

Giurisdizione costituzionale e indirizzo politico

di Roberto Toniatti

Abstract: *Constitutional adjudication and policy-making* - Judicial review of legislation has planted its roots in European continental constitutionalism mostly since World War 2 as an essential part of the transition to liberal democracy. The function of safeguarding the supremacy of entrenched constitutions, when necessary also against the encroachment of individual fundamental rights and systemic values by parliamentary legislation, is expressly attributed to *ad hoc* specialised constitutional courts. Such courts are established as judicial institutions and are regulated by judicial procedure and yet the exercise of their function as part of the system of checks and balances entails a significant impact on traditional understanding of separation of powers. Constitutional adjudication is highly conditioned by European Constitutional culture and gives evidence to structural forms of non-majoritarian constitutional democracy. Although occasionally pathological, tension between political policy-making institutions and constitutional courts is to be regarded as physiological and consistent with the need to preserve the balance within the system.

Keywords: Constitutional adjudication; European constitutional culture; Judicial safeguarding of constitutional supremacy; Non-majoritarian constitutional democracy; Policy making under the rule of law.

139

1. Introduzione

La giurisdizione costituzionale può essere identificata in ragione della sua essenziale funzione originaria di garantire e rendere effettivo lo *status* della costituzione scritta e rigida quale norma di efficacia superiore nel sistema di gerarchia delle fonti.¹ La configurazione di tale funzione è conforme ai profili connotativi dello stato costituzionale di diritto nel cui contesto la costituzione si qualifica come norma scritta, rigida e giurisdizionalmente garantita.

La differenziazione dell'efficacia delle fonti è, dunque, la condizione preliminare perché si prospetti l'esigenza di una garanzia in tal senso.

L'intuizione circa gli effetti di norme di rango superiore alle leggi del monarca e, dunque, di un controllo sul potere monarchico si era manifestata già in passato e, in particolare, in Francia sin dall'*ancien régime* e si era

¹ La *ratio* dell'istituto è presentata con chiarezza espositiva e rigore logico in connessione con la *Supremacy Clause* in *Marbury v. Madison* (1803), come si dirà in seguito.

sviluppata anche in periodo rivoluzionario ma senza essere accolta nel diritto positivo.²

È solo con il contributo teorico e costituente di Hans Kelsen, agli inizi del 20° secolo, che in Europa si è avviata un'esperienza significativa in materia.³ Oggi, come sappiamo, la giurisdizione costituzionale ha vissuto una notevolissima diffusione sul continente, venendo introdotta man mano che – a partire dall'Italia nel 1948 (ma in realtà dal 1956) e dalla Germania (1949) – i vari Stati hanno vissuto una transizione costituzionale da regimi autocratici e totalitari ad assetti liberaldemocratici (dal Portogallo e dalla Spagna negli anni '70, ai Paesi dell'Europa centrale, orientale e sud-orientale a partire dagli anni '90).

L'area geopolitica che si conferma non disposta a recepire l'istituto – anche poiché non ha mai espresso dall'interno un proprio regime autocratico e, di conseguenza, può ben confermare la fiducia nella rappresentanza parlamentare propria del costituzionalismo originario⁴ – è circoscritta agli ordinamenti scandinavi (Danimarca, Norvegia, Svezia e Finlandia), oltre ai Paesi Bassi (dove, peraltro, esiste un dibattito politico e dottrinario sul divieto costituzionale in proposito)⁵ e, naturalmente, al Regno Unito, dove manca il presupposto stesso per il suo accoglimento, ossia una costituzione rigida. Nondimeno, la formalizzazione della *declaration of incompatibility* rispetto alla Convenzione EDU che il giudice può comunicare al Parlamento – pur con tutti i suoi limiti e le critiche che ad essa sono destinate (e dunque fintantoché durerà) – è ben significativa, se non di una vera dinamica, almeno di un'esigenza di qualificazione e differenziazione all'interno del sistema delle fonti. Osserviamo ancora che, anche nell'ambito degli ordinamenti di *common law*, il Regno Unito, insieme alla Nuova Zelanda, è rimasto l'unico privo di *judicial review of legislation*.

La giurisdizione costituzionale può essere ritenuta, dunque, un dato strutturale del costituzionalismo liberale europeo che ne caratterizza

² In tema di supremazia della costituzione e democrazia, con riguardo alle *lois fondamentales du Royaume* con prevalente fondamento nel diritto consuetudinario («il monarca doveva osservare le leggi del regno, le quali non potevano essere violate senza mettere in discussione la legittimità stessa del potere sovrano») e sul ruolo di vigilanza svolto dai Parlamenti, principalmente quello di Parigi, a garanzia dei limiti alla sovranità del monarca cfr. M. Fioravanti, *Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, in *Rivoluzione e costituzione. Saggi di storia costituzionale*, Torino, 2022, 68 al quale si rinvia anche per una ricognizione critica di idee e progetti maturati in periodo rivoluzionario in Francia – fra i quali il *jury constitutionnaire* di Sieyès quale «dépositaire conservateur de l'acte constitutionnel», benché la tradizione della storia costituzionale francese, a partire dal 1789, in materia di garanzia dei diritti non accettò un potere giudiziario inteso come freno a quello legislativo (*ivi*, 85).

³ Cfr. P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987; Idem, *The Evolution of Constitutional Adjudication in Europe*, in A. von Bogdandy, P.M. Huber, C. Grabenwarter (Eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, Oxford, 2023. Occorre estendere l'analisi all'esperienza irlandese per l'interessante disciplina in un ordinamento di *common law* con costituzione scritta, rigida e garantita (1937), dopo quella degli Stati Uniti.

⁴ Giova precisare che lo stesso giudizio si applica al Belgio e alla Svizzera, dove l'origine del controllo di costituzionalità è connessa alla struttura federale dell'ordinamento.

⁵ Ricordiamo il testo dell'art. 120 della Costituzione: «The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts».

l'evoluzione, soprattutto nel corso del 20° secolo, con particolare riguardo alla seconda metà del secolo. Il tema si conferma essere, di conseguenza, di grande e costante interesse per il comparatista, come del resto indicato dall'esistenza di un'ampia letteratura in materia.

Il mero accostamento fra i due concetti di «giurisdizione costituzionale» e di «indirizzo politico» implica evocare, quasi per effetto pavloviano, un contesto relazionale intrinsecamente dialettico del diritto costituzionale comparato e alludere alla presenza di una tensione - attuale o virtuale - fra le istituzioni se non, *tout court*, ad un conflitto patologico fra le stesse e nel sistema.

Anche la nozione di «forma di governo» indica un contesto relazionale intrinsecamente dialettico ma non richiama necessariamente rapporti conflittuali ovvero uno stato patologico delle relazioni fra le istituzioni, se non con riguardo ad alcune circostanze proprie soprattutto delle forme di governo dualiste⁶: infatti, la forma di governo parlamentare - quale forma di governo monista con un unico circuito di legittimazione democratica che nasce con il corpo elettorale e, attraverso la fiducia parlamentare, arriva al governo - ha consolidato un'evoluzione che colloca ormai stabilmente l'epigono dell'originario rapporto dialettico nel contesto del nuovo dualismo, fondato sulla contrapposizione fra il binomio governo e maggioranza parlamentare, da un lato, e opposizione, dall'altro.⁷

Se la stessa evoluzione non si è manifestata con riguardo alla dialettica intercorrente fra «giurisdizione costituzionale» e «indirizzo politico» è verosimilmente dovuto alla circostanza per la quale, nel primo caso, tanto il parlamento quanto il governo si collocano nell'ambito della medesima funzione di governo mentre, nel secondo, gli organi della giurisdizione costituzionale e dell'indirizzo politico si pongono, invece, in una rispettiva prospettiva funzionale del tutto diversa e contrapposta, ossia nelle due sfere distinte della *iurisdictio* e del *gubernaculum*. Con il corollario - non certo marginale - che il concetto stesso di giurisdizione costituzionale si pone in antitesi con la tradizionale concezione ottocentesca della «supremazia (o sovranità) parlamentare».

Convieni, di conseguenza, soffermarsi su taluni profili essenziali di tale distinzione, profili la cui ricognizione potrà contribuire a chiarire il significato che in questa sede verrà attribuito ai concetti e agli istituti in ordine ai quali si dovrà sviluppare il ragionamento, atteso che la materia è suscettibile di ricostruzioni sistematiche e valutazioni scientifiche differenziate e potenzialmente controverse. La tematica su cui occorre riflettere è, infatti, molto ampia, articolata e intimamente connessa al centro vitale della materia costituzionale. Nel corso del ragionamento, nondimeno, sarà necessario essere selettivi e rinunciare a fare ricorso a tutti gli argomenti virtualmente utilizzabili, per quanto pertinenti e di per sé rilevanti, al fine di privilegiare l'omogeneità di fondo della linea ricostruttiva e dell'impostazione logico-sistematica dell'esposizione.

⁶ Si considerino a riguardo la forma di governo presidenziale degli Stati Uniti ovvero quella parlamentare britannica non integrata dalle note *conventions of the constitution* che hanno contribuito a preservare quanto rimane dei *prerogative powers* della monarchia.

⁷ Cfr. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Padova, 2013, 562 ss. dove, a coronamento dell'acquisita rilevanza formale della funzione di opposizione, si elabora la nozione di «forma di governo ad opposizione garantita».

2. La giurisdizione costituzionale quale funzione sovrana di garanzia della supremazia della costituzione

L'inquadramento della materia può partire utilmente dalle nozioni di «democrazia costituzionale» e di «stato costituzionale di diritto» che ne rappresenta la forma organizzativa statale tipica.

La democrazia costituzionale rappresenta un completamento della democrazia *tout court*, ossia della concezione formale della democrazia strettamente connessa con il momento del voto, quasi si potesse ritenere che il mero esaurimento della competizione elettorale coincidesse con la realizzazione della democrazia. La democrazia costituzionale si fonda certamente sulla premessa delle elezioni, che devono essere libere e competitive, ma, come evidenziato da queste stesse qualificazioni (libere e competitive), deve altresì fondarsi su un contesto normativo ed assiologico che va ben al di là dall'esaurirsi con il compimento del fatto elettorale. Si tratta, infatti, di «democrazia secondo il diritto», e, dunque, di una concezione sostanziale della democrazia, di una democrazia assiologica, qualificata dai valori che sono i valori del costituzionalismo liberale e sociale, fra i quali il binomio strettamente intrecciato di «tutela delle minoranze» e di garanzia contro la «dittatura della maggioranza».

Questa concezione ha generato la forma di stato costituzionale di diritto quale sua forma di stato tipica. In argomento, occorre insistere sulla *tipicità* della forma di stato *de qua*, giacché molto spesso la riflessione giuspubblicistica preferisce ancora fare riferimento, invece, allo «stato di diritto» *tout court*, quasi l'ordinamento del quale si discorre – ad esempio, l'ordinamento italiano –, fosse ancora inquadrabile all'interno di quella categoria, come se (rispetto all'ordinamento pregresso e allo Statuto Albertino) la rigidità del testo costituzionale e l'introduzione del controllo giurisdizionale di costituzionalità non facessero parte – e parte connotativa e qualificante dell'innovazione stessa del 1948 – dell'ordinamento positivo vigente.

La forma di stato costituzionale di diritto nasce *dallo e sullo* – e non certo *contro* – lo stato di diritto ma lo integra, lo supera e lo completa non solo sul piano della tavola dei valori ma soprattutto su quello della difesa e della garanzia istituzionale di quegli stessi valori.⁸

La giurisdizione costituzionale è pertanto a chiare lettere funzione della sovranità, alla stessa stregua della funzione di indirizzo politico. E non a caso la ricostruzione delle funzioni sovrane, fondata con richiamo ai principi di separazione dei poteri e di *checks and balances*, ha trovato una sua

⁸ Forse un incoraggiamento della prassi di continuare a fare riferimento, anche in chiave di definizione, allo stato di diritto *tout court* può avere una motivazione nel frequente riferimento testuale alla formula «*rule of law*» acriticamente mutuata dal sistema delle fonti del Regno Unito ovvero dal diritto dell'Unione Europea, a sua volta ispirato e condizionato dal modello britannico ma soprattutto dalla natura controversa dello *status* costituzionale delle sue fonti normative primarie (i trattati istitutivi e la Carta dei diritti fondamentali). Ma non è del tutto da escludere che, almeno in passato e nei decenni di ritardata attuazione costituzionale, la prassi in parola avesse anche una motivazione ideologica di ostilità o freddezza nei confronti del nuovo ordinamento democratico costituzionale.

nuova logica sistematica nella distinzione fra organi di indirizzo e organi di garanzia.⁹

2.1 Gli organi di garanzia costituzionale: il capo dello Stato

Alla categoria degli organi di garanzia appartiene di certo il capo dello Stato, ma – nello scenario comparato della forma di governo parlamentare – la classificazione si applica soprattutto nell’ordinamento italiano.¹⁰ Si tratta, peraltro, dell’approdo di un percorso interpretativo che deve molto alla prassi attuativa dell’organo da parte dei suoi titolari, alla luce delle dinamiche del sistema politico oltre che di quello istituzionale, con perduranti incertezze sulla definizione sistematica dei limiti del suo ruolo di garanzia costituzionale distinto da un ruolo di garanzia del sistema nella sua completezza, con una forte enfasi sul ruolo di *moral suasion* non certo suscettibile di ricostruzione giuridica analitica attraverso la definizione di poteri tipici.¹¹

Ma, in altri ordinamenti, la funzione di garanzia del capo dello Stato o non viene considerata tale, ovvero si esprime con forme del tutto contenute e marginali, come in Germania, in Israele, in Spagna, nelle monarchie nordiche ovvero in Austria, Finlandia¹² e Slovenia che, benché forme di governo parlamentare, prevedono l’elezione popolare diretta del presidente; per non parlare della Francia, della Polonia e dei numerosi ordinamenti ispirati alla forma di governo semipresidenziale e alle ambiguità del ruolo di quel capo di Stato, la cui funzione formale di arbitro si è rivelata così lontana da un ruolo di garanzia costituzionale, se non – ma solo in parte – nelle esperienze di *cohabitation*.¹³

In tutti i casi, l’organo capo dello Stato qui da ultimo richiamato – neppure quello italiano – non si presta ad esaurire l’esercizio della funzione di garanzia costituzionale che la forma di stato postula e richiede.

