

“Interpretazione costituzionale: ruolo, poteri e limiti delle Corti”. Un’equazione di grado plurimo di complessa risoluzione

di Laura Fabiano

Abstract: *"Constitutional Interpretation: role, powers, and limits of the courts": A multi-degree equation of complex resolution – A proper definition of constitutional justice is a crucial element in analyzing the topic "Constitutional interpretation": in fact, the role played by constitutional courts within the system of powers forms the basis for defining all the other elements of the equation proposed by the Convention organizers. These elements are interrelated and mutually shape one another, reflecting the versatility of the constitutional judge's function.*

Keywords: Constitutional interpretation; Judicial activism; Legitimacy.

1. Interpretazione costituzionale e ruolo delle Corti

L’analisi del tema “interpretazione costituzionale: ruolo poteri e limiti delle Corti” presenta due focus di osservazione caratterizzati da un rapporto di reciprocità: infatti, l’equazione proposta dagli organizzatori del Convegno può essere letta sia valutando la funzione ed i poteri interpretativi delle giurisdizioni costituzionali quali fattori di condizionamento del ruolo, dei poteri e dei limiti delle Corti sia considerando il ruolo, i poteri e i limiti delle giurisdizioni costituzionali quali elementi che vanno a condizionare il potere e la funzione interpretativa delle stesse.

Preso atto di tale condizione di circolarità del tema e della conseguente reciproca interferenza fra i detti elementi dell’equazione, le osservazioni proposte in questo breve contributo prenderanno le mosse dalla seconda delle proposte di lettura avanzate, nella consapevolezza della continua valenza della prima, partendo dunque dal ruolo delle Corti costituzionali le quali, in prima battuta, in quanto giudici di costituzionalità, sono preposte a verificare la conformità di un oggetto normativo ad un parametro costituzionale e dunque sono tenute ad un’analisi oggettiva che si sostanzia in un raffronto fra fonti.

La qualificazione del ruolo del giudice costituzionale tuttavia, come ben evidente, non può essere esaurita in tale definizione estremamente formalista che qualcuno definirebbe kelseniana e che pure kelseniana non è (a meno che non si voglia cedere alla frequente tentazione di lasciare che il

«Kelsen democratico ... rimanga schiacciato dal Kelsen teorico del diritto»¹), dato che proprio il giurista di Praga, padre della Dottrina Pura del Diritto², sganciandosi dalla mera visione gerarchica e del raffronto fra fonti (che, nel secolo precedente, aveva sostenuto concettualmente l'affermarsi della giustizia costituzionale negli Stati Uniti³), connetteva la giustizia costituzionale alla dimensione politica della Costituzione quale compromesso fondamentale fra forze politiche che richiede di essere presidiato⁴.

¹ A. Pintore, *Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico*, in *Soc. dir.*, 2, 1999, 31 ss., spec. 31. A fronte di un rigido normativismo giuridico nelle teorizzazioni attinenti alla dimensione costituzionale, Kelsen assume presupposti decisamente più sostanzialistici nell'analisi della democrazia a partire dalla presa d'atto di una netta differenziazione da tracciare tra democrazia ideale e democrazia reale. Nella prima vi dovrebbe regnare una perfetta autodeterminazione politica degli individui con una conseguente completa realizzazione dei principi di libertà ed eguaglianza; la seconda è caratterizzata dalla presa d'atto della complessità dell'ordine sociale e della necessità che l'ideale democratico venga perseguito attraverso il compromesso. Si realizza dunque in Kelsen una dissociazione fra la definizione del concetto di Stato in termini di ordinamento giuridico (cui lo Stato, garantendo vigenza, conferisce validità) e il contenuto della produzione legislativa che rappresenta l'esito dell'attività parlamentare ove il Parlamento è considerato organo della società e dello Stato. Il compromesso nella democrazia reale kelseniano si negozia in Parlamento secondo le regole del principio maggioritario e del necessario rispetto delle minoranze in base al dettato costituzionale. Cfr. S. Lagi, *La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920-1932)*, in *Teor. Pol.*, 7, 2017, 363 ss.

² Per una recente traduzione italiana cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, in M.G. Losano (cur.), Torino, 2021.

