa più conforme al Testo costituzionale o si è realizzata una dichiarazione di incostituzionalità che comportava la necessità immediata di una riforma legislativa nella direzione indicata dall’organo di giustizia costituzionale. In tal senso: G. Ruiz-Rico Ruiz, *Il tribunale costituzionale spagnolo*, in L. Mezzetti, *Sistemi e modelli di giustizia*

Inoltre, l'organo di giustizia costituzionale ha interpretato alcuni principi costituzionali anche alla luce dell'evoluzione socio-culturale, giungendo a riconoscere tono costituzionale a situazioni giuridiche che non avrebbero potuto esser prese espressamente in considerazione dal costituente (come ad es. il matrimonio fra persone dello stesso sesso o fattispecie legate all'evoluzione tecnologica)¹⁵⁷.

Secondo la dottrina, quindi, il TC ha, nel tempo, contribuito allo sviluppo e all'implementazione del carattere democratico dello Stato tramite la definizione dei principi e dei valori costituzionali¹⁵⁸ esercitando anche un ruolo determinante (e di supplenza rispetto agli attori istituzionali, incapaci di trovare adeguati compromessi politici) in relazione anche alla costruzione dell'*Estado autonómico*¹⁵⁹.

La dottrina, nel valutare il ruolo svolto dal TC in questi anni, ha tendenzialmente espresso una posizione positiva: il TC non si è concentrato solo sulla conservazione dei contenuti determinati, ma ha anche fornito i criteri e i principi per la promozione dei valori e dei diritti costituzionalmente protetti, nonché numerosi contributi all'idea e alla difesa dello Stato democratico¹⁶⁰. Tuttavia, non sono mancati anche problemi e tensioni¹⁶¹ e, al momento, sono identificabili tre macro profili di crisi del sistema di giustizia costituzionale spagnolo: vi è una crisi di carattere funzionale, legata alle critiche inerenti alle modalità di esercizio di alcune funzioni; una crisi legata ai ritardi nei processi di nomina dei giudici e al profilo dei soggetti di volta in volta individuati¹⁶²; e una crisi di carattere politico, riconducibile alle tensioni che possono nascere tra il legislatore e il c.d. legislatore negativo che il TC diventa¹⁶³.

costituzionale, cit., 243 ss. Più di recente, J.L. Requejo Pagés, *The Spanish Constitutional Tribunal*, cit., 719 ss.

¹⁵⁷ Uno degli esempi più significativi è la sentenza 198/2012, che ha giudicato l'azione di incostituzionalità contro la legge 13/2005, che modificava il Codice civile consentendo il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

¹⁵⁸ Ad esempio, in relazione alla nozione di Stato sociale democratico. Per approfondimenti J. Pérez Royo, *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social*, in *Rev. esp. der. const.*, 1984, 172 ss.

¹⁵⁹ Su questi profili *ex multis*, G. Fernández Farreres, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Madrid, 2005, F. Pérez de los Cobos Orihuel, *El papel del Tribunal Constitucional en el Estado Autonómico*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 2017, 369 ss.

¹⁶⁰ F.J. García Roca, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, Ciudad de México, 2009; R.L. Blanco Valdés, *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España Constitucional*, Madrid, 2018.

¹⁶¹ Il progressivo ampliamento dell'ambito di intervento dell'organo di giustizia costituzionale, nel senso di ampliare tanto l'oggetto quanto il parametro del controllo ha spinto parte della dottrina a rilevare come il TC sia intervenuto nell'agone politico. Per approfondimenti, v. R.L. Blanco Valdés, *Luz tras las tinieblas*, cit., 193.

¹⁶² Un altro aspetto politicamente sensibile che ha riguardato il TC riguarda la nomina dei vertici del *Consejo General del Poder Judicial*, profilo, questo, che sarà, indagato nel corso di altri contributi del presente volume. In tale sede ci si limiterà a precisare come il procedimento, apertosi nel 2018, a 6 anni di distanza resta ancora senza soluzione in ragione di veti incrociati espressi a livello politico e ha trascinato nell'agone politico anche il TC contribuendo ad inficiarne l'immagine pubblica e finanche la legittimazione.

¹⁶³ M. Aragón Reyes, *Cuarenta años de Tribunal Constitucional*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1, 2021, 35 ss.

Come anticipato, il *Tribunal constitucional* non è mai stato un attore istituzionale escluso dal coinvolgimento dall'agone politico: la sua caratterizzazione, la portata delle sue funzioni - soprattutto il sindacato di costituzionalità e la risoluzione di conflitti fra i poteri - e il modo in cui i suoi membri vengono individuati rendono di fatto impossibile escluderlo dall'agone politico¹⁶⁴.