2.2 Gli organi di garanzia costituzionale: la magistratura

⁹ Per un articolato inquadramento sistematico della materia cfr. R. Tarchi, *Democrazia e istituzioni di garanzia. Un rapporto dialettico o conflittuale?*, Napoli, 2021.

¹⁰ La qualificazione dell’organo capo dello Stato, monarchico o repubblicano che sia, quale organo di garanzia costituzionale ed estraneo, in particolare, al potere esecutivo, è di elaborazione ancora relativamente recente ed è ancora in fase di consolidamento nella ricerca comparata.

¹¹ R. Toniatti, *Il capo dello Stato e l’interesse nazionale*, ne *Il Mulino*, 1992.

¹² Ricordiamo però che, in base all’art. 77 della Costituzione della Finlandia, nel contesto del suo potere di promulgazione di una legge adottata dal Parlamento, «the President shall decide on the confirmation within three months of the submission of the Act. The President may obtain a statement on the Act from the Supreme Court or the Supreme Administrative Court» (si tratta, peraltro, di un parere autorevole ma non vincolante).

¹³ Cfr. P. Costanzo, *La “nuova” Costituzione della Francia*, Torino, 2009, 314 ss. dove, senza aderire alla definizione di “forma di governo semipresidenziale” e all’ambiguità di fondo della concezione “arbitrale”, si sottolinea la «curvatura presidenzialista della forma di governo francese» in relazione all’indirizzo politico.

Tradizionalmente, della categoria degli organi di garanzia fa parte integrante la magistratura, benché sotto il profilo specifico della garanzia costituzionale l'analisi debba essere articolata.

In ordinamenti privi di un controllo di costituzionalità – sia diffuso che accentrato –, alcune costituzioni rigide affidano alla magistratura un compito di previa verifica della costituzionalità dei progetti di legge da deliberare in sede parlamentare.

Occorre fare menzione, in primo luogo, dell'ordinamento dei Paesi Bassi, benché la Costituzione, come noto, escluda il controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi. Infatti, nel corso del procedimento legislativo, una funzione obbligatoria consultiva – e dunque non vincolante – in via preventiva è attribuita alla Divisione Consultiva del Consiglio di Stato.¹⁴

In questo ambito si colloca anche il caso della Finlandia, dove si prescrive espressamente il primato della Costituzione sulla legge senza indicare però i modi attraverso i quali tale primato possa essere tutelato dal giudice. Nella prassi, il giudice disapplica la legge nel caso concreto, ma la decisione produce i suoi effetti esclusivamente fra le parti del processo.¹⁵ ; mentre, nell'ipotesi di fonti secondarie, si fa riferimento esplicito all'obbligo di disapplicazione.¹⁶

Giova ricordare in questo contesto anche l'esperienza italiana nei (troppi) primi anni che hanno preceduto l'istituzione della Corte costituzionale. L'Assemblea costituente, in una palese manifestazione di sensibilità per l'immediata applicazione giurisdizionale dei valori repubblicani, secondo la *ratio* della norma, aveva previsto che «fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'articolo 134 ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione» (cpv. della VII Disposizione finale e transitoria).¹⁷

¹⁴ Così prescrive l'art. 73.1 Cost.: «The Council of State or a division of the Council shall be consulted on Bills and draft orders in council as well as proposals for the approval of treaties by the States General. Such consultation may be dispensed with in cases to be laid down by Act of Parliament». Cfr. in argomento J.C.A. de Poorter, *Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility*, in 9(2) *Utrecht L. Rev.* 89 (2013).

¹⁵ L'ordinamento non riconosce il principio dello *stare decisis*. Tuttavia, si è osservato che «here again, recourse to constitutional traditions and culture is important. Finnish judicial culture displays a strong respect for the case-law of the highest courts. The risk, in practice, that lower courts refuse to follow the case-law of the highest courts is very small. In the circumstances, the present system appears not to be problematic in this regard» (*ivi*, 117), in European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion on the Constitution of Finland*, 2008.

¹⁶ Si veda in tal senso il Capitolo 10 della Costituzione (rubricato "Supervision of legality") in base al quale «If, in a matter being tried by a court of law, the application of an Act would be in evident conflict with the Constitution, the court of law shall give primacy to the Constitution» (sec 106) e «If a provision in a Decree or another statute of a lower level than an Act is in conflict with the Constitution or another Act, it shall not be applied by a court of law or by any other public authority» (sec. 107). Nel testo dell'art. 106 è stato evidenziato il riferimento alla controversia giudiziaria concreta e all'evidenza del conflitto fra le norme.

¹⁷ Sulla disposizione richiamata rinviamo a A. Pizzorusso et al., *Disposizioni transitorie e finali, Commentario della Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1995. Per un'analisi

Nonostante i suoi limiti, la soluzione dell'attribuzione di un ruolo consultivo è in tutti i modi sintomatica dell'esigenza di garantire la presenza, la vitalità e la forza della norma costituzionale nella capillarità dell'esperienza giurisdizionale concreta e, dunque, della necessità del coinvolgimento del giudice comune, in virtù dei caratteri strutturali di indipendenza e neutralità dei magistrati e della relativa facilità di accesso da parte dei singoli cittadini.

Queste ultime circostanze si verificano negli ordinamenti nei quali vige un sistema di controllo di costituzionalità di tipo diffuso, come negli Stati Uniti. Ma anche negli ordinamenti nei quali opera un organo di controllo accentrato di costituzionalità la giurisdizione ordinaria è chiamata a svolgere un ruolo di grande rilievo, in primo luogo attraverso l'attivazione del controllo in via incidentale. È il giudice comune, infatti, che - con la sospensione del procedimento, anche di propria iniziativa - determina necessariamente l'avvio del giudizio da parte della Corte costituzionale. Ragionando per assurdo, potrebbe dirsi che una totale inerzia da parte del giudice comune produrrebbe la stasi della giurisdizione costituzionale.

In proposito - e con riguardo all'ordinamento italiano ma con riferibilità anche ad altri ordinamenti che hanno vissuto l'esperienza di una transizione di forma di stato e di regime ideologico -, si può osservare che, in una prima fase storica, lo strumento del ricorso in via incidentale e del relativo obbligo del duplice giudizio di rilevanza e di non manifesta infondatezza ha realizzato un'ottima scuola di educazione costituzionale di una magistratura che aveva ricevuto una formazione giuridica in un clima culturale ben lontano dai valori e dai rimedi introdotti e garantiti dalla Costituzione repubblicana. E questa circostanza è stata provata dall'iniziale promovimento del ricorso soprattutto da parte dei pretori - ossia i magistrati più giovani d'età e di formazione -, mentre le azioni promosse dalla Cassazione hanno tardato ben più a lungo.

Quanto qui rilevato si applica anche in quegli ordinamenti - e sono la quasi totalità - nei quali, a differenza dell'ordinamento italiano, i cittadini hanno la disponibilità anche della via del ricorso costituzionale individuale diretto (*verfassungsbeschwerde*, *amparo*, etc.). Conosciamo i dati corrispondenti all'esito della quantità di tali ricorsi esperiti e, senza pregiudizio per il valore intrinseco dello strumento, osserviamo che, nello stesso tempo, si avverte, per contrasto, il valore della professionalità del magistrato nel selezionare i ricorsi in via indiretta.

Ma oltre alla disponibilità dello strumento formale, si osserva come il giudice abbia altri modi per incidere sulla garanzia della costituzionalità.

Si è manifestato, ad esempio, l'importante capitolo dell'applicazione diretta delle norme costituzionali - nel caso italiano, per citarne uno, nel campo del diritto del lavoro - in virtù della loro precettività immediata senza necessità di una previa *interpositio legislatoris*.¹⁸

dell'esperienza giurisdizionale di controllo diffuso di costituzionalità prima del 1956 cfr. F. Biagi, *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Bologna, 2016.

¹⁸ Giova richiamare in proposito, l'art. 1, 3° comma del *Grundgesetz* («I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti immediatamente applicabili»).

Il ruolo attivo di garanzia della supremazia della costituzione si è esercitato, inoltre, anche attraverso la formazione del diritto vivente cui la Corte conferisce riconoscimento formale, ovvero corrispondendo alle aspettative della Corte enunciate con le sentenze interpretative di rigetto. Di particolare incisività si rivela, in proposito, anche l'interpretazione conforme a Costituzione, ovvero l'interpretazione adeguatrice¹⁹, anche al fine di evitare l'intervento diretto della Corte costituzionale come essa stessa aveva per un certo periodo sollecitato a fare, avviando il sistema verso una configurazione dotata di tratti di diffusività.²⁰

Quest'ultima prospettiva, del resto, pone una forte enfasi sul ruolo interpretativo del giudice comune anche nel contesto della disapplicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea in conformità con la Costituzione – secondo l'interpretazione della Corte italiana – e come delineato anche con riguardo al contrasto con la Convenzione EDU secondo l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo.²¹

3. Controllo giurisdizionale e controllo politico

Nei paragrafi precedenti si è posto in evidenza, in primo luogo, come la democrazia costituzionale, organizzata nella forma di stato costituzionale di diritto, si caratterizzi per la centralità indefettibile della garanzia della rigidità della costituzione; e, in secondo luogo, per l'articolazione istituzionale e funzionale di tale funzione rispetto alla quale, tuttavia, l'organo giurisdizionale ad essa preposto svolge un ruolo del tutto prioritario e prevalente.

¹⁹ In argomento, si è affermato che «interpretare una disposizione in modo conforme a Costituzione significa espungere tutte le altre possibili interpretazioni di quella disposizione dall'ordinamento (de facto se non de iure), avvicinandosi così il sindacato accentrato a quello diffuso», in M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale*, Padova, 1984, 262. In argomento anche V. Sciarabba, *L'“interpretazione conforme” tra sindacato diffuso (su “norme”) e ipotesi di “graduazione della costituzionalità”: spunti di riflessione*, in E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi (cur.), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 481; Id., *L'“interpretazione conforme” tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in *Forum Quad. cost.*, 2019.

²⁰ Cfr. in proposito E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002; D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020; T. Groppi, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi.it*, 3, 2021. G. de Vergottini, *A proposito di un riaccentramento del giudizio costituzionale*, in S. Aloisio, R. Pinardi, S. Scagliarini (cur.), *Scritti in memoria di Gladio Gemma*, Torino, 2023, 277 ss.

²¹ Si rinvia in proposito alle note “sentenze gemelle” (n. 348 e n. 349 del 2007), nonché alla sentenza n. 49 del 2015 in occasione della quale la Corte ha precisato che «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU è subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU. Nelle ipotesi in cui non sia possibile percorrere tale via, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana e sia perciò tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della legge di adattamento».

Un ulteriore ordine di riflessioni che occorre svolgere ha ad oggetto la natura giurisdizionale dell'organo *de quo* e la distinzione rispetto ad una distinta modalità organizzativa della funzione di garanzia, affidata, in particolare ad un organo politico.

3.1 Il controllo giurisdizionale

L'attribuzione della funzione di garanzia costituzionale ad un organo giurisdizionale è il risultato di una circostanza storica e di un fondamento sistematico: la prima è da rinvenire nell'origine dell'istituto negli Stati Uniti e, segnatamente, dall'attribuzione a se stessa della funzione da parte della Corte suprema e del *Chief Justice* Marshall; il secondo, invece, discende dai caratteri tipici di un organo giurisdizionale quali l'indipendenza dal potere politico – in un contesto di separazione dei poteri e di *checks and balances* –, la conoscenza del metodo giuridico e la professionalità nel contesto giudiziario: la combinazione dell'una e dell'altro è stata alla base della razionalizzazione normativa intuita, pensata e realizzata da Hans Kelsen, tradotta nelle categorie giuridiche proprie della tradizione giuridica dell'Europa continentale e formalizzata, per la prima volta, nella Costituzione austriaca del 1920.

Su questi rilievi conviene soffermarsi con qualche ulteriore considerazione.

È ben noto che occorre riferirsi all'ordinamento costituzionale federale degli Stati Uniti per individuare l'origine storica dell'istituto. La circostanza non è marginale: giova precisare, infatti, che in quell'ordinamento di fine '700 la differenziazione formale delle fonti non è solo dichiarativa, ideologica o programmatica ma è strettamente e formalmente giuridica ed è connessa alla rispettiva efficacia delle fonti.

Inoltre, occorre richiamare il fatto che, in quell'ordinamento di cultura di *common law*, l'efficacia giuridica della fonte deriva sia dal suo carattere di norma scritta di produzione politica – anche in conseguenza dei “residui contrattualistici” del fondamento pattizio delle sue origini²² –, sia dalla sua auto-qualificazione quale *supreme law of the land*, con riguardo ad una categoria giuridica fondamentale tipica (*law of the land*) di quella tradizione giuridica. È dunque l'aggettivo “*supreme*” – conseguente peraltro al procedimento aggravato previsto per la revisione costituzionale di cui all'art. V – che qualifica la superiorità gerarchica della fonte e fornisce il fondamento della *supremacy clause* di cui all'art. VI. Inoltre, giova precisare che la superiorità gerarchica della legge federale non è estesa a tutte le leggi ma è circoscritta alle leggi emanate «in Pursuance [of the Constitution]», ossia in conformità con la Costituzione e non a tutti i trattati ma solo a quelli «made, or which shall be made, under the Authority of the United States».

Inoltre, osserviamo che della norma in parola sono destinatari, *in primis*, i giudici – tanto federali quanto degli stati membri – e, in secondo luogo ed esplicitamente, il potere politico, ossia i titolari della funzione di produzione di tutte quelle fonti – ancora una volta, tanto federali quanto

²² Cfr. A. La Pergola, *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969.

degli stati membri - che la *supremacy clause* qualifica come recessive rispetto alla Costituzione federale.²³ Si tratta, pertanto, di un contesto ben qualificato dal punto di vista giuridico e il *Chief Justice* ne ha tratto le dovute conseguenze.