³ Già nel *Federalist* n. 78 Hamilton affermava con chiarezza che «non esiste una posizione che dipenda da principi più chiari, che ogni atto di un'autorità delegata, contrariamente al tenore della commissione in base alla quale è esercitata, è nullo. Nessun atto legislativo, pertanto, contrariamente alla Costituzione, può essere valido» aggiungendo, con riguardo alla legittimazione dell'autorità giurisdizionale nel controllo di costituzionalità che «L'interpretazione delle leggi è la provincia propria e peculiare dei tribunali. Una Costituzione è, infatti, e deve essere considerata dai giudici come una legge fondamentale. Pertanto, spetta a loro accertarne il significato, nonché il significato di qualsiasi atto particolare proveniente dall'organo legislativo. Se dovesse accadere che vi sia una varianza inconciliabile tra i due, ciò che naturalmente ha l'obbligo e la validità superiori dovrebbe essere preferito; o, in altre parole, la Costituzione dovrebbe essere preferita allo statuto, l'intenzione del popolo all'intenzione dei suoi agenti». A tale impostazione si richiama dunque chiaramente il giudice Marshall nella nota sentenza *Marbury v. Madison* ove afferma «Tra queste alternative, non c'è via di mezzo. O la Costituzione è una legge superiore, come tale non modificabile con procedure ordinarie, oppure ha il rango di legge ordinaria, e come gli altri atti, può essere modificata quando il potere legislativo lo decida. Se la prima alternativa è quella vera, allora una legge ordinaria, contraria alla Costituzione, non è legge; se è la seconda alternativa quella vera, allora le costituzioni scritte sono tentativi assurdi, da parte del popolo, di porre dei limiti a un potere per sua stessa natura non limitabile ... È dovere e competenza del potere giudiziario di dire che cos'è la legge... Se c'è un conflitto fra due leggi, le Corti devono decidere l'operatività di ciascuna. Allo stesso modo, se una legge è in contrasto con la Costituzione... Questa è l'essenza stessa della funzione giudiziaria» 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴ Kelsen afferma difatti chiaramente che «Se l'essenza della democrazia risiede [...] nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano e quindi nella pace sociale- la legislazione costituzionale appare lo strumento idoneo a realizzare questa idea [...]», H. Kelsen, *Chi deve essere il custode della Costituzione?*, 1929,

Dunque, pur partendo da una definizione formale del ruolo delle Corti, custodi del documento costituzionale, si approda necessariamente ad una definizione che propone dei tratti meno normativistici, ovvero la qualificazione del giudice di costituzionalità come custode del compromesso costituzionale e, dunque, dell'equilibrio e del bilanciamento valoriale che esso rappresenta. Definizione, questa, in relazione a cui la funzione interpretativa del giudice di costituzionalità si arricchisce di tratti di politicità "contro-maggioritaria" (con tutti i rischi che tale dimensione, secondo l'insegnamento di Alexander Bickel, comporta)⁵ che può atteggiarsi in senso sia "statico" sia "dinamico": statico, quando la Corte si propone come barriera agli eccessi ed alla tirannia della maggioranza e dinamico ove la Corte svolge un vero e proprio ruolo di garanzia dell'indirizzo politico costituzionale quale argine lungo il quale la volontà maggioritaria deve compiere il proprio percorso adeguandosi "ragionevolmente"⁶ alla direzione indicata dalla Costituzione⁷.

Di tale doppia anima presente nell'attività delle giurisdizioni costituzionali era perfettamente consapevole il giudice costituzionale italiano sin dall'adozione della sua prima sentenza n. 1 del 1956 ove, distinguendo fra abrogazione ed illegittimità costituzionale, chiariva, la

in Id. (cur.), *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 227 ss. Sul punto cfr. S. Lagi, *La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920-1932)*, cit. Sull'influsso kelseniano nel dibattito costituente italiano cfr. U. De Siervo, *La Corte costituzionale nel nostro sistema costituzionale*, in *Il Politico*, vol. 76, 2, 2011, 5 ss. La definizione normativistica dell'attività del giudice costituzionale era del resto strumentalizzata da Carl Schmitt quando affermava che «l'applicazione di una norma ad un'altra norma è qualcosa di qualitativamente diverso dall'applicazione di una norma ad una fattispecie, e la sussunzione di una legge sotto un'altra legge (se è mai pensabile) è qualcosa di essenzialmente diverso dalla sussunzione di una fattispecie regolata sotto la sua regolazione» (C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, 69) concludendo da tale presupposto solo l'ammissibilità della disapplicazione quale criterio risolutivo dell'antinomia fra legge e costituzione (spec. 70-71).