Anche l'incapacità del sistema politico istituzionale di raggiungere adeguati consensi ha determinato un certo protagonismo istituzionale da parte del TC e tale fenomeno ha sostanzialmente comportato il trasferimento dei conflitti politico istituzionali all'organo di giustizia costituzionale, forzandolo ad adottare alcune decisioni particolarmente controverse e finanche suscettibili di minarne la reputazione quale organo indipendente e imparziale.

Negli ultimi due decenni il TC si è dovuto occupare di questioni estremamente complesse che spaziano dalle misure di controllo della spesa pubblica seguite allo scoppio della crisi finanziaria del 2008, alla riforma del lavoro o alle misure poste in essere per affrontare la crisi abitativa fino a giungere alla gestione dell'emergenza sanitaria legata alla recente pandemia.

Inoltre, negli ultimi anni alcune crisi di carattere costituzionale e politico hanno inciso sull'attività e funzionamento del TC e sulla percezione che di esso ha l'opinione pubblica: ci si riferisce, in particolare, alla crisi del sistema giudiziario e della sua indipendenza¹⁶⁵ e alla nota vicenda della Catalogna, originata a partire dall'approvazione della *Ley Orgánica* 6/2006, di riforma dello *Estatuto de Autonomía de Cataluña* (EAC). La complessa e articolata vicenda della questione catalana, che non è possibile ripercorrere analiticamente in questa sede, dimostra però come il TC sia stato trascinato nell'agone politico, e di come con difficoltà esso abbia cercato di ritrarsi, senza tuttavia riuscire a delineare in modo chiaro la reale portata del controllo costituzionale degli atti del Parlamento¹⁶⁶.

Uno degli ambiti in cui il TC gode di un rilevante margine di intervento attiene ai rapporti con il potere legislativo. Se, da un lato, spesso il TC si pone in un'ottica di *self-restraint* al fine di non ingerirsi nella sfera riservata alla discrezionalità del legislatore¹⁶⁷, finanche enucleando tecniche decisorie manipolative non codificate¹⁶⁸, o modulando gli effetti nel tempo delle proprie decisioni¹⁶⁹ non sono mancati casi in cui l'organo di giustizia

¹⁶⁴ I. Gómez Fernández, *Algunas claves sobre las crisis contemporáneas del Tribunal Constitucional*, cit., 124 ss.

¹⁶⁵ Profilo che non sarà oggetto di esame nel presente lavoro. In passato alcuni deputati hanno presentato ricorso al TC e in parallelo hanno promosso la riconsiderazione di uno dei suoi membri. Sebbene tale riconsiderazione sia stata respinta, si è inaugurata la prassi del ricorso allo strumento della riconsiderazione quale occasione per contestare politicamente la composizione dell'organo (ATC 26/2007). Sul tale decisione, in dottrina, L.E. Delgado del Rincón, *La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional* (Comentario al ATC 26/2007, de 5 de febrero), in *Rev. esp. der. const.*, 82, 2008, 347 ss.

¹⁶⁶ I. Gómez Fernández, *Algunas claves sobre las crisis contemporáneas del Tribunal Constitucional*, cit., 131. Sulla vicenda catalana v. anche G. Poggeschi, *La Catalogna: dalla nazione storica alla repubblica immaginaria*, Napoli, 2018.

¹⁶⁷ Covadonga Ferrer Martín de Vidales, *The Spanish Constitutional Court as a Law-Maker*, cit., 85.

¹⁶⁸ Es. STC n. 236/2007.

¹⁶⁹ Es. STC 195/1998.

costituzionale si è spinto ad indicare al legislatore la linea da seguire¹⁷⁰ o ha sindacato le omissioni legislative¹⁷¹. Il campo dei diritti fondamentali è quello in cui emerge la necessità di un costante rapporto dialogico fra TC e legislatore, sebbene ciò non si sia sempre realizzato¹⁷².

Dal punto di vista sostanziale si può escludere l'esistenza di una *political question doctrine* nel contesto spagnolo non solo per gli ampi poteri di interpretazione "creativa" del dato normativo di cui dispone il TC, ma anche in ragione del fatto che è ammesso il sindacato in relazione ai c.d. *interna corporis acta* (42 LOTC¹⁷³) allorquando questi atti possono determinare un *vulnus* ai diritti fondamentali suscettibili di tutela attraverso il *recurso de amparo*, e in particolare al diritto alla partecipazione politica dei rappresentanti della cittadinanza¹⁷⁴. Tuttavia, in relazione a ciò il TC ha mostrato un atteggiamento di estrema prudenza deferenza nei confronti dell'autonomia politica delle Camere e una volontà predominante di rispettare gli *interna corporis*¹⁷⁵.