La razionalizzazione operata da Kelsen - che è ancora centrale nonostante gli sviluppi che dal modello kelseniano hanno condotto al modello europeo contemporaneo - concerne, in primo luogo, la configurazione di un controllo accentrato, esercitato da un'unica corte, a differenza del controllo diffuso; gli effetti di una dichiarazione di illegittimità costituzionale, che, nel contesto europeo, produce l'abrogazione della legge *de qua* mentre, in quello statunitense e (pur con alcune eccezioni) negli ordinamenti di *common law*, comporta la sopravvivenza formale della fonte ma la sua disapplicazione giudiziaria, dichiarazione che - per effetto del principio dello *stare decisis* - viene considerata vincolante per tutti i giudici; la definizione della portata degli effetti di una dichiarazione di illegittimità, che nell'ordinamento statunitense sono formalmente *inter partes* - salvo l'acquisizione di una portata generale in conseguenza della forza di *binding precedent* della decisione di una istanza giudiziaria superiore -, mentre nei sistemi europei gli effetti della abrogazione della fonte dichiarata costituzionalmente illegittima risultano *erga omnes*.

Il modello statunitense esprime un'altra rilevante conseguenza rispetto agli ordinamenti europei, segnatamente sotto il profilo - relevantissimo - della selezione dei giudici investiti della funzione: su tale terreno, infatti, gli ordinamenti europei prevedono una disciplina diversa da quella vigente per la magistratura ordinaria - organizzata secondo il metodo burocratico - e introducono un potere di selezione dei giudici costituzionali da parte del potere politico, sia pure frazionato fra più organi, con partecipazione (*pro quota*, come nel caso italiano) ovvero con la mera imputazione dell'atto di nomina da parte del capo dello Stato.²⁴ Sono richieste maggioranze parlamentari qualificate, finalizzate a mantenere il governo e la sua maggioranza parlamentare estranei alla designazione.

È palese l'ispirazione dall'esperienza degli Stati Uniti, nella quale - in conformità del resto con i principi della cultura giuridica di *common law* - la designazione dei giudici federali è affidata alla proposta dei candidati da parte

²³ Ne ricordiamo il testo: «This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding. The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States».

²⁴ Ricordiamo come il testo originario della Costituzione austriaca del 1920 prevedesse (art. 147) che «il presidente, il vice-presidente e la metà dei membri titolari e supplenti sono eletti a vita dal Consiglio nazionale, l'altra metà dei membri titolari e supplenti sono eletti a vita dal Consiglio federale». La revisione del 1925 ha innovato tale disciplina e stabilito che il Presidente federale nomini il Presidente, il Vicepresidente, altri sei membri e tre membri supplenti su proposta del Governo federale e i restanti membri (titolari e supplenti) sulla base delle proposte presentate dal Consiglio nazionale e dal Consiglio federale.

del Presidente con la conferma da parte del Senato e si configura pertanto come un atto presidenziale di indirizzo politico.²⁵ In una fase di marcata polarizzazione politica come l'attuale, la prassi della nomina dei giudici federali – con evidente forte visibilità per i giudici della Corte suprema – conferma il fondamento di quest'ultima qualificazione.

Nel modello europeo si tratta, dunque, di una selezione retta da un *intuitus personae*, fondata pertanto sulla conoscenza dei candidati giudici costituzionali, della loro formazione e della loro esperienza professionale, secondo criteri normalmente fissati dalle stesse disposizioni costituzionali, nonché dei loro orientamenti ideologici ed assiologici, seguendo criteri convenzionali diretti a garantire un equilibrato pluralismo nella composizione della Corte.

Nonostante il recepimento della nomina politico-istituzionale dei componenti le corti costituzionali ricavato su ispirazione dell'esperienza statunitense, anche sotto il profilo della selezione si confermano la peculiarità del modello europeo di giustizia costituzionale di tipo accentrato rispetto a quello di tipo diffuso e, in questo contesto, la rilevanza dei profili organizzativi e strutturali.²⁶

Giova richiamare come un analogo metodo politico-istituzionale sia stato adottato per la composizione della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea.²⁷ Ne consegue che sembra fondato ritenere che quel metodo corrisponda, verosimilmente, ad una logica di compensazione: il legislatore parlamentare – per la giustizia costituzionale – e i legislatori statuali – per la giustizia convenzionale e comunitaria – compensano la subordinazione ad un controllo giurisdizionale cui potrebbe conseguire l'invalidazione di una fonte legislativa con l'esercizio (ovvero la partecipazione all'esercizio) del potere di selezione dei componenti gli organi giurisdizionali di garanzia.

In tal senso, il modello europeo si distanzia notevolmente da quello statunitense ed opta, piuttosto, per un "indirizzo istituzionale" o "di sistema" che rende ancora più significativa la questione del rapporto fra giurisdizione costituzionale e indirizzo politico. È, infatti, il Parlamento (per lo più a maggioranza qualificata), in quanto organo dello Stato e non in quanto espressivo della maggioranza di governo, ad intervenire – per intero ovvero *pro quota* – nella composizione dell'organo di giustizia costituzionale.

3.2 Il controllo politico

La supremazia della Costituzione esprime i propri effetti nei confronti di tutte le istituzioni ma, in modo particolare, nei confronti del legislatore

²⁵ R. Toniatti, *Appointing Power e indirizzo politico: le nomine del Presidente Reagan alla Corte Suprema*, in *Quad. cost.*, 1987, 187 ss.

²⁶ Cfr. in argomento R. Toniatti, *La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011.

²⁷ Cfr. R. Toniatti, *L'indipendenza dei giudici sovranazionali e internazionali*, in *DPCE*, 4, 2010, 1763 ss.

ordinario.²⁸ È evidente, pertanto, che la superiorità gerarchica della fonte costituzionale sulla legge parlamentare qualifica la giurisdizione costituzionale in relazione dialettica rispetto al potere politico, in tanto in quanto il potere politico, titolare della funzione legislativa ordinaria, si configuri come destinatario diretto e immediato dei limiti costituzionali posti dalla fonte costituzionale.

Questa circostanza pone le premesse perché si prospetti la questione della garanzia costituzionale esercitata attraverso il controllo politico. In proposito, l'esame comparato degli ordinamenti permette di distinguere fra un assetto di controllo politico aggiuntivo rispetto al controllo giurisdizionale e ad un assetto ad esso alternativo e, dunque, di natura esclusiva.

La prima ipotesi concerne un passaggio, solitamente facoltativo, del procedimento legislativo in occasione del quale l'assemblea parlamentare opera una verifica preliminare circa la legittimità costituzionale di una proposta di legge sotto forma di questione pregiudiziale (nell'ordinamento italiano tale situazione si verifica tipicamente con riguardo alla sussistenza dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza quali presupposti per l'emanazione di un decreto legge ex art. 77 Cost.). Il voto finale in proposito normalmente riproduce i rapporti di forza fra maggioranza di governo e opposizione, si esaurisce, pertanto, all'interno del circuito politico e, di conseguenza, non presenta spunti di particolare interesse in questa sede.²⁹

La seconda ipotesi, invece, si presenta in quegli ordinamenti che sono privi di un sistema giurisdizionale di controllo di costituzionalità – già sopra segnalati – nei quali, pertanto, l'unica forma istituzionale di garanzia si realizza all'interno del Parlamento, ovvero da parte di un organo esterno ma ad esso collegato e comunque di natura politica.³⁰

Un'interessante esperienza in tale prospettiva si configura in Finlandia, con riguardo alla Commissione parlamentare di diritto costituzionale la quale, nell'esercizio della funzione rubricata come «supervision of constitutionality», «shall issue statements on the constitutionality of legislative proposals and other matters brought for its

²⁸ La Legge Fondamentale della Germania è molto chiara, quando statuisce (art. 20.3 GG) che «La legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge e al diritto».

²⁹ In argomento si segnala, oltre ad una importante giurisprudenza costituzionale, anche un interessante (ma discontinuo) spazio di intervento per il Presidente della Repubblica. Per ampi riferimenti alla prassi si rinvia a C. Redi, *Decreto-legge: strumento di legislazione "straordinariamente ordinario"?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2011.

³⁰ Una soluzione analoga era stata prevista – senza peraltro trovare mai attuazione – dall'art. 91 della Costituzione francese del 1946: «Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution». Ricordiamo che il Comitato non operava, però, all'interno del Parlamento: era stabilito, infatti, che «Le Comité constitutionnel est présidé par le président de la République. Il comprend le président de l'Assemblée nationale, le président du Conseil de la République, sept membres élus par l'Assemblée nationale au début de chaque session annuelle à la représentation proportionnelle des groupes, et choisis en dehors de ses membres, trois membres élus dans les mêmes conditions par le Conseil de la République».

consideration, as well as on their relation to international human rights treaties» (sec. 74).³¹

L'ordinamento finlandese è da richiamare per un altro istituto, che esprime invece una maggiore flessibilità nei confronti dei limiti costituzionali alla discrezionalità legislativa del Parlamento. Si tratta della possibilità che il Parlamento adotti leggi aventi ad oggetto «a limited derogation of the Constitution» con la procedura richiesta per la revisione costituzionale che però, in virtù di una dichiarazione di urgenza (adottata con la maggioranza qualificata dei 5/6 dei voti), entra immediatamente in vigore (art. 73 Cost.). Per tale via, fatto salvo il requisito formale, è il Parlamento stesso che svolge un controllo di costituzionalità e, una volta verificata l'incompatibilità con una legge ordinaria, adatta il testo costituzionale a quest'ultima, anziché viceversa, al fine di legittimare una deroga o una rottura della Costituzione.

Anche sotto il profilo della configurazione delle forme di controllo politico, può rilevarsi come queste ultime si prestino ad essere valutate alla stregua di sintomi dell'esigenza sistematica di una garanzia del primato della fonte costituzionale ma anche come si tratti di meccanismi limitati, parziali e non risolutivi.

4. L'impatto della giurisdizione costituzionale sull'indirizzo politico

La rapida ricognizione comparata sin qui svolta, con il contributo di qualche riferimento storico, conferma, in primo luogo, il rilievo essenziale e connotativo della giurisdizione costituzionale nella configurazione della vigente forma di stato costituzionale di diritto e, in secondo luogo, come, nonostante la generale efficacia vincolante della fonte costituzionale, solo la garanzia giurisdizionale – secondo le forme previste dai singoli ordinamenti – si confermi essere lo strumento prioritario di tutela della supremazia. Altri strumenti – la magistratura, il capo dello Stato, il parlamento e altri organi di natura politica –, pur esistenti, a conferma, pertanto, dell'essenzialità della funzione *de qua*, non si rivelano altrettanto efficaci.

La dinamica evolutiva del controllo di costituzionalità sviluppatasi in Francia può essere considerata paradigmatica della vocazione della forma di

³¹ Nella sua *Opinion on the Constitution of Finland* (2008) la *European Commission for Democracy Through Law* ha rilevato che «the prior review is made in order to prevent unconstitutional legislation being passed in the first place. As already mentioned, the travaux préparatoires are very important tools for judicial interpretation and the opinions of the Committee on the Constitution in particular have a high status in the Finnish system. This high status can, however, cause difficulties [...] if, for some reason, there is a high degree of political consensus in Parliament in general and the Committee on the Constitution in particular, for legislation which nonetheless can raise serious questions under the constitutional rights provisions of the Constitution. Of course, Parliament is the primary safeguarder of the Constitution, and the long, transparent and well-prepared Finnish legislative process should guarantee that this does not happen. Exceptionally, however, this may be the case. The degree of respect the courts have for the travaux préparatoires may mean that they simply accept the assessment made by the Committee on the Constitution that there are no constitutional problems» (*ivi*, 118).

stato costituzionale di diritto ad approdare ad una qualificazione giurisdizionale dell'organo che ne sia investito. Alle origini della V Repubblica francese (1958), infatti, il *Conseil constitutionnel* appariva esprimere una figura ambigua, caratterizzata da una composizione in parte politica ma anche dall'adozione di procedure di tipo giurisdizionale; tuttavia, l'evoluzione segnata dall'esercizio effettivo della funzione di garanzia e alcuni interventi di revisione costituzionale ne hanno consolidato la natura di organo eminentemente giurisdizionale.³²

È dunque inevitabile che sia attorno all'organo di giustizia costituzionale che si polarizzi il nodo dell'impatto della supremazia costituzionale, garantita dall'organo giurisdizionale *ad hoc*, sulla funzione d'indirizzo politico, tanto se riconducibile all'esecutivo presidenziale quanto, invece, se imputabile ad una maggioranza parlamentare di governo.

4.1 La counter-majoritarian difficulty

In argomento occorre sottolineare ancora una volta il rilievo della distinzione fra modello accentrato e diffuso e, dunque, del riconoscimento del potere di invalidare una norma con effetti *erga omnes* e quello di disporne la disapplicazione con effetti *inter partes*, fatte salve le conseguenze dello *stare decisis*.

In quest'ultimo modello, infatti, è la magistratura ordinaria (ossia la magistratura *tout court*, sino alla Corte suprema) ad intervenire sulle fonti legislative e, in generale, sugli atti di indirizzo politico e tale intervento non può non venire percepito nei suoi riflessi che incidono sul principio di separazione dei poteri.³³

In realtà, il senso di *Marbury v. Madison* (1803) era stato quasi testualmente anticipato da Alexander Hamilton nel num. 78 de *The Federalist Papers*: benché, infatti, da un lato, , si affermi che «the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution [...] the judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither *force* nor *will*», dall'altro si precisa anche che «by a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for

³² Per la tesi circa la natura politica del *Conseil constitutionnel* si rinvia a G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 324.; secondo altra opinione, «l'esperienza francese è paradigmatica nello studio del modello di controllo di costituzionalità politico, anche se nel tempo si è assistito a una progressiva ibridazione», come rilevato da A. Mastromarino, *La giustizia costituzionale*, in A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Firenze, 2017, 252; parlano di «esempio di rielaborazione del modello politico di giustizia costituzionale» S. Bagni e M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, 120; sul «fenomeno della riconfigurazione del Consiglio» e sulla risultante qualificazione giurisdizionale dell'organo, anche con riferimento alle specifiche revisioni costituzionali, cfr. P. Costanzo, *La "nuova" Costituzione della Francia*, cit., 440 ss.