⁵ A. Bickel, *The last Dangerous Branch*, New York., 1962 (second ed. 1982). come "countermajoritarian dilemma" su cui, a titolo esemplificativo S.E. Lemieux, D.J. Watkins, *Beyond the "Countermajoritarian Difficulty": Lessons from Contemporary Democratic Theory*, in 41(1) *Polity* 30 (2009); A.M. Martens, *Reconsidering Judicial Supremacy: From the Counter-Majoritarian Difficulty to Constitutional Transformations*, in 5(3) *Persp. Pol.* 447 (2007).

⁶ Cfr. L. Paladin, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli I*, Padova, 1985, 605 ss; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

⁷ Sulla politicità "consustanziale" della giurisdizione costituzionale all'idea stessa di Costituzione quale tentativo di razionalizzare giuridicamente la materia politica cfr. A. Spadaro, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in in R. Romboli (cur.) *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017, 117 ss. L'A., confermando l'idea del giudice costituzionale come custode del compromesso piuttosto che dell'atto costituzionale afferma efficacemente che «nei giudizi di ragionevolezza si lamenta la violazione non tanto della lettera, quanto dello spirito della costituzione. Come può intuirsi, la politicità di quest'ultimo giudizio è proprio "intrinseca": la tecnica giurisdizionale adottata è solo la forma con cui si esprime un giudizio sulla compatibilità giuridica di una "legge", che è politica, nei confronti di un'altra legge, una "legge superiore", la Costituzione, anch'essa politica», 121.

portata ben più ampia del secondo concetto rispetto al primo collegata alla dimensione materiale dell'abrogazione ed alla portata valoriale dell'illegittimità costituzionale⁸.

La dicotomia insita nel rapporto fra “statica” e “dinamica” del controllo di costituzionalità contromaggioritario delle giurisdizioni costituzionali si ricollega altresì al risalente dibattito fra gli studiosi che, nel riflettere sul senso da attribuire alla giustizia costituzionale, contrapponevano la concezione della Costituzione come oggetto di garanzia all'idea per la quale la Costituzione è da considerarsi, essa stessa, “lo strumento” di garanzia⁹ approdando alla conclusione per cui «la prevalenza della norma costituzionale sulla norma infracostituzionale si esprime, così, non solo in termini negativi (la Costituzione come limite alla legge) ma anche in termini positivi, reagendo sulla interpretazione degli enunciati infracostituzionali»¹⁰.

Considerando il doppio significato che può attribuirsi al concetto di politica, come attività rivolta a produrre convivenza (*pactum societatis*) ed attività di competizione tra le parti e, dunque, lotta per la maggioranza di governo (*pactum subjectionis*)¹¹, la dimensione della politicità nella quale le Corti costituzionali svolgono le proprie funzioni attiene evidentemente alla prima delle due definizioni¹².

È tuttavia innegabile che, in alcune frequenti circostanze, il giudice costituzionale sia da sempre caratterizzato da una forma di attivismo che viene guardato con sospetto dalla dottrina¹³ e dall'opinione pubblica: a partire dalle note osservazioni critiche (non a caso) di marca francese che, già a partire dal 1921, consideravano con estrema diffidenza la problematica del governo dei giudici¹⁴, passando per le note (più rassicuranti) valutazioni di Cappelletti¹⁵ e per le già ricordate osservazioni di Bickel, probabilmente

⁸ Su cui cfr. C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, ristampa Napoli, 2014; M. Luciani, *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale*, in AA. VV., *La magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita, Atti del Convegno di Studi del CSM 6 marzo 2012*, Torino, 2012, 80 ss.

⁹ Cfr. R. Tarchi, *Democrazia e Istituzioni di Garanzia*, in *Riv. AIC*, 3, 2018, 894 ss. il quale sul punto richiama il pensiero di S. Galeotti, *La garanzia costituzionale*, Milano, 1950 (l'argomento sarà ripreso nel volume Id., *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, 1962 e nella voce Id., *Garanzia costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Milano, XVIII, Milano, 1969, 491 ss.) e C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II tomo, Padova, 1976, spec. 1223 ss.

¹⁰ Cfr. M. Ruotolo, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 27.

¹¹ Su cui cfr. G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Torino, 2005, 35 ss.

¹² Sul punto cfr. E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996; Id., *Il ruolo “politico” della Corte costituzionale*, in Id., *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012; M. Ruotolo, *Corte, giustizia e politica*, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Atti del seminario organizzato dal “Gruppo di Pisa”, Otranto 4-5 giugno 2004, Torino, 2005.