3.4 (segue): le esperienze dei Paesi nordici

I paesi nordici presentano alcune specificità che impattano sul tasso di giudizializzazione della politica. Trattasi, infatti, di sistemi costituzionali in cui si assiste ad una primazia istituzionale e ad una sostanziale centralità dei Parlamenti a livello ordinamentale¹⁷⁶, che si riflette anche nelle peculiari modalità di affermazione e sviluppo dei loro sistemi di giustizia costituzionale.

In relazione a tali esperienze si osserva un minor tasso di giudizializzazione della politica rispetto a quanto avviene in altre democrazie consolidate e il frequente coinvolgimento della magistratura in questioni politiche fondamentali rimane in gran parte estraneo alla tradizione

¹⁷⁰ Es. STC 53/1985.

¹⁷¹ Es. STC 24/1982.

¹⁷² F.J. García Roca, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, cit.

¹⁷³ Secondo il quale «[l]as decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes».

¹⁷⁴ STC 118/1988 e 161/1988.

¹⁷⁵ Á. Figueruelo Burrieza, *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder legislativo*, in *Rev. est. pol.*, 81, 1993, 47 ss. Più di recente v. anche P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri (cur.), *Il procedimento legislativo ordinario in prospettiva comparata*, in www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/speciali/speciale-tosi-ricerca-2018-fasc-n-2-2018/1215-il-procedimento-legislativo-ordinario-in-prospettiva-comparata-spagna/file, 2018, spec. 253 ss.

¹⁷⁶ J. Husa, *Nordic Constitutionalism and European Human Rights – Mixing Oil and Water?*, in *Scandinavian Studies in Law*, 55, 2010, 101 ss., 124, ha definito il costituzionalismo di tali esperienze un «national parliamentary oriented constitutionalism». V. anche F. Duranti, *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Torino, 2009, 149 ss., Id., *Alle radici del diritto politico. Il peso dei lavori preparatori nel sistema delle fonti e nella dinamica della forma di governo: l'esperienza nordica*, in *DPCE Online*, Sp., 2021, 1173 ss.

costituzionale nordica. Ne consegue una scarsa diffusione dei dibattiti sulle nomine giudiziarie e sulla politicizzazione della magistratura rispetto a quanto avviene nei contesti in cui si è verificata una sempre più rapida giudizializzazione di quella che è stata definita la c.d. “mega-politica” (v. *supra*)¹⁷⁷.

A ciò si aggiungano le peculiarità del costituzionalismo nordico, contraddistinto da rilevanti profili di differenziazione rispetto al costituzionalismo europeo e americano, specialmente in relazione alle modalità di declinazione e protezione dei diritti fondamentali e ai modelli di giustizia costituzionale concretamente adottati, consolidatisi o in via consuetudinaria (in Norvegia, Danimarca o Islanda), o introdotti in tempi relativamente recenti nelle costituzioni di Finlandia e Svezia¹⁷⁸, che si presentano come caratterizzati da un controllo di tipo diffuso innestato in ordinamenti riconducibili alla tradizione giuridica di *civil law*.

Tali sistemi di giustizia costituzionale, infatti, sono stati definiti “cauti” per la forte deferenza mostrata nei confronti dei Parlamenti, che si sostanzia nella non frequente disapplicazione di norme di legge in ragione di un loro contrasto con le norme costituzionali determinato tenendo in grande considerazione quello che può essere definito l'*original intent* degli organi legislativi, nell'adozione, quindi di un marcato *self-restraint* accompagnato da un largo uso della tecnica dell'interpretazione conforme a costituzione¹⁷⁹.

Secondo parte della dottrina, nei contesti ordinamentali considerati, la scarsa giudizializzazione della politica deriva non solo dalla centralità istituzionale dei Parlamenti¹⁸⁰, ma anche da una sostanziale assenza di disarmonia costituzionale o identitaria¹⁸¹, poiché una delle ragioni della deferenza politica sistemica che si può riscontrare nei confronti del potere giudiziario può essere ascrivibile ad un assetto costituzionale disarmonico in cui la politica si confronta con valori confliggenti. Nei Paesi oggetto di analisi, non sussistendo rilevanti disarmonie di questo tipo, il processo di giudizializzazione della politica non ha interessato i dilemmi politici

¹⁷⁷ R. Hirschl, *The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial review*, in *Int'l J. Const. L.* 449 (2011), 467.