³³ Si pensi, con qualche analogia, all'origine della giustizia amministrativa dall'interno dell'amministrazione stessa, nel 19° secolo, negli ordinamenti dell'Europa continentale, proprio a tutela del principio di separazione dei poteri.

instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex post facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing».

Ovviamente, Publius coglie la facile percezione di contrarietà alla separazione dei principi di tale assetto³⁴, e non esita a presentare le argomentazioni logico-sistematiche in favore del suo superamento, con riguardo sia all'inammissibilità di un controllo politico³⁵ - che si risolverebbe nella coincidenza del controllore e del controllato -, sia al radicamento strutturale della funzione di interpretazione delle norme nella giurisdizione.³⁶

È palese dal ragionamento di Hamilton che la riflessione in proposito imponga di farsi carico della diversa efficacia gerarchica delle fonti e che la relazione dialettica si ponga non fra potere giudiziario e potere legislativo bensì, correttamente, fra Costituzione, tutelata dai giudici, e legge ordinaria: si conclude, infatti, precisando che «nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the

³⁴ Cfr. il num. 78 de *The Federalist Papers*: «Some perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the Constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void. As this doctrine is of great importance in all the American constitutions, a brief discussion of the ground on which it rests cannot be unacceptable [...] There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid».

³⁵ Così *ibidem*: «If it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments, it may be answered, that this cannot be the natural presumption, where it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution. It is not otherwise to be supposed, that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents. It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority».

³⁶ Si veda *ibidem*: «The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents».

latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental».

Nel modello accentrato, invece, si può osservare come – fatta eccezione per le modalità di intervento diretto sopra richiamate e ribadita l'essenzialità del ricorso in via incidentale, soprattutto laddove non è previsto il ricorso individuale diretto (ed è un numero esiguo degli ordinamenti dell'Europa continentale) - la magistratura in quanto tale svolge un ruolo per lo più marginale ed ancillare, per quanto necessario, rispetto al giudizio di costituzionalità.³⁷ E non è infondato ammettere che in questi stessi ordinamenti, in fondo, la natura autenticamente “giurisdizionale” di corti e tribunali costituzionali è in qualche modo artificiale e costruita secondo criteri di ingegneria costituzionale: si tratta, infatti, di una giurisdizione specializzata, a sé stante, creata *ad hoc* per l'esercizio di questa funzione, che dalla giurisdizione in senso proprio mutua, oltre alla denominazione dell'organo e dei suoi componenti (i *giudici* costituzionali), soprattutto il metodo processuale basato sulla parità delle parti del contraddittorio, sull'obbligo di motivazione (senza, tuttavia, che possa interporsi un appello), sui requisiti di indipendenza e neutralità dei componenti, sulla loro formazione giuridica ed esperienza professionale, sull'idoneità ad essere selezionati sulla base di criteri di previa conoscenza personale dei candidati che garantiscano un orientamento equilibrato nell'interpretazione delle norme.

Sulla base di questi dati, dunque, può ritenersi che, nei sistemi accentrati, la percezione della violazione della separazione dei poteri sia tendenzialmente meno forte e, di conseguenza, la reazione parlamentare alla giurisprudenza costituzionale che incide sull'indirizzo politico sia meno accesa.³⁸

È da ritenere, pertanto, che anche in questo contesto la cultura giuridica riferibile ai due sistemi accentrato e diffuso di controllo di costituzionalità abbia sviluppato una diversa lettura del fattore ‘democrazia’: democrazia procedurale e dunque prevalentemente democrazia elettorale e maggioritaria negli Stati Uniti, mentre, negli ordinamenti dell'Europa continentale, democrazia sostanziale (oltre che formale), democrazia fondata in prevalenza sui valori costituzionali e dunque democrazia costituzionale, fondata sull'equilibrio fra democrazia maggioritaria e democrazia non-maggioritaria: la prima concernente la funzione di governo e di indirizzo politico (ad esempio, in tema di fiducia parlamentare), la seconda preordinata,

³⁷ In Italia non sono mancate, tuttavia, contrapposizioni molto forti, come quelle che hanno indotto le Camere a proporre un clamoroso ricorso per conflitto di poteri contro la Corte di Cassazione a causa di una sentenza (I sezione civile, n. 21748 del 16 ottobre 2007) che avrebbe reso praticabile l'interruzione della vita di Eluana Englaro, da 17 anni in stato di coma. La Corte costituzionale, con ordinanza n. 334/2008, ha giudicato il ricorso inammissibile. In questa circostanza era intervenuto anche il Presidente della Repubblica, in funzione di garanzia costituzionale, rifiutando l'emanazione di un decreto legge con il quale si era tentato di impedire l'esecuzione della sentenza della Cassazione e di altri tribunali che erano nel frattempo intervenuti nella vicenda.

³⁸ Si fanno salve singole polemiche che concernono casi particolari, come quelle sulle sentenze che “costano” e che rivendicano l'applicabilità alle sentenze della Corte costituzionale del quarto comma dell'art. 80 Cost.: «Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte»); ovvero in materie cosiddette “sensibili”, quali inizio e fine vita.

invece, a disciplinare la funzione di garanzia costituzionale attraverso requisiti di maggioranze qualificate per l'elezione degli organi (ad esempio i giudici costituzionali, ovvero i componenti gli organi di alta amministrazione della magistratura che sostituiscono il ruolo ministeriale) e procedimenti aggravati di voto (ad esempio, per la revisione costituzionale, ovvero, in alcuni ordinamenti nei quali sono previste – quali Francia, Romania, Spagna – per l'adozione di leggi organiche).³⁹

In quest'ordine di riflessioni si può rilevare come la teoria della *counter-majoritarian difficulty* sia stata fondatamente elaborata dalla cultura giurispubblicistica statunitense – nonostante l'enunciazione dei caratteri di democrazia costituzionale contenuta ne *The Federalist Papers* oltre che in *Marbury v. Madison* – sul terreno di una concezione della democrazia costruita secondo criteri riconducibili esclusivamente alla teoria politica e non integrati in un appropriato contesto di cultura giuridica. Del resto, la democrazia maggioritaria ha una presenza quasi univoca, con due eccezioni – quali la revisione costituzionale e la partecipazione del Senato alla ratifica dei trattati internazionali –, entrambe riconducibili alla lettura dei «residui contrattualistici».⁴⁰

Non è un caso, probabilmente, che la critica più significativa – ma risalente nel tempo – del controllo giurisdizionale elaborata in Europa sia provenuta dalla dottrina francese⁴¹, secondo la prospettiva propria di un ordinamento che tradizionalmente ha nutrito diffidenza nei confronti dell'istituto, sino alla più recente innovazione costituzionale del 2008 che, nel solco di una propria dinamica evolutiva, ha valorizzato il contributo della *Cour de Cassation* e del *Conseil d'Etat* legittimati a presentare la *question préliminaire de constitutionnalité*.

La teoria in parola non sembra sufficientemente attenta alla circostanza per la quale la separazione dei poteri non può essere congegnata in modo così rigido da annullare del tutto le necessarie sinergie, da un lato, e, dall'altro, la costruzione di una effettiva rete di *checks and balances*, ossia di controlli ed equilibri fra i poteri, quale – per l'appunto – il *judicial review of (administration and) legislation*.⁴²

Ricordiamo, in proposito, per quanto attiene alla forma di governo federale degli Stati Uniti, che in un assetto dualista il principio in parola si riferisce alla separatezza ed alla reciproca indipendenza del titolo di

³⁹ Per un approfondimento di tale prospettiva cfr. R. Toniatti, *Il principio non-maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa*, in *DPCE*, 4, 2020, 1155 ss.

⁴⁰ Si veda A. Bickel, *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, New York, 1986.

⁴¹ Il riferimento è a E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, 1921.

⁴² Ricordiamo anche il celebre brano di J. Madison nel quale si espone la logica sistematica posta a fondamento dell'esigenza di un sistema di checks and balances: «If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions», in *The Federalist Papers* No. 51.

investitura dei titolari degli organi – riconducibili a distinti circuiti di legittimazione democratica - più che alla separatezza del titolo di esercizio delle rispettive funzioni, come brillantemente espresso dalla formula «*separated institutions sharing powers*» di R. Neustadt. Nel caso dei giudici federali – la cui nomina è il risultato della collaborazione fra il Presidente e il Senato - la separazione dei poteri appare ben tutelata dalla designazione *during good behaviour* e dalla possibilità di revoca solo attraverso un procedimento di *impeachment*.

Ancora una volta, peraltro, si può fare tesoro della saggezza delle parole de *The Federalist Papers*: nel num. 48, infatti, James Madison osserva che «unless these departments be so far connected and blended as to give to each a constitutional control over the others, the degree of separation which the maxim requires, as essential to a free government, can never in practice be duly maintained»; e cita, in proposito, proprio l'esperienza del *Council of Censors* previsto dalla Costituzione della Pennsylvania.⁴³

4.2 L'espansione materiale della giurisdizione

Un'altra dottrina, anch'essa elaborata negli Stati Uniti, offre qualche spunto utile per proseguire nel ragionamento contrario a connettere l'impatto negativo che il *judicial review of legislation* avrebbe sull'integrità del principio di separazione dei poteri e sulla funzione di indirizzo propria degli organi di indirizzo.

In questo caso il riferimento è alla dottrina di R. Hirschl nota per la (oggettivamente efficace) qualificazione degli sviluppi della giurisdizione come "*juristocracy*". Il concetto allude all'auto-attribuzione di una sfera sempre più ampia di intervento da parte del potere giudiziario (nel contesto statunitense, evidentemente inteso come inclusivo del controllo di costituzionalità), incline ad adottare decisioni di natura politica e di contenuto valutativo che si rivelano del tutto prossime all'espressione di un indirizzo politico. In tal senso, secondo Hirschl, i giudici si comporterebbero come se costituissero un organo che compete con gli organi di indirizzo politico in senso proprio.

Applicato al contesto dell'Europa continentale (anche se lo stesso Hirschl non lo fa in modo preciso ed analitico), il concetto di *juristocracy* si applicherebbe anche – e a maggior ragione - a corti e tribunali costituzionali.⁴⁴

⁴³ Nel testo si indica che «A part of the duty of this body, as marked out by the constitution, was "to inquire whether the constitution had been preserved inviolate in every part; and whether the legislative and executive branches of government had performed their duty as guardians of the people, or assumed to themselves, or exercised, other or greater powers than they are entitled to by the constitution." In the execution of this trust, the council were necessarily led to a comparison of both the legislative and executive proceedings, with the constitutional powers of these departments; and from the facts enumerated, and to the truth of most of which both sides in the council subscribed, it appears that the constitution had been flagrantly violated by the legislature in a variety of important instances».

⁴⁴ In estrema sintesi, l'Autore citato sostiene che «courts have become crucial fora for dealing with the most fundamental questions a democratic polity can contemplate. This global trend towards juristocracy is arguably one of the most significant developments

Anche in tale prospettiva la differenziazione fra i due contesti di cultura giuridica degli Stati Uniti e dell'Europa continentale sono rilevanti.

In primo luogo, ci sembra appropriato richiamare la distinzione elementare fra costituzione breve e costituzione lunga, allo scopo di porre in evidenza come la seconda, prevedendo una serie di funzioni e di finalità pubbliche dello Stato, contenga una corrispondente serie di parametri costituzionali significativamente maggiore, circostanza - questa - non certo marginale o influente nel determinare la latitudine del campo di intervento della giurisdizione costituzionale, comunque inevitabilmente più vasto almeno in quegli ordinamenti rientranti nella categoria. Già sotto questo profilo la comparazione fra le esperienze giuridiche ci dice qualcosa.

Osserviamo altresì che la Corte suprema degli Stati Uniti, quale prassi di *self-restraint*, ha elaborato, caso per caso e senza una ricostruzione sistematica, la *political question doctrine*, per rappresentare la mancanza di parametri costituzionali individuabili in via di interpretazione e da applicare per risolvere una data controversia. La stessa dottrina - nonostante qualche analogia con la figura dell'atto politico (o *de gouvernement*) - non sarebbe pertinente nella cultura giuridica dell'Europa continentale, alla luce delle diversità testuali già ricordate ed altresì del riflesso sul terreno anche della giurisdizione costituzionale della cultura del processo che conosce il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico, che prevede una disciplina per individuare la norma applicabile in assenza di una disposizione di diritto positivo e che è retta, in particolare, dal principio del *non liquet*.⁴⁵

in late-twentieth and early-twenty-first century government. Armed with judicial review procedures, constitutional courts in most leading democracies have been frequently called upon to determine a range of matters, from the scope of expression and religious freedoms, privacy and reproductive rights, to public policies pertaining to education, immigration, criminal justice, property, commerce, consumer protection, and environmental regulation. Bold newspaper headlines reporting on landmark court rulings concerning hotly contested issues such as same sex marriage, limits on campaign finance, or affirmative action have become a common phenomenon. This is true in the United States, where the legacy of active judicial review recently marked its bicentennial anniversary, and where courts have long played a significant role in policy-making and also in younger constitutional democracies that have established active judicial review mechanisms only in the past few decades», R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), 2004-2007.