¹³ Nel contesto italiano particolarmente aspro è A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 251 ss.

¹⁴ Cfr. E. Lambert, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi (1921)*, Milano, 1996.

¹⁵ M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

l'obiezione più aspra alla legittimità del carattere antimaggioritario in senso dinamico attribuito al giudice costituzionale¹⁶ fa capo al giudice Robert Bork¹⁷ il quale evidenziava nell'America dei suoi tempi (ma la di lui denuncia intendeva rivolgersi generalisticamente a tutte le democrazie occidentali contemporanee) una «malattia (...) giudiziaria» in relazione a cui vi è «un'appropriazione da parte dei giudici dell'autorità appartenente al popolo ed ai suoi rappresentanti»¹⁸ e sosteneva, altresì, che tale illegittimo potere fosse utilizzato da magistrati esponenti, per lo più, di quella che egli definiva la “*New Class*” portatrice di valori radicalmente differenti da quelli tradizionali. Tale situazione produceva come conseguenza, nell'opinione del giudice Bork, una strumentalizzazione dell'attività giudiziaria (trasformandola in attivismo) volta ad affermare nell'ordinamento giuridico alcuni valori che non si aveva la forza politica di perseguire secondo i corretti canali politici propri del circuito democratico¹⁹ (osservazioni, queste, che

¹⁶ Funzione che, nell'esperienza statunitense, si evidenzia a partire dall'enucleazione di *suspect and semi suspect categories* nell'*equal protection test* e dall'interpretazione in senso sostanziale della clausola del *due process*. Le due dottrine giurisprudenziali citate sono evoluzioni esegetiche accomunate dall'attribuzione al ramo giudiziario, nel sistema dei poteri, di un carattere contromaggioritario che giustifica la legittimità dell'attività giurisdizionale in funzione democratica facendo riferimento ad un concetto di democrazia di tipo pluralista: non quindi un sistema democratico nel quale la differenza fra maggioranza e minoranza è data dal fatto che la prima sia risultata vincitrice nella competizione politica a discapito della seconda, quanto piuttosto un'arena politica composta da molteplici gruppi di pressione che si compongono continuamente nei modi più diversi a formare la maggioranza e l'opposizione. In questo contesto, una minoranza è un gruppo sociale che per determinati motivi è spesso ghettizzata dalle alterne maggioranze e detiene un “potenziale di influenza” nel processo politico – cui è conseguentemente connesso un proporzionale godimento dei beni pubblici (“*fair share*”) – mediamente più basso rispetto a quello degli altri gruppi che partecipano al gioco politico. In un sistema concepito in tale modo, il potere giudiziario e in particolar modo la Corte suprema rappresenta un correttivo in quanto elemento equilibratore della democrazia maggioritaria e valvola di decompressione delle tensioni in esso insite. Cfr. sul punto L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza*, Torino, 2009.

¹⁷ Famoso per essere stato proposto alla Corte suprema dal Presidente Reagan e non aver ottenuto l'*advice and consent* del Senato a causa delle sue idee tenacemente conservatrici ed originaliste. Dopo la vicenda della mancata nomina ha pubblicato un noto volume nel quale spiega le proprie posizioni in tema di interpretazione costituzionale ovvero, *The Tempting of America*, New York, 1989. Tradotto in italiano e altrettanto interessante per comprenderne le posizioni è *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judge*, Toronto, 2002; trad. it., *Il giudice sovrano*, in S. Sileoni (cur.), Macerata, 2004. Per la dottrina italiana, sulla figura di Bork cfr. S.R. Vinceti, *L'originalista: l'interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork*, in *DPCE Online*, 4, 2020, 4781 ss.

¹⁸ R.H. Bork, *Il giudice sovrano*, cit., 7.

¹⁹ Il giudice Bork sosteneva che la *New Class*, ovvero la sinistra culturale, si fosse impadronita alla fine degli anni Sessanta dei principali centri di formazione culturale delle democrazie contemporanee, ovvero le università ed ancor più le facoltà umanistiche e di diritto assumendo un controllo culturale sulla formazione delle *élites*. In più lo stesso giudice sottolinea quanto, attraverso il controllo della magistratura, la *New Class* aggira la carenza rappresentativa che invece la contraddistingue. Significativamente egli affermava: «Poiché le Corti costituzionali sono in grado di fornire i mezzi necessari per avere la meglio sulle maggioranze annullando il voto, la magistratura è diventata l'arma prediletta dei liberals per scardinare democrazia e Stato di diritto e per indirizzare la cultura verso percorsi che l'elettorato non sceglierebbe

fanno ad oggi riflettere considerando l'attivismo conservatore dell'attuale Corte suprema statunitense)²⁰.