¹⁷⁸ In relazione al contesto finlandese K. Tuori, *Constitutional Review in Finland*, in A. von Bogdandy, P. Huber, C. Grabenwarter (Eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, cit., 183 ss.; J. Husa, *Locking in Constitutionality Control in Finland*, in 16(2) *Eur. Const. L. Rev.* 249 (2020); S. Yolku, *East Nordic Model of Pre-Enactment Constitutional Review: Comparative Evidence from Finland and Sweden*, in 26(2) *Eur. Pub. L.* 505 (2020). I. Nguyễn Duy, *New Trends in Scandinavian Constitutional Review*, in 61 *Scandinavian Stud. L.* 11 (2015); F. Duranti, *Gli ordinamenti costituzionali nordici...*, cit., 149 ss. In relazione al contesto norvegese, M. Langford, B.K. Berge, *Norway's Constitution in a Comparative Perspective*, in 6(3) *Oslo L. Rev.* 198 (2019). In relazione all'evoluzione della giustizia costituzionale svedese v. F. Duranti, *Evoluzioni del costituzionalismo svedese*, in *Federalismi.it*, 3, 2012, 1 ss.; J. Nergelius, *Judicial Review in Swedish Law – A Critical Analysis*, in 27 *Nordic J. Hum. Rts.* 142 (2009); M. Zamboni, *Supreme courts in Sweden. Are they “real” judges?*, in M. Belov, *Courts, Politics and Constitutional Law*, cit., 84 ss.

¹⁷⁹ F. Duranti, *Alle radici del diritto politico ...*, cit., 1175.

¹⁸⁰ I. Nguyễn Duy, *New Trends in Scandinavian Constitutional Review*, cit.

¹⁸¹ G. Jacobsohn, *The Disharmonic Constitution*, in S. Machedo, J. Tulis, *The Limits of Constitutional Democracy*, Princeton N.J., 2010, 47 ss.; R. Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Cambridge (Ma.), 2010.

fondamentali, ma si è palesato, ancorché limitatamente, solo in relazione alla giurisprudenza sui diritti¹⁸². È presumibile, comunque, che i dibattiti sempre più accesi sulle politiche dell'immigrazione, sulla tenuta e sul futuro del *welfare state* nordico, sui rapporti con le Corti sovranazionali europee e finanche sulla giustiziabilità di questioni legate al *climate change*, condurranno ad una maggiore e più invasiva giudizializzazione di tali temi anche se ciò con un livello non paragonabile a quanto avviene in altre esperienze costituzionali atteso che, come peraltro rilevato di recente, «neppure lo straordinario stress test costituito dalla complessa emergenza sanitaria di natura pandemica ha provocato un effettivo stravolgimento dell'assetto costituzionale così consolidatosi nel corso del tempo»¹⁸³.

4. Conclusioni e spunti di ulteriore riflessione

L'oscillare fra l'anima politica e quella giurisdizionale degli organi di giustizia costituzionale conduce ad interrogarsi se essi esprimano un elemento realmente consustanziato alle forme di governo degli ordinamenti in cui sono inseriti o se si limitino a condizionarne lo sviluppo e la riposta pare doversi individuare nella prima parte dell'endiadi. Laddove costituzionalmente previsto, l'organo di giustizia costituzionale non può che esser considerato elemento strutturale della forma di governo nonché elemento costitutivo per la democrazia¹⁸⁴. Tale assunto consente di superare rilievi critici in ordine alla presunta carenza di legittimazione democratica degli organi di giustizia costituzionale e di «sdrammatizzare la difficoltà contromaggioritaria»¹⁸⁵, e la creazione di sistemi di giustizia costituzionale nello Stato costituzionale postula *ex se* un peculiare modo di “governare” una determinata comunità politica.

In relazione a questioni politiche in senso stretto, ma anche in senso lato, vale a dire in relazione a questioni dall'alto tasso di politicità che evocano la dottrina della separazione dei poteri e la legittimazione stessa dei

¹⁸² Ad esempio, i tribunali norvegesi, compresa la Corte Suprema, tradizionalmente rispettano la discrezionalità di legislatore o dell'esecutivo e si sono astenuti dall'“intramettersi” nelle questioni politiche, con la sola eccezione dei diritti garantiti. In tal senso M. Langford, B.K. Berge, *Norway's Constitution in a Comparative Perspective*, cit., 198 ss. V. anche, per una prospettiva più ampia. J. Husa, *Constitutional Mentality*, in P. Letto-Vanamo, D. Tamm, B.O. Gram Mortensen (Eds), *Nordic Law in European Context*, Cham, 2019, 41 ss. spec. 60.