⁴⁵ Il principio è intrinsecamente vigente nel sistema ed è vincolante a prescindere dalla sua previsione esplicita. Sul dovere di individuazione della norma si rinvia a fonti normative risalenti, quali il Codice civile generale austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch ABGB*) del 1811 (art. 7: «Qualora un caso non si possa decidere né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decise ed ai motivi di altre leggi analoghe. Rimando nondimeno dubbioso il caso. Dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e prudentemente ponderate»); e il *Codice civile* spagnolo del 1889 (art. 7: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido»); sulla previsione della sanzione di denegata giustizia cfr. il *Code civil* della Francia (art. 4), in base al quale «Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

Oltre all'espansione della materia costituzionale, occorre tenere conto anche del notevole incremento della legislazione ordinaria attuativa dell'ampio mandato costituzionale di governo secondo il modello post-weimariano ed è solo conseguente che all'incremento della disciplina normativa corrisponda un aumento del contenzioso e dunque della frequenza delle occasioni nelle quali la magistratura è chiamata ad intervenire con l'obbligo di offrire una soluzione giurisdizionale ed, eventualmente, una pronuncia sulla costituzionalità.

In tale prospettiva, occorre anche tenere presente che, a ulteriore riflesso della cultura giudiziaria sul processo costituzionale, il giudice dipende dall'iniziativa delle parti (salvo la facoltà che la Corte costituzionale si è riconosciuta di sollevare di fronte a se stessa una questione di legittimità agendo quale giudice *a quo*).

Fatta eccezione, ancora una volta, per il ricorso individuale diretto – che, come si sa, è numericamente vistoso –, per il resto si assiste ad un costante aumento dei soggetti che hanno titolo per rivolgersi all'organo di giustizia costituzionale, quale potenziamento degli interessi ritenuti meritevoli di tutela in sede costituente: a riguardo è emblematico l'art. 191 della Costituzione polacca che, oltre a figure istituzionali, riconosce il diritto di azione costituzionale anche a sindacati nazionali, associazioni imprenditoriali, chiese e organizzazioni religiose nell'ambito della legislazione pertinente con le proprie competenze.⁴⁶

In questo contesto, è di particolare rilievo il riconoscimento che le fonti costituzionali, anche con un emendamento *ad hoc*, hanno operato in favore di un ricorso (preventivo) di costituzionalità alle opposizioni parlamentari. Lo strumento è stato utilizzato con relativa parsimonia in alcuni ordinamenti, con eccessiva frequenza in altri, trasformando la giurisdizione costituzionale quasi in una terza camera parlamentare – come è stato osservato – per una surrettizia prosecuzione del confronto politico. In alcuni ordinamenti, anche al capo dello Stato si è riconosciuta la disponibilità di un'analogha possibilità, anche in questo caso con esiti discontinui.⁴⁷

Di certo, questo assetto comporta un sensibile aumento dell'attività degli organi di giustizia costituzionale, non solo dal punto di vista quantitativo ma anche qualitativo, in quanto incide sulla intrinseca politicità

⁴⁶ Questo è il testo: «1. The following may make application to the Constitutional Tribunal regarding matters specified in Article 188: 1. the President of the Republic, the Marshal of the Sejm, the Marshal of the Senate, the Prime Minister, 50 Deputies, 30 Senators, the First President of the Supreme Court, the President of the Chief Administrative Court, the Public Prosecutor-General, the President of the Supreme Chamber of Control and the Commissioner for Citizens' Rights, 2. the National Council of the Judiciary, to the extent specified in Article 186, para. 2; 3. the constitutive organs of units of local self-government; 4. the national organs of trade unions as well as the national authorities of employers' organizations and occupational organizations; 5. churches and religious organizations».

⁴⁷ Con riguardo all'ordinamento francese, si è osservato che «la *saisine* offerta alle minoranze parlamentari con la revisione recata dalla legge costituzionale n. 74-904, se ha certamente decisamente allargato le possibilità di tutela dei diritti, non si è, per altro verso, sottratta alla prevedibile politicizzazione dello strumento, cui ha persino fatto riscontro una certa emarginazione dei precedenti soggetti in quanto (almeno formalmente) istituzionalmente neutrali», in P. Costanzo, *La "nuova" Costituzione della Francia*, cit., 465.

delle questioni sulle quali le corti sono chiamate a decidere. In particolare, si è allargata l'area nella quale gli organi giurisdizionali sono chiamati a maturare le proprie deliberazioni attraverso un controllo astratto, anziché un controllo concreto, il primo di per sé più esposto ad interpretazioni del dato normativo più attente ad una lesione futura e potenziale piuttosto che concreta ed attuale.⁴⁸ In altre parole, la moltiplicazione dei soggetti abilitati a promuovere l'intervento della giustizia costituzionale ha prodotto un aumento del contenzioso e della conseguente attività giurisdizionale, con il risultato che si corre il rischio di invertire la finalità stessa della giurisdizione costituzionale, da strumento di giuridicizzazione della politica a percorso di politicizzazione della giurisdizione.

In questo senso, dottrine come quella della *counter-majoritarian difficulty* ovvero della *juristocracy* - pur maturate in un contesto di cultura giuridica ed istituzionale intensamente influenzato da una concezione maggioritaria della democrazia e, dunque, diverso da quello dell'Europa continentale, dove prevale una visione di democrazia costituzionale - devono comunque essere prese con la dovuta attenzione.

4.3 Il controllo sulle leggi di revisione costituzionale

Un tema di marcato interesse sotto il profilo dell'impatto della giurisdizione costituzionale sull'indirizzo politico è rappresentato dalla sottoposizione a controllo di costituzionalità delle leggi costituzionali e di revisione costituzionale, le prime integrative e le seconde di modifica del testo. Si tratta, infatti, di fonti che rivestono un rilievo sostanziale di grande importanza politica se il legislatore si impegna ad intraprendere un percorso procedurale lungo e aggravato.

In una logica sistematica, le leggi costituzionali e di revisione, in quanto manifestazione di un potere costituito, sono subordinate alla fonte costituzionale, che promana dall'esercizio del potere costituente, che viene solitamente identificato come il potere politico - ossia del tutto libero nei fini - per eccellenza. Occorre, peraltro, considerare che la previsione di un procedimento aggravato per l'integrazione del testo e per la revisione costituzionale è di per sé non già un sintomo ma un dato normativo certo circa la modificabilità di una costituzione rigida. D'altra parte, proprio la presenza di una disciplina aggravata, distinta dal procedimento legislativo ordinario, presuppone la necessità di un controllo che renda credibile la prescrittività di quei limiti e sanzionabile la loro violazione.

Nel diritto positivo, come noto, è frequente la presenza, oltre ai limiti formali, anche di limiti materiali, cui si fa riferimento con l'espressione «*eternity clause*» proprio per rappresentarne l'esclusione dalla revisione e la sottrazione alla disponibilità da parte del processo democratico stesso. E, anche in questo caso, la credibilità di quei limiti richiede un sistema di verifica. Nello stesso tempo, i testi costituzionali per lo più tacciono proprio

⁴⁸ Ricordiamo che la Corte Suprema degli Stati Uniti è vincolata ad un controllo concreto dalla *case and controversy clause* (art. III, sez. 2 Cost.) alla quale essa si attiene fermamente.

sulla presenza di tali controlli e soprattutto sulla titolarità della funzione relativa.

A fronte di tale apparente dilemma, si è fondatamente qualificata la funzione di revisione costituzionale fra gli istituti di garanzia della costituzione vigente, intendendo che la revisione stessa sia ammissibile ma incontri dei limiti, anche impliciti, che ne tutelano l'identità di fondo.⁴⁹ Ne risulta, di conseguenza, che la discrezionalità politica dell'organo titolare della funzione di integrazione e di revisione costituzionale è limitata e che il titolare della funzione di controllo e di garanzia dell'identità di fondo della costituzione è da ricondurre alla giurisdizione costituzionale.

In tal senso si è orientata, come ben noto, la Corte costituzionale italiana, la quale, con la sentenza n. 1186 del 1988, ha ammesso l'esistenza di principi fondamentali (o supremi) sottratti alla revisione⁵⁰ e si è altresì riconosciuta titolare della funzione *de qua*.⁵¹

In argomento, dunque, la soluzione del dilemma e la disciplina della revisione quale garanzia della costituzione vigente sono solitamente – ma in pochissimi casi – riconducibili alla giurisprudenza costituzionale.⁵²

⁴⁹ In tal senso cfr. A. Algostino, *La revisione della costituzione*, in A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, cit., 265, dove si rileva anche che la modificabilità delle costituzioni flessibili con legge ordinaria era «coerente con il principio di sovranità del parlamento e con il fatto che tali carte erano sostanzialmente espressione di una classe sociale che, dunque, non sentiva l'esigenza, che sussiste in un contesto pluralistico e conflittuale, di fissare le regole del gioco».

⁵⁰ Cfr. il punto 2.1 del Considerato in diritto: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" [...], sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana».

⁵¹ Cfr. *ibid.*: «Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore».

⁵² In altri contesti geopolitici, è nota, in proposito, la copiosa giurisprudenza della Corte suprema indiana che ha elaborato la *basic structure doctrine* (a partire dalla *landmark decision* in *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, del 1973) con la quale ha escluso i caratteri più rilevanti del testo dalla revisione. La dottrina è stata espressamente indicata come non applicabile in Malesia e Singapore (*Teo Soh Lung v Minister for Home Affairs & others*, del 1989 e *Vincent Cheng v Minister for Home Affairs & others*, del 1990).

Oltre all'Italia, citiamo solo l'Austria (con riguardo a leggi costituzionali). Negli Stati Uniti, dopo un primo precedente orientato ad affermare la propria competenza (*Dillon v. Gloss*, del 1921), la Corte suprema ha adottato in argomento la *political question doctrine* e da allora si è astenuta dall'intervenire (*Coleman v. Miller* (1939)).⁵³

La Costituzione della Turchia del 1982 è una delle poche ad intervenire esplicitamente in proposito: l'art. 4 prescrive l'*eternity clause* dei dati connotativi dell'ordinamento⁵⁴ e l'art. 148 stabilisce che la Corte costituzionale possa controllare solo la conformità formale del procedimento di revisione⁵⁵. L'intento è chiaramente di rendere il processo politico della revisione indenne da un controllo del merito della revisione. La Costituzione dell'Ucraina ha introdotto il requisito di un parere preliminare della Corte costituzionale per verificare che una proposta di riforma non incida sulle materie sottratte alla revisione.⁵⁶

In una prospettiva comparata, pertanto, la materia è ancora in attesa di un consolidamento. La fondatezza logico-sistematica del ragionamento che sta alla base della competenza all'esercizio del controllo non ha (ancora) portato a maturazione una deliberazione in tal senso degli organi costituenti e la relativa mancanza di contenzioso non ha (ancora) portato un numero

In Colombia, l'art. 241.1 della Costituzione del 1991 limita il controllo di costituzionalità degli emendamenti costituzionali ai soli limiti procedurali («A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación»). Ma la Corte costituzionale ha reagito con la *doctrina de la sustitución de la Constitución* secondo la quale «el poder constituyente derivado no tiene competencia para sustituir la Constitución, sino sólo para reformarla».

⁵³ Il problema si è posto, più di recente, in rapporto all'entrata in vigore del XXVII Emendamento, su cui cfr. R. Toniatti, *Il XXVII Emendamento della Costituzione federale degli Stati Uniti (1992): le origini e i problemi di una singolare revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1994, 63 ss.

⁵⁴ Questo il testo: «Irrevocable Provisions. The provision of Article 1 of the Constitution establishing the form of the state as a Republic, the provisions in Article 2 on the characteristics of the Republic, and the provision of Article 3 shall not be amended, nor shall their amendment be proposed».

⁵⁵ Questo il testo: «The Constitutional Court shall examine the constitutionality, in respect of both form and substance, of laws, presidential decrees and the Rules of Procedure of the Grand National Assembly of Turkey, and decide on individual applications. Constitutional amendments shall be examined and verified only with regard to their form [...] the verification of constitutional amendments shall be restricted to consideration of whether the requisite majorities were obtained for the proposal and in the ballot, and whether the prohibition on debates under expedited procedure was observe».

⁵⁶ Questo il testo dell'art. 159: «A draft law on introducing amendments to the Constitution of Ukraine is considered by the Verkhovna Rada of Ukraine upon the availability of an opinion of the Constitutional Court of Ukraine on the conformity of the draft law with the requirements of Articles 157 and 158 of this Constitution».

significativo degli organi della giurisdizione costituzionale ad esprimersi a riguardo.

5. L'interpretazione e la tipologia delle sentenze

La ricognizione sin qui svolta ha concentrato l'attenzione prevalentemente sull'*an* della giurisdizione costituzionale, ossia sulla logica sistematica posta a suo fondamento, originariamente pensata dall'opera kelseniana di razionalizzazione costituzionale dell'esperienza statunitense del *judicial review* al servizio degli equilibri istituzionali dell'ordinamento.⁵⁷

Nel corso del ciclo costituzionale successivo al secondo conflitto mondiale e coincidente con il vistoso sviluppo dell'istituto, quella logica sistematica ha subito una significativa evoluzione: la giurisdizione costituzionale, infatti, si è posta al servizio della protezione del fondamento assiologico delle carte costituzionali che segnavano, storicamente, il recupero della libertà dopo le esperienze autoritarie e totalitarie del fascismo, del nazionalsocialismo e del comunismo, sconfitte dalla coscienza civile e dalla cultura umanistica europea.

La giurisdizione costituzionale ha seguito fedelmente il percorso della transizione da un regime illiberale ad uno di democrazia liberale e sociale: l'affidamento ad essa, infatti, ha consentito di assicurare la continuità dell'ordinamento giuridico – senza che di esso il cambiamento facesse *tabula rasa*, come avvenuto nella transizione di regime nella Russia bolscevica del 1917 -, affidando le macro-riforme, in conformità con la fonte costituzionale, agli organi di indirizzo politico e nel contempo consegnando alle corti costituzionali il compito di intervenire negli interstizi dell'apparato normativo, grazie anche alla collaborazione dei giudici e all'iniziativa dei cittadini. In questa prospettiva, occorre ricordare che la rigidità della costituzione e la sua garanzia giurisdizionale nascono (come già era avvenuto agli albori del costituzionalismo tra la fine del '700 e gli inizi dell'800 nei confronti dell'esecutivo monarchico) anche come atteggiamento di diffidenza nei confronti della rappresentanza parlamentare e della manipolazione autoritaria del principio di legalità e della democrazia formale.