Le accuse di Bork riguardavano tanto la suprema Corte federale quanto l'autorità giudiziaria genericamente intesa in quanto nel contesto nordamericano, caratterizzato da un modello diffuso di controllo di costituzionalità, ogni singolo giudice è (o può essere) impegnato nella *judicial review of legislation*²¹. Nondimeno è da osservare che anche nelle altre esperienze ordinamentali, caratterizzate da modelli diversi di accesso e sindacato della giustizia costituzionale, a causa della "rivoluzione" apportata dall'adozione del documento costituzionale (che «non deriva tanto dal fatto che una nuova fonte viene ad inserirsi nel previgente sistema delle fonti, quanto dalle caratteristiche di questo nuovo tipo di fonte: una fonte gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge (rigidità) ed organizzata più per principi che per regole»²²) il potere giudiziario ordinario (oltre al giudice costituzionale) è qualificabile come un potere non più solo in senso liberale quale "*buche de la loi*", alla legge soggetto, ma anche potere contromaggioritario perché vincolato alla dimensione costituzionale²³.

Alle riferite osservazioni del mancato *justice* della suprema Corte, altra dottrina²⁴ ha tuttavia obiettato come la ricerca dell'univocità nell'interpretazione sia già di per sé un errore (e ancor prima un'utopia) e

mai» R.H. Bork, *Il giudice sovrano*, cit., 14. Ai rischi della *juristocracy* connessi all'attivismo giudiziario è dedicato in questo numero speciale il contributo del dott. Camoni.

²⁰ Ponendo in evidenza come, in tempi di depolarizzazione il *judicial review of legislation* - quale invenzione "politica", disegnata per consolidare gli interessi di medio-lungo termine delle organizzazioni partitiche-, partecipa pienamente al meccanismo dei *Checks and Balances* del modello costituzionale statunitense; al contrario, nelle fasi del ciclo costituzionale caratterizzati da maggiore polarizzazione, il potere giudiziario federale comincia ad essere costituito da un'*élite* di giuristi soggetta alla polarizzazione tanto quanto l'*élite* politica; a ragione di ciò il *judicial review of legislation* smette di essere una garanzia contromaggioritaria a protezione della democrazia e inizia ad essere una delle forze che concorrono a quella che Balkin (*The Cycles of Constitutional Time*, Oxford-New York, 2020) ha definito (forse in termini un po' drastici, ma significativi) la *constitutional rot* (p. 122). Sul punto cfr. G. Romeo, *The Supreme Court's debate on constitutional interpretation under Trump presidency*, in *DPCE Online*, 1, 2021.

²¹ Per un'acuta riflessione sull'evoluzione del modello diffuso statunitense cfr. E. Andreoli, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti e in America Latina. Un modello accentratore a diffusione eventuale*, Bologna, 2022.

²² R. Romboli, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, [www.astridonline](http://www.astridonline.it/static/upload/protected/ROMB/ROMBOLI-Ruolo-del-giudice_Seminario-.pdf), https://www.astridonline.it/static/upload/protected/ROMB/ROMBOLI-Ruolo-del-giudice_Seminario-.pdf. L'A. afferma efficacemente «La previsione della superiorità gerarchica della Costituzione, e quindi di limiti invalicabili per il legislatore ordinario, comporta che, a differenza del periodo pre-costituzionale orientato per l'assoluta prevalenza del momento "politico" della formazione del diritto, risulta adesso decisiva, per il rispetto di quei limiti e quindi per l'attuazione dei principi costituzionali, l'attività dei giudici, in stretto raccordo con quella della Corte costituzionale».

²³ Sul tema cfr. D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008. Sul punto cfr. anche M. Ruotolo, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, spec. 57 ss.

²⁴ L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, 2005.

che l'esegesi in quanto attività connaturata al diritto è irrinunciabile²⁵: la consapevolezza che «facilmente gli uomini si convincono che la Costituzione sia esattamente ciò che essi stessi vorrebbero che fosse»²⁶ più che condurre alla rinuncia all'interpretazione (perché non sarebbe altro che una rinuncia al diritto) dovrebbe invece portare al continuo confronto democratico sui termini della medesima²⁷.