¹⁸³ In tal senso F. Duranti, *Alle radici del diritto politico*, cit., 1187.

¹⁸⁴ F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (cur.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 19 e ss.; E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, 15.

¹⁸⁵ O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., 241 ss. Peraltro, secondo l'A., «la *counter-majoritarian difficulty* difficilmente può essere riferita anche allo '*structural judicial review*', c'è il controllo di costituzionalità delle leggi finalizzate alla garanzia del riparto di competenza legislativa tra federazioni ed enti federati [...]. È palese che nel caso dello *structural judicial review* il sindacato di costituzionalità avrà carattere contro-maggioritario nei confronti del legislatore soccombente e carattere pro-maggioritario rispetto al legislatore reputato competente, perché ad essere controverso sono pur sempre l'attribuzione di due legislatori contrapposti cioè di attori costituzionali elettivi ugualmente legittimati sul piano democratico» (*ivi*, 272).

giudici costituzionali, si osserva, inoltre, l'esistenza di un *fil rouge* rappresentato dal tentativo, più o meno riuscito – o più o meno maldestro – a seconda dei casi, di individuare delle tecniche interpretative o modalità di *self-restraint* che consentano alle Corti di relazionarsi con esse, anche se, come noto, in quegli ordinamenti in cui è stata in qualche misura formalizzata una *political question doctrine*, almeno con riferimento ad alcuni momenti costituzionali ben specifici, tale elaborazione è servita più per comprimere l'ambito del non giustiziabile che per estenderlo.

Nella variabilità dei modelli e delle possibili tassonomie dei vari sistemi di giustizia costituzionale, è possibile adottare un approccio anche tematico che in questa sede sarà possibile tratteggiare unicamente per sommi capi. Dalla disamina svolta nelle pagine che precedono si evince l'esistenza di ambiti che più di altri mettono alla prova i giudici costituzionali in qualche misura forzandoli a confrontarsi (o a scegliere di non confrontarsi) con l'agone politico.

Si tratta di questioni di carattere generale, alcune più tradizionalmente legate al "concetto di questione politica" siccome elaborato nel contesto statunitense, altre più legate a temi bioetici o a problematiche attuali.

Ci si riferisce ai c.d. *Foreign affairs* o ai rapporti con la dimensione sovranazionale (sul punto pare significativa l'evoluzione giurisprudenziale di Stati Uniti, Regno Unito, Germania, Francia e Italia); ma anche alla c.d. teoria dell'atto politico in Italia o *Act de gouvernement* in Francia o a simili impostazioni che si rinvencono in UK e Australia.

Possono inoltre menzionarsi: la normativa elettorale e l'individuazione dei distretti elettorali (e qui i casi sono veramente molteplici in Stati Uniti, Regno Unito, Italia, Francia, Spagna); l'articolazione dei rapporti fra stato centrale ed entità federate o decentralizzate (prevalentemente in Stati Uniti, Canada, ma anche in alcuni contesti europei- es. Spagna, Italia, Germania); i rapporti fra lo Stato centrale ed i popoli indigeni, quanto meno in quei contesti in cui essi godono di forme di autonomia (spec. Stati Uniti e Canada); i rapporti fra poteri eventualmente anche in relazione alla tutela dei diritti (come nel caso delle emergenze costituzionali – es. Stati Uniti, giurisprudenza sul c.d. sistema Guantanamo – o degli impasse politico istituzionali occorsi in Spagna).

Vi è poi il macro-tema dei diritti, specie se dalle implicazioni etiche. Nota è la questione dell'aborto, ma possono essere menzionate anche le scelte in relazione al fine vita (tanto negli Stati Uniti, quanto in molti ordinamenti europei), o ancora, la giurisprudenza in relazione ai diritti delle coppie omosessuali e alla loro possibilità di contrarre matrimonio (cfr. USA, Italia, Spagna, Germania, solo per citare alcuni ordinamenti).

Vi è, inoltre, il grande tema dei diritti sociali e della giurisprudenza che incide sulle scelte di politica economica di un Paese o sulla gestione delle risorse di bilancio (es. Spagna, Italia, Portogallo).

Infine, anche il tema del *climate change* e della giustiziabilità di questioni ad esso connesse, è stato oggetto di giurisprudenza affatto coerente nelle esperienze costituzionali prese in considerazione e presenta rilevanti implicazioni politiche (possono essere menzionati i casi di Stati Uniti e Canada, ma anche le decisioni di vari Tribunali e Corti europee).

Caterina Drigo
Dipartimento di Scienze Giuridiche "A. Cicu"
Alma Mater Studiorum, Università di Bologna
caterina.drigo@unibo.it