Non è un caso se la giurisdizione costituzionale non sia stata istituita soprattutto in quegli ordinamenti – già richiamati in apertura - che non hanno generato dall'interno un proprio fascismo e un proprio comunismo. In tal senso, il costituzionalismo contemporaneo dell'Europa continentale è in gran parte un costituzionalismo di transizione.

Se, dunque, si lamenta l'interferenza della giurisdizione costituzionale con l'indirizzo politico, si dimentica che proprio consentire questa interferenza è stato il risultato della volontà costituente e della memoria storica posta a suo fondamento, come testimoniato e reso evidente dalla

⁵⁷ Ricordiamo, infatti, che per quanto riguarda i diritti dei cittadini il testo costituzionale del 1920 si limitava a prevedere che (art. 144, 1° comma) «L'Alta corte costituzionale pronunzia sui ricorsi presentati contro provvedimenti delle autorità amministrative, qualora il ricorrente affermi di esser stato leso in uno dei suoi diritti tutelati costituzionalmente. Il ricorso, qualora la legislazione federale non disponga altrimenti, può esser presentato solo dopo esauriti i ricorsi amministrativi».

frequenza delle *eternity clauses*, dalle norme costituzionali sulla defascistizzazione e denazificazione in Italia⁵⁸ e Germania⁵⁹ e dalle norme che, direttamente o indirettamente, escludono la legittimità di un ritorno al potere del partito comunista nell'Europa centrale, orientale e sud-orientale⁶⁰, da ritenere parte integrante dei limiti materiali alla revisione costituzionale.

Questa rilevazione suggerisce di spostare ora il *focus* del ragionamento sul *quomodo* della giurisdizione costituzionale, ossia sui modi attraverso i quali la funzione di garanzia è stata e viene esercitata. È evidente, del resto, che il *quomodo* dell'esercizio influisce in misura incisiva sulla valutazione dell'istituto quale storicamente esistente e funzionante in ciascun ordinamento.

Osserviamo, in primo luogo, che ancora una volta il riferimento necessario è alla dicotomia *judicial activism* e *judicial self-restraint* registrata nell'esperienza statunitense. E, ancora una volta, occorre emanciparsi da quella sorta di "*pre-emption*" culturale del diritto costituzionale radicata in Europa sino agli ultimi decenni del secolo 19°, quando la comparazione nel diritto costituzionale era circoscritta in prevalenza a quell'ordinamento.

Per quanto efficace la formula impiegata per indicare quella dicotomia, occorre ammettere che essa è eccessivamente radicata in quell'esperienza e in quella cultura, dove *judicial self-restraint* si identifica con *non-interpretism* e quest'ultimo a sua volta si confonde con l'*originalism*, quel metodo interpretativo interessato solo all'individuazione della volontà normativa storica dei *Framers*, quasi una sorta di interpretazione autentica perenne.⁶¹ E dove *judicial activism* assume il significato di interpretazione evolutiva di un ordinamento positivo di oltre duecento anni di età destinatario di pochissimi

⁵⁸ Si veda in proposito la ben nota XII Disposizione finale e transitoria della Costituzione repubblicana («È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista»).

⁵⁹ In tal senso, con riguardo al corpo normativo posto in essere durante il periodo dell'occupazione militare, cfr. l'art. 139 della *Grundgesetz* (*Mantenimento delle disposizioni per la denazificazione*): «Le norme della presente Legge fondamentale non si applicano in ordine alle disposizioni emanate al fine di «epurare il popolo tedesco dal nazionalsocialismo e dal militarismo». Per quanto quelle norme possano essere ritenute non più destinate ad applicazione concreta, il fondamento costituzionale della deroga circa l'estraneità del nazionalsocialismo e del militarismo dalle tutele della GG, di cui all'art. 139 GG, è invece da considerare ancora in vigore.

⁶⁰ Si veda per tutti l'art. 13 della Costituzione della Polonia (1997): «Political parties and other organizations whose programmes are based upon totalitarian methods and the modes of activity of nazism, fascism and communism, as well as those whose programmes or activities sanction racial or national hatred, the application of violence for the purpose of obtaining power or to influence the State policy, or provide for the secrecy of their own structure or membership, shall be forbidden». Per una ricognizione di fonti costituzionali dell'Europa balcanica si rinvia a R. Toniatti, *La transizione costituzionale nei Balcani occidentali e il paradigma costituzionale europeo: il pluralismo delle fonti e delle identità*, in L. Montanari, R. Toniatti, J. Woelk (cur.), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: Diritti e garanzie*, Trento, 2010, 112 ss.

⁶¹ Si rinvia in argomento alla Lettera 07/2022 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti in tema di Originalismo e Costituzione, avviata con il saggio di C. Caruso, *Originalismo e politicità della Corte Suprema degli Stati Uniti* e successivi contributi di L.P. Vanoni, N. Zanon, Q. Camerlengo, O. Chessa, M. D'Amico, G. Razzano, F. Pedrini, C. Valentini, C. Bologna.

emendamenti. La differenza fra i due termini può senza forzatura ricollegarsi, da un lato, a *Plessy v. Ferguson* (1896) con la sua teoria del *separate but equal* e, dall'altro, a *Brown v. Board of Education* – secondo la quale la separazione è intrinsecamente discriminatoria – ed è evidente il rispettivo riferimento assiologico, che rispecchiava lo spirito dei tempi.

Ricordiamo in proposito il mantra della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la quale «la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretata alla luce dei nostri giorni» per comprendere dove si colloca la cultura europea.

È paradigmatica di questo approccio interpretativo la ricostruzione elaborata dal Tribunale costituzionale spagnolo che fornisce una ricca occasione di riflessione sul metodo: «Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa [...] Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados».⁶²

Il *quomodo* dell'esercizio della giurisdizione costituzionale si traduce in buona parte nel metodo di interpretazione applicato e nella scelta del tipo di sentenza da emettere.

Quanto all'interpretazione, accanto ai criteri classici di interpretazione del diritto che il giurista conosce bene e che hanno una loro capacità

⁶² Si veda in proposito il n. 9 dei *Fundamentos jurídicos della sentencia n. 198 del 2012 del Tribunal Constitucional* spagnolo (in tema di modifica del codice civile per introdurre la disciplina del matrimonio egualitario: «[...] Por lo que hace a nuestro sistema constitucional, el camino de entrada de parte de estos elementos conformadores de la cultura jurídica, que por lo demás se alimentan e influyen mutuamente, viene dado por el recurso a un principio fundamental de la interpretación de la Constitución, que es el dispuesto en el art. 10.2 CE [...] La interpretación evolutiva a que nos referimos facilita la respuesta a la cuestión de si el matrimonio, tal y como resulta de la regulación impugnada, sigue siendo reconocible en el contexto socio-jurídico actual como tal matrimonio. Tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador».

oggettiva di affermarsi nel contesto appropriato anche sul terreno costituzionale, deve farsi menzione dell'esigenza di un'interpretazione evolutiva, costituzionalmente conforme e, dunque, sensibile ai valori della costituzione quali vissuti dell'organo costituente – la *objective purposive interpretation* teorizzata ed applicata da Aharon Barak⁶³ – per rispetto della natura stessa della fonte costituzionale.

Nel medesimo ordine di considerazioni occorre fare menzione anche dell'impiego del metodo comparato in sede giurisdizionale – ordinaria e di costituzionalità –, non certo al fine di risolvere una controversia applicando una norma estranea all'ordinamento bensì allo scopo di arricchire la conoscenza del proprio ordinamento con riferimento ad altri, fondatamente comparabili, le cui norme e la cui giurisprudenza possano essere plausibilmente ritenute in grado di orientare l'interpretazione dell'ordinamento.⁶⁴

In molti casi, l'interpretazione evolutiva è un'alternativa che l'organo di giustizia costituzionale offre al sistema come alternativa alla revisione della fonte, per definizione subordinata all'aggravamento procedurale che le è tipico. Si tratta, pertanto, di una forma di collaborazione istituzionale, nell'interesse del sistema, atteso che l'organo di indirizzo ha sempre la disponibilità dello strumento della revisione formale per adottare una norma diversa da quella risultante dall'interpretazione offerta dalla Corte.⁶⁵

⁶³ Si veda A. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, 2007.

⁶⁴ Sull'incompatibilità fra *originalism* e ricorso all'interpretazione sorretta dal metodo comparato si rinvia, fra numerose, alla *dissenting opinion* di Justice A. Scalia nella decisione nel caso *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), nel quale la maggioranza aveva dichiarato illegittima l'erogazione della pena di morte a condannati per omicidio che fossero minori quando fu commesso il fatto, argomentando, in aggiunta ad altre motivazioni, anche in base a «the views that have been expressed by respected professional organizations, by other nations that share our Anglo-American heritage, and by the leading members of the Western European community» e richiamando, citando propri precedenti, «the abolition of the juvenile death penalty by other nations that share our Anglo-American heritage, and by the leading members of the Western European community», osservando altresì che «[w]e have previously recognized the relevance of the views of the international community in determining whether a punishment is cruel and unusual», secondo l'opinione di Justice Kennedy per la maggioranza. Per contro, Scalia osservò che «the Court has, however—I think wrongly—long rejected a purely originalist approach [...]. It is beyond comprehension why we should look, for that purpose, to a country that has developed, in the centuries since the Revolutionary War—and with increasing speed since the United Kingdom's recent submission to the jurisprudence of European courts dominated by continental jurists—a legal, political, and social culture quite different from our own»; e che «the Court should either profess its willingness to reconsider all these matters in light of the views of foreigners, or else it should cease putting forth foreigners' views as part of the *reasoned basis* of its decisions». In *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), che aveva depenalizzato prassi omosessuali, Scalia aveva contrapposto al riferimento della maggioranza a «the views of a “wider civilization,” la sua opinione secondo la quale «the Court's discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since “this Court . . . should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans».

⁶⁵ Tale dinamica si è verificata con riguardo al rapporto fra la sentenza n. 422 del 1995, che ha giudicato illegittima la disposizione della legge ordinaria che intendeva garantire la rappresentanza elettorale delle donne per violazione degli artt. 3, primo comma, e 51,

Nella medesima prospettiva può collocarsi anche il tipo di sentenza adottata. La tipologia delle sentenze della giurisdizione costituzionale può essere valutata alla stregua di una misura della sensibilità democratica della Corte e del rispetto degli equilibri istituzionali⁶⁶: ad esempio, una sentenza additiva di principio opera in favore della futura attività legislativa del Parlamento, come una sentenza interpretativa di rigetto opera secondo un intento di collaborazione con il giudice comune nell'ipotesi di un mancato seguito parlamentare rispetto ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Analogamente può dirsi nell'ipotesi di una sentenza di rigetto accompagnata dalla sollecitazione ad agire rivolta al parlamento⁶⁷ ovvero di un differimento nel tempo degli effetti della sentenza.

In un caso relativamente recente⁶⁸, la Corte italiana è stata assolutamente trasparente nel fornire una spiegazione sulla “tecnica decisoria” adottata: l'interesse del testo della motivazione – per quanto

primo comma Cost., e l'innovazione costituzionale del 2001, che aveva introdotto nell'art. 117, 7° comma Cost. l'an della medesima garanzia («Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive»). È di interesse ricordare che la medesima dinamica si è manifestata in Francia, fra la decisione del Consiglio costituzionale n. 98-407 (che aveva invalidato la legge elettorale che prescriveva la presenza paritaria di candidati maschi e femmine nelle liste elettorali) e la revisione, nel 1999, dell'art. 1 Cost. nel quale si introduceva la garanzia *de qua* («La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales»).

⁶⁶ Cfr. R. Toniatti, *Le forme e la cultura costituzionale dell'equilibrio istituzionale*, in R. Toniatti, M. Magrassi (cur.), *Magistratura, Giurisdizione ed Equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011, 573 ss.

⁶⁷ Nell'ordinamento italiano questo è il caso verificatosi con riguardo al riconoscimento della bestemmia come reato concernente in origine la sola religione cattolica come religione di Stato. Dopo due decisioni (la n.79 del 1958 e la n. 14 del 1973) la legittimità costituzionale della norma penale viene confermata con motivazioni distinte e tuttavia si indirizza un monito al legislatore: «per una piena attuazione del principio costituzionale della libertà di religione, il legislatore debba provvedere a una revisione della norma, nel senso di estendere la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica». In una terza sentenza (la n. 925 del 1988), il significato di “religione cattolica” viene inteso «in quanto già religione dello Stato» e si rinnova la sollecitazione al legislatore. Infine, la sentenza n. 440 del 1995 conferma la costituzionalità della parte della disposizione riguardante “la bestemmia contro la Divinità, indicata senza ulteriori specificazioni e con un termine astratto, ricomprendente sia le espressioni verbali sia i segni rappresentativi della Divinità stessa, il cui contenuto si presta a essere individuato in relazione alle concezioni delle diverse religioni”, mentre invalida la parte che, invece, riguarda la bestemmia “contro i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato”. Di conseguenza, conclude la Corte, la norma «una volta depurata del suo riferimento ad una sola fede religiosa, non è dunque di per sé in contrasto con i principi costituzionali, tutelando in modo non discriminatorio un bene che è comune a tutte le religioni che caratterizzano oggi la nostra comunità nazionale, nella quale hanno da convivere fedi, culture e tradizioni diverse».

⁶⁸ Si tratta della sentenza n. 242 del 2019 in tema di assistenza al suicidio in determinate condizioni precisate, in via interlocutoria, dalla Corte stessa in attesa di un intervento legislativo.

ampiamente nota - suggerisce di riportare il ragionamento svolto dalla Corte.⁶⁹

In altre parole, le scelte di una Corte costituzionale possono essere condizionate o determinate dal contesto politico-istituzionale contingente anche rispetto ad una singola questione di legittimità.

Gli organi della giurisdizione costituzionale, del resto, non vivono in un vuoto giuridico e istituzionale ma in un quadro necessariamente relazionale. E in tal senso una valutazione del *quomodo* attraverso il quale la giurisdizione costituzionale opera non può avvenire senza contestualmente farsi carico dell'oggetto dell'intervento giurisdizionale, segnatamente il comportamento del legislatore ordinario e degli atti del suo indirizzo politico.

È evidente che può esservi un impatto della giustizia costituzionale avverso l'indirizzo politico di una o più fonti normative, ma occorre partire dalla conformità di queste ultime e risalire alla motivazione dell'atto giurisdizionale per qualificare l'impatto prodotto in quella particolare circostanza. In talune circostanze, l'omissione del controllo giurisdizionale sarebbe essa stessa costituzionalmente illegittima.⁷⁰

⁶⁹ Questo il testo del Considerato in diritto: «(2.5) Questa Corte ha rilevato, da ultimo, come, in casi simili, essa abbia dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnandola con un monito al legislatore per l'introduzione della disciplina necessaria a rimuovere il vulnus costituzionale: pronuncia alla quale, ove il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di incostituzionalità. Tale soluzione è stata ritenuta, tuttavia, non percorribile nella specie. La ricordata tecnica decisoria ha «l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare. [...] Questa Corte ha ritenuto, quindi, di dover procedere in altro modo. Facendo leva sui «propri poteri di gestione del processo costituzionale», ha fissato, cioè, una nuova udienza di trattazione delle questioni, a undici mesi di distanza (segnatamente, al 24 settembre 2019): udienza in esito alla quale avrebbe potuto essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge regolatrice della materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela. In questo modo, si è lasciata al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse alla sua discrezionalità, ma si è evitato che, nel frattempo, la norma potesse trovare applicazione. Il giudizio a quo è rimasto, infatti, sospeso. (3.) Deve però ora prendersi atto di come nessuna normativa in materia sia sopravvenuta nelle more della nuova udienza. Né, d'altra parte, l'intervento del legislatore risulta imminente [...]. (4.) In assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, questa Corte non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il vulnus costituzionale già riscontrato con l'ordinanza n. 207 del 2018 [...]. Per poi concludere affermando che (9.) «Questa Corte non può fare a meno, peraltro, di ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati».

⁷⁰ Cfr. R. Toniatti, *Non-Deferential Judicial Checks and Balances and Presidential Policies*, in *DPCE Online*, 1, 2021, 989, secondo cui «of course, when the political branches are seen as acting against the constitution, a proactive intervention by the judiciary in support of mainstream constitutionalism is to be qualified correspondingly».

Fra efficienza dell'azione di governo e garanzia costituzionale l'ordinamento, pur apprezzando la prima, privilegia la seconda che ne condiziona la legittimità. A maggior ragione se la preferenza per la prima e la contestuale indifferenza per la seconda vengono motivate sulle mere ragioni della democrazia elettorale.

6. Osservazioni finali: «la forza del diritto è superiore alla forza della legge» (O. von Bülow)⁷¹

Il ragionamento sin qui svolto e le argomentazioni offerte hanno posto l'accento sull'interesse supremo di un ordinamento alla propria identità costituzionale. Si tratta di un bene giuridico fondamentale che un tempo sarebbe stato riconducibile alla sovranità ma che, in epoca di interdipendenza, di coordinamento internazionale e di integrazione sovranazionale, ci sembra di dover riproporre sotto altra forma.⁷²

L'interesse all'identità costituzionale è un valore pubblico supremo proprio di ogni ordinamento politico: esso prescinde, in fondo, dalla stessa differenziazione gerarchica all'interno dell'apparato normativo e, in tal senso, è proprio anche di un ordinamento come quello britannico che, nella nostra prospettiva continentale, definiremmo “a costituzione flessibile” senza, peraltro, che si possa prefigurare una qualche somiglianza con lo Statuto albertino, che si è rivelato nella storia privo di qualsivoglia garanzia effettiva. L'ordinamento del Regno Unito, infatti, benché a costituzione “flessibile”, è in realtà molto ben garantito là dove esso ripone il proprio interesse all'identità costituzionale, anche se l'oggetto e le modalità della garanzia sono diversi dai nostri ed operano secondo una propria logica sistematica: si pensi, ad esempio, a come è ben solidamente ~~saldamente~~ tutelata l'istituzione monarchica con il suo apparato di *prerogatives powers*, - saldamente riconosciuti nel contesto costituzionale appropriato (da ultimo, dalle due sentenze della *High Court* e della *Supreme Court* nel caso Miller in rapporto alle modalità con le quali dare esecuzione alla Brexit)⁷³ -, al punto che, paradossalmente, proprio a garanzia dell'intangibilità dell'assetto formale si preferisce impiegare lo strumento delle *conventions of the constitution*.

Altri ordinamenti della medesima tradizione giuridica di *common law* ma dotati di costituzione scritta e rigida per la garanzia dell'identità costituzionale dell'ordinamento hanno elaborato il sistema del controllo giurisdizionale diffuso. E altre tradizioni giuridiche – segnatamente, quella di diritto codificato dell'Europa continentale – hanno seguito percorsi

⁷¹ Cfr. O. von Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, tradotto da A. Sandri, con Invito alla lettura di F. Cortese, in *Legge e Giurisdizione*, Seregno, 2012, 4.

⁷² Cfr. R. Toniatti, *Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained* in A. Saiz Arnaiz, C. Alcoberro Llivina (Eds), *National Constitutional Identity and European Integration*, Mortsel, 2013, 49 ss.

⁷³ I casi sono il Miller 1 della *High Court* (*Miller & Anor, R (On the Application Of) v The Secretary of State for Exiting the European Union (Rev 1) [2016] EWHC 2768 (Admin)*), *England and Wales High Court (Administrative Court)* e il Miller 2 della Corte Suprema (*Decisions (Miller & Anor, R (on the application of) v Secretary of State for Exiting the European Union (Rev 3) [2017] UKSC 5*)).

distinti e più congeniali alle proprie premesse sistematiche, per quanto fortemente innovativi, quali il controllo giurisdizionale accentrato di costituzionalità. Si tratta, dunque, di un tema che si presta ottimamente ad una prospettiva di analisi attraverso il metodo comparato e, anzi, ad alimentare il peccato originale stesso del metodo, che non riesce ad esaurire la propria percezione del fenomeno giuridico nella forma legislativa.

Il *focus* di questa riflessione sull'impatto della giurisdizione costituzionale sull'indirizzo politico ha inteso porre l'accento sulla relazione dialettica ma non necessariamente conflittuale fra corti e legislatore - ciascuno nell'esercizio della funzione assegnata dalla legge fondamentale -, fra funzione di garanzia costituzionale e funzione di direzione politica, fra produzione della disposizione e interpretazione ed applicazione della norma, fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale.

Si tratta, a nostro giudizio, di una tensione certamente esistente ma di natura fisiologica e del tutto funzionale alla logica sistematica dell'ordinamento che appare fondata su due pilastri, equiordinati e parimenti necessari: in tal senso ci sembra di poter leggere l'art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* - secondo il quale «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*» - alla luce di una sua lettura che tenga conto dell'attuale ri-articolazione delle funzioni sovrane rispetto agli originari tre poteri e dell'integrazione de «*la garantie des droits*» con la tutela della rigidità della fonte che li proclama.

È senz'altro da riconoscere come possano esservi circostanze nelle quali il confronto si rende patologico, ma questo evento o processo può riguardare una determinata singola questione, o un singolo periodo vissuto da quel sistema o addirittura l'ordinamento in quanto tale, ma il comparatista deve saper distinguere fra gli ordinamenti oggetto della propria analisi e gli istituti giuridici ed istituzionali. La patologia è il risultato del venir meno dell'equilibrio fra le due funzioni, le cui ragioni andranno ricercate di volta in volta ma senza pregiudizi e generalizzazioni.

Si tende, spesso, a privilegiare un'ottica che focalizza soprattutto la tendenza degli organi di giustizia costituzionale a superare i limiti della propria funzione di natura giurisdizionale e a trasformare l'attività interpretativa, che è loro propria, in un ruolo legislativo, coincidente, concorrente e addirittura alternativo a quello del legislatore politico, trascurando una contestuale analisi circa la coerenza e compatibilità dell'operato - per azione o per omissione che sia - di quest'ultimo rispetto alla fonte costituzionale. In altre parole, rispetto alla costruzione della forma di stato di diritto e dell'acquisizione di un ruolo esclusivo di direzione politica in capo alla democrazia rappresentativa elettiva, persiste un problema di fondo di legittimazione della giurisdizione costituzionale.⁷⁴

Ma è certamente praticabile anche un percorso inverso, con il quale porre piuttosto in evidenza l'indulgenza dell'organo di giustizia costituzionale nei confronti di determinate opzioni degli organi di indirizzo

⁷⁴ Cfr. in argomento T. Groppi, *La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata*, in Menopeggio, *La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020, 261 ss., anche con riguardo alle ipotesi di *weak forms of judicial review*.

politico:⁷⁵ la discrezionalità interpretativa del giudice delle leggi, infatti, si estende sino a coprire una valutazione circa l'opportunità politica, istituzionale, sistemica di intraprendere la via del *judicial self-restraint*, spesso oggetto di apprezzamento di parte della dottrina, diversamente da quanto avviene con riguardo ad analoga opportunità di adottare, invece, un orientamento di *judicial activism*.

È certamente vero che *two wrongs don't make a right* e che non sarebbe metodologicamente ammissibile una giustificazione della contrarietà a Costituzione dell'(in)azione dell'uno – la Corte – fondata su una pretesa compensazione con la contrarietà a Costituzione del comportamento dell'altro, ossia il legislatore. Ma è altrettanto vero che non sempre è agevole dimostrare l'estraneità della decisione del giudizio sulle leggi rispetto alla corretta funzione di interpretazione costituzionale dell'organo giurisdizionale e dunque l'assunzione da parte della Corte di un ruolo non correttamente riconducibile alla funzione di garanzia della supremazia della Costituzione. La generalizzazione del giudizio nuoce alla credibilità dell'analisi scientifica.

Ricordiamo che anche in un ordinamento privo di una *entrenched constitution* come il Regno Unito è dato registrare una tensione – a tratti anche molto alta – circa la (pretesa) invasione di campo da parte dei vertici della giurisdizione, come avvenuto, di recente, in occasione della verifica circa la titolarità del potere di denuncia dei trattati istitutivi dell'Unione Europea, ovvero della definizione di un tratto connotativo dell'indirizzo politico di gestione dell'immigrazione – che prevedeva il trasferimento in Rwanda dei richiedenti protezione internazionale – contenuto nell'*Illegal Migration Bill*, elaborato dall'esecutivo e sostenuto dalla maggioranza conservatrice della *House of Commons*.⁷⁶

Lo sviluppo in atto della giurisdizione costituzionale è un fenomeno ancora relativamente recente nel corso di poco più di duecento anni dall'avvio del costituzionalismo contemporaneo e occorre ammettere che, benché maturo per una valutazione d'insieme ancora preferibilmente interlocutoria, può ancora vivere una propria evoluzione in sintonia con la

⁷⁵ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, ad esempio è di particolare interesse l'analisi di recente svolta in S. Curreri, *Parlamento e Corte costituzionale*, in *Dir. cost.*, 3, 2022, 63 ss. nella quale si evidenzia la giurisprudenza relativa all'(ab)uso governativo della decretazione d'urgenza e della gestione delle modalità di approvazione parlamentare della legge di bilancio. Si osserva, in particolare, che «la Corte, anziché contrastare, ha di fatto assecondato e talora legittimato lo *status quo*, limitandosi a moniti tanto severi quanto inefficaci, rimasti com'era prevedibile senza seguito, oppure addirittura confidando pilatescamente che alle violazioni lamentate ponessero rimedio le stesse camere che ne sono state artefici, e quindi sul piano politico anziché giuridico-costituzionale» (*ivi*, 91). Naturalmente la lista delle sentenze che denotano un'indulgenza interpretativa, non sorretta da una motivazione convincente, da parte della Corte costituzionale in favore della discrezionalità politica del legislatore è alquanto lunga. Nella medesima ottica occorre segnalare un analogo orientamento indulgente da parte dell'organo della giurisdizione costituzionale di altri ordinamenti, come, ad esempio, quello francese.

⁷⁶ Il riferimento è alla decisione resa (con una maggioranza di due a uno) dalla *Court of Appeal (Civil Division) from the High Court of Justice, King's Bench Division* (giugno 2023), seguita alla sentenza della Corte suprema ([2023] UKSC 42), adottata con voto unanime (novembre 2023).

contestuale evoluzione dell'ordinamento retto dalla *living Constitution*⁷⁷ nel quale essa è chiamata ad operare e che concorre a modellare⁷⁸: si è autorevolmente osservato⁷⁹ che si assiste ad un «recupero del diritto giurisprudenziale»⁸⁰ e che ne consegue un incremento variabile «della «giurisprudenza» rispetto alla «legislazione» come modo di formazione e applicazione del diritto».⁸¹

Una significativa anticipazione di questa impostazione si ritrova in un'autorevole fonte dottrina tedesca della fine del XIX secolo, segnatamente Oskar von Bülow.

Senza poter ricostruire con completezza il suo pensiero e senza avere titolo, peraltro, ad intervenire sul terreno scientifico che gli è proprio – estraneo, del resto, alla giurisdizione costituzionale –, non possiamo non richiamare alcuni concetti volti a ridimensionare la «fede nell'esclusivo dominio della legge».⁸² Si sostiene, infatti, che «l'attività giurisdizionale consente all'opera di costruzione dell'ordinamento iniziata dalla legge di

⁷⁷ Per una precisazione circa il concetto di costituzione vigente nella dottrina italiana rispetto a quello di *living constitution* proprio della tradizione statunitense ed altresì circa la sua distinzione da quello di costituzione materiale si rinvia a S. Bartole, *Living constitution v. costituzione vivente: una rassegna tra dottrina americana e dottrina italiana*, in S. Aloisio, R. Pinardi, S. Scagliarini (cur.), *Scritti in memoria di Gladio Gemma*, cit., 77 ss. dove si legge, in particolare, che «in buona sostanza, la dottrina della costituzione vigente nasce dal preciso intento di valorizzare accanto al ruolo di quanti concorrono alla produzione delle fonti del diritto, la funzione degli interpreti ed applicatori della costituzione, la cui discrezionalità è per consolidata opinione fuori discussione» (*ivi*, 108).

⁷⁸ Occorre richiamare, in particolare, l'importante contributo dottrinario di A. Pizzorusso, *Fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, in F. Galgano (cur.) *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, II ed., Bologna-Roma, 2011, dove, in un contesto evolutivo caratterizzato da numerosi e forti tratti innovativi, si sottolinea la progressiva espansione del diritto giurisprudenziale, conseguente anche all'introduzione e allo sviluppo del controllo di costituzionalità. Giova altresì porre in evidenza l'evoluzione del pensiero dell'Autore rispetto alla prima edizione del volume (1977), come lucidamente segnalato in C. Pinelli nella recensione del volume, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2012, 388 ss.

⁷⁹ Cfr. A. Pizzorusso, *Un'invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 37 ss.

⁸⁰ Si è precisato che si tratta di «quelle forme di produzione normativa che si fonda sui processi evolutivi che riguardano la cultura giuridica considerata come distinta dalla cultura politica, cioè quel genere di influenze che possono risultare determinanti rispetto a talune decisioni prese dai titolari dei poteri pubblici e che non derivano soltanto dalle procedure di tipo elettorale, più o meno strettamente collegate alla formazione e all'attività dei partiti politici che, almeno apparentemente, esercitano un ruolo prevalente nelle società statali contemporanee organizzate secondo i principi del moderno costituzionalismo», *op. ult. cit.*, 55.

⁸¹ Rispetto alla consolidata distinzione fra le «fasi «politiche» e «fasi giuridiche», si è altresì rilevato che «l'introduzione del principio di rigidità delle Costituzioni e del controllo di costituzionalità delle leggi ha modificato questo assetto, rendendo meno netta la separazione fra i due tipi di fasi, e consentendo una qualche limitata forma di politicità di attività giurisdizionali mediante le quali si realizza tale controllo e questa modificazione si è realizzata in modi diversi a seconda di come è stato organizzato questo controllo, di chi è stato abilitato ad esercitarlo e di tante altre scelte che hanno dovuto essere adottate per realizzarlo» (*ibid.*, 56 ss.).

⁸² Cfr. O. von Bülow, *Gesetz und Richteramt*, cit., 14.

proseguire e di giungere a compimento» e che «la forza ordinante dello Stato dice la sua ultima parola non attraverso le determinazioni legislative del diritto ma attraverso quelle giurisdizionali»⁸³; che «legislazione e giurisdizione partecipano entrambe al compito statale di formazione e di determinazione del diritto. Il fatto che la nostra scienza non si sia decisa fino ad ora a riconoscere questa verità, è spiegato soltanto dal pregiudizio profondamente radicato che la teoria giuridica della nostra epoca ha ereditato, facendolo proprio senza alcun clamore, dall'epoca del culto della legge».⁸⁴

Anche in virtù di tali sollecitazioni, sembra quanto mai opportuno accedere ad una lettura innovativa di una serie di nozioni consolidate e riconoscere che quelle tradizionali possono evolvere in modo da acquisire un nuovo significato.

L'invito e l'incoraggiamento in tal senso risalgono anche ad un'autorevole dottrina spagnola quale Francisco Rubio Llorente, già presidente del *Tribunal constitucional*, il quale – in un volume coordinato da Alessandro Pizzorusso – ha avuto la sensibilità di scrivere che «the introduction of constitutional jurisdiction in Europe has not been the product of an evolution, but rather of a revolution»; and that what is most needed is «a theory of jurisdiction more descriptive of its true nature than the theory of the 'automaton judge', a theory that would accentuate the creative moment».⁸⁵

L'invito è, dunque, a cogliere fino in fondo sia l'impatto – definito non evolutivo ma addirittura rivoluzionario – dell'introduzione della giurisdizione costituzionale, sia il superamento della concezione sillogistica della funzione giurisdizionale con l'elaborazione di una teoria della giurisdizione che ponga l'accento sul suo momento creativo.

Si richiede, dunque, un'interpretazione costituzionale creativa, in grado di emanciparsi dalla prevalente concezione ottocentesca della giurisdizione come «potere nullo»⁸⁶, adeguata alla funzione di assicurare l'attuazione della costituzione rigida in posizione dialettica rispetto al legislatore politico, con un ruolo correttivo nell'ipotesi di una violazione

⁸³ Cfr. *ibid.*, 18.

⁸⁴ Cfr. *ibidem*, 18. Si osserva altresì che «l'unità della dichiarazione legislativa è limitata all'espressione letterale. Sotto l'ingannevole velo dell'omogenea lettera della legge si cela una gran copia di opinioni giuridiche e di orientamenti della volontà. Quale tra questi sia corretto, la legge non lo dice. Al giudice è rimesso il compito di ricavare da quella molteplicità un'unità interna o piuttosto di leggere quella determinazione che gli pare mediamente la più giusta. E, per quanto, nel far ciò, egli utilizzi gli strumenti a sua disposizione con diligenza e prudenza, non è tuttavia tenuto da alcun obbligo legislativo, né gli è posto alcun limite giuridico» (*ibid.*, 36).

⁸⁵ F. Rubio Llorente, in A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlin, 1988, 165. Cfr. anche R. Toniatti, *Funzione e ordinamento della giurisdizione. L'evoluzione dei paradigmi costituzionali negli studi comparatistici*, in *DPCE*, numero speciale, 2024, 169 ss.

⁸⁶ Ricordiamo il celebre brano di Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI, 1748: «Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle» e «des juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur» che ancora viene spesso associato al principio di separazione dei poteri e alla configurazione del potere giudiziario.

commissiva ovvero di sollecitazione attiva nell'ipotesi di una violazione omissiva. La posizione dialettica – giova ribadire – non è in alcun modo, di per sé, equivalente a una posizione antagonista. Un istituto intrinsecamente non-maggioritario non è di per sé e non può essere considerato necessariamente come contro-maggioritario.

Esiste una funzione di governo della sfera sociale, economica e della sicurezza ed essa compete alla maggioranza di governo legittimata dal consenso elettorale. Si tratta dell'indirizzo politico contingente o di maggioranza.

Ma esiste anche una funzione di governo del sistema nella sua integralità, fondata sull'identità costituzionale, su quei profili che possono far parte dell'*eternity clause* ed essere sottratti alla revisione costituzionale, sotto il controllo della giurisdizione costituzionale. Si tratta dell'indirizzo politico costituzionale, corrispondente ad un interesse pubblico primario⁸⁷, preordinato alla garanzia e all'attuazione della legge fondamentale.⁸⁸ Esso è politico in quanto implica l'assunzione di finalità dirette al conferimento di un valore operativo alle disposizioni costituzionali attraverso l'espressione di un momento creativo razionalmente motivato. Esso è politico in quanto implica un margine di discrezionalità per quanto attiene non solo l'interpretazione della norma ma la sua previa individuazione, con l'idoneità ad intervenire essa stessa, ad esempio, quale fonte sulla produzione.⁸⁹

In tale prospettiva, una linea interpretativa coerente e costante in ordine a determinati rapporti ovvero a singole aree tematiche del diritto costituzionale può essere qualificata come 'giurisprudenza consolidata' ma anche come 'indirizzo politico costituzionale' relativo, ad esempio, al diritto

⁸⁷ È stato autorevolmente osservato che, nell'ambito dei significati attribuibili al concetto di indirizzo politico, è dato individuare «una funzione più ampia di indirizzo politico costituzionale [...] cui tutti gli organi collocati al vertice dell'apparato statale verrebbero a partecipare, sia pure da posizioni diverse e nello svolgimento di ruoli diversi, attivi (come quelli propri del raccordo Corpo elettorale-Parlamento-Governo) o di garanzia (come quelli esercitati dal Capo dello Stato o dalla Corte costituzionale)», così – nel solco del pensiero di Paolo Barile che già negli anni '50 aveva intuito la configurazione della funzione in parola a proposito dell'organo Capo dello Stato e del suo ruolo propulsivo in ordine all'attuazione della Costituzione – E. Cheli, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, in G. Amato, A. Barbera (cur.), *Manuale di diritto pubblico*, III ed., Bologna, 1991, 302, dove si precisa che esiste un secondo circuito dell'indirizzo politico «che assume caratteristiche peculiari, in quanto legato non all'operatività del «principio di maggioranza», ma a quel sistema di limiti alla maggioranza di cui sopra abbiamo parlato. Questo circuito, nel sistema italiano, si esprime attraverso l'azione di due organi costituzionali, il Capo dello Stato e la Corte costituzionale, che per quanto investiti di funzioni formalmente diverse, sono chiamati a svolgere un ruolo sostanzialmente affine, di garanzia, di equilibrio e controllo costituzionale, cioè di difesa delle regole fondamentali del gioco tracciate nel testo costituzionale» (*ibid.*, 307 ss.).

⁸⁸ Ricordiamo anche, con riferimento all'ordinamento italiano e alla transizione che ha vissuto, che l'interesse pubblico oggettivo al ripristino dell'ordine costituzionale violato si spinge al punto di non dare corso all'estinzione del giudizio *a quo* e ignorare l'interesse soggettivo interessato per arrivare a delibera nel procedimento di fronte alla Corte.

⁸⁹ Cfr. R. Toniatti, *La giurisprudenza costituzionale come norma sulla produzione*, in C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis (cur.), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 578 ss.

del lavoro, al diritto di famiglia, al diritto delle autonomie territoriali (ad esempio, in tema di giudizio di ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo la Corte italiana ha elaborato una giurisprudenza consolidata ovvero un indirizzo politico costituzionale di segno restrittivo; mentre, in tema di autonomia delle Regioni ordinarie e speciali, è agevole individuare un indirizzo politico costituzionale di orientamento marcatamente centralista).⁹⁰

Questi rilievi sarebbero compatibili con la ricostruzione della funzione di garanzia costituzionale *tout court*, ma non sembra fuori luogo riconoscere palesemente quei margini di politicità che la funzione contiene e che, in dottrina, a volte vengono riconosciuti con rammarico e, altre volte, vengono imputati alla giurisdizione costituzionale come atto d'accusa per la sua interferenza con l'indirizzo politico contingente. Il metodo politico democratico è un imprescindibile strumento di produzione normativa ma non può rivendicare l'esclusività della formazione del diritto, salvo riproporre la tragica e seducente illusione di ogni giacobinismo ideologico di ridurre il fenomeno giuridico alla volontà politica del legislatore, sia pure democraticamente eletto e responsabile.

Un profilo della democrazia costituzionale potrebbe configurarsi non solo come principio di leale collaborazione fra le istituzioni – evidentemente bidirezionale – ma come collaborazione diversificata e dialogica nell'esercizio convergente della stessa funzione di attuazione costituzionale e di traduzione delle disposizioni legislative in norme strettamente connesse alla dimensione applicativa adeguate alla realtà sociale.⁹¹

Questa impostazione ricostruttiva del rapporto fra giurisdizione costituzionale e indirizzo politico può, dunque, incoraggiare una visione dialogica fisiologica e non conflittuale e ancor meno strutturalmente patologica della relazione fra gli organi.⁹²

⁹⁰ In proposito, cfr. R. Toniatti *L'indirizzo politico costituzionale della Corte: la vocazione centralista dell'ordinamento e la contrazione dell'autonomia speciale*, in *Le Regioni*, 3, 2022, 439 ss.

⁹¹ Verosimilmente, è proprio l'attenzione a questo profilo che, più di recente, ha determinato la Corte italiana a ricercare – ad esempio, attraverso l'apertura a forme di partecipazione di terzi al processo costituzionale – forme di consenso e di legittimazione presso l'opinione pubblica. In tale prospettiva cfr. R. Romboli, *L'apertura della Corte costituzionale alla società civile, la maggiore valorizzazione della sua "anima politica" e la ricerca di una diversa legittimazione nel sistema costituzionale*, in *Scritti in memoria di G. Gemma*, cit., 653 ss.; sull'apertura della comunicazione della Corte ad un vasto pubblico si veda, fra l'altro, il Forum del Gruppo di Pisa in tema di *I comunicati stampa della Corte costituzionale*, con autorevoli contributi di L. Carlassare, M. D'Amico, M.C. Grisolia, V. Onida, R. Romboli, A. Ruggeri, C. Salazar.

⁹² Si rinvia alle stimolanti considerazioni critiche («credo non possa negarsi che le più recenti tipologie messe in atto dalla Corte costituzionale, nel meritorio intento di dare comunque tutela a diritti costituzionali, abbiano determinato un sicuro mutamento istituzionale che pare porsi in contrasto con il principio di separazione dei poteri»; e «nella relazione tra due legislatori, quello rappresentativo e quello non, quello "preferito" e quello "secondario" ma pur sempre competente, potrebbe al limite apparire addirittura fuori luogo richiamare in causa il principio di separazione dei poteri, sembrando doversi fare riferimento ai differenti principi applicati per delineare il rapporto tra soggetti appartenenti allo stesso potere») a R. Romboli, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta online*, III, 2023, 812 ss. In tema di inquadramento

Rimane salvo, naturalmente, il ruolo irrinunciabile di coscienza critica della dottrina, a maggior ragione se sorretta dal metodo comparato.

Roberto Toniatti
Facoltà di Giurisprudenza
Università di Trento
roberto.toniatti@unitn.it

dell'interazione fra Corte e legislatore, si è osservato che «il valore dell'opera di von Bülow sul piano [...] della disciplina costituzionale dei rapporti tra i poteri dello Stato e, pertanto, notevole [...] il saggio partecipa al lungo e mai sopito dibattito sulla dialettica tra il principio di separazione dei poteri, la definizione dei rapporti tra gli organi dello Stato e l'individuazione della disciplina concreta delle funzioni pubbliche, configurandone, nella migliore tradizione del costituzionalismo occidentale, un paradigma di equilibrio necessario e di condivisione», così F. Cortese, in *Invito alla lettura*, O. von Bülow, 55.