Altresì, alla generalizzata accusa mossa all'attivismo giudiziario (costituzionale ed ordinario), di porre in essere scelte politiche discrezionali attraverso vie politicamente illegittime vi è anche da contrapporre l'osservazione che, spesso, l'attivismo politico sia del potere giudiziario ordinario sia, specificatamente, del giudice costituzionale costituisce in realtà solo una necessaria supplenza alle mancate scelte normative del legislatore che si traducono, nei fatti, in opzioni politiche non sempre legittime²⁸.

Alla plurima definizione del ruolo del giudice costituzionale sino ad ora proposto (giudice delle norme, custode del compromesso ed organo contromaggioritario “statico” e “dinamico”) pur sempre di natura oggettiva, si aggiunge la considerazione per la quale le Corti costituzionali sono giudici (direttamente o mediamente) anche di un conflitto che è sotteso alla questione di costituzionalità. La multiformità della tipologia del contenzioso che può celebrarsi dinanzi al giudice costituzionale rappresenta certamente l'elemento che rende complessa la dimensione soggettiva del ruolo del sindacato costituzionale²⁹.

La presenza (esplicita o implicita) di un carattere soggettivo nel sindacato di costituzionalità attesta il legame inscindibile fra la dimensione formale e sostanziale insita, nel medesimo tempo, nell'attività di controllo di

²⁵ «Una cosa è riconoscere i limiti dell'obiettività umana, un'altra cosa è smettere di tentare di raggiungerla»; L.H. Tribe, M.C. Dorf, *ivi*, 93.

²⁶ La citazione del giudice Story è presente nell'articolo di M. Kammen, *A Machine that Would Go of Itself. The Constitution in American Culture*, New York, 1986, 1.

²⁷ Nelle parole di Tribe e Dorf: «la migliore maniera per interpretare la Costituzione in modo assennato è quella di sottoporre tutte le argomentazioni e decisioni costituzionali ad un'analisi costante e ad una critica continua, sia sotto il profilo letterale sia dal punto di vista delle nostre tradizioni interpretative», L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit. 47.

²⁸ Esempio emblematico fra i tanti, è il noto caso Englaro ove la Corte di cassazione nella sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748 afferma: «pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali» cfr. R. Romboli, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, 139. Cfr. sul punto anche F. Modugno, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in *Id.*, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 147 ss.; A. Giusti, *Giurisdizione e interpretazione in Cassazione*, in *Quest. Giust.*, 2016, 4; G. Sorrenti, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018. si rinvia inoltre a R. Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972, 155 ss.; M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, 29 ss.; G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1988; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996. Cfr. anche R. Romboli, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, cit., e M. Ruotolo, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, cit.

²⁹ Sul punto cfr. L. Fabiano, P. Martino, *Accesso e funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale e della sua motivazione. Proposte di lettura*, Rimini, 2022.

legittimità costituzionale esercitato dalle Corti e si distacca in effetti dalla bipartizione modellistica che fa riferimento alla concretezza ed all'astrattezza del sindacato.

La sussistenza di una dimensione soggettiva nel controllo di costituzionalità risulta infatti più evidente nei sindacati concreti ma, in realtà, è presente anche nella dimensione del controllo astratto: emblematica in questo senso è l'evoluzione dell'esperienza francese precedente all'introduzione della QPC ove, al di là di un'apparente rigore formalistico del sindacato costituzionale, un'attenta analisi evidenzia come anche il giudizio costituzionale preventivo e astratto, proprio a ragione della sua evidente carica politica, - nell'ambito di un processo di sviluppo che ha condotto il giudice costituzionale a trasformarsi da "cannone" puntato contro il Parlamento³⁰ (e supervisore delle competenze normative del Governo e dei rapporti politici e istituzionali del sistema parlamentare³¹) in garante dei diritti e delle libertà di rango costituzionale e, soprattutto, giudice dei contenuti della legge oltre che delle sue forme - ha assunto forme procedurali volte a potenziare una sorta di "interpretazione concretizzate" della Costituzione da parte del giudice di costituzionalità a partire dall'attenzione per la dimensione contenziosa sottostante alla procedura di verifica di legittimità costituzionale³².

³⁰ M. Debré, *Allocation devant l'Assemblée générale du Conseil d'État, 27 août 1958*, in *Document pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. III, Paris, 1991, 260 s.

³¹ Cfr. L. Favoreu, *Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, in *Rev. dr. pub. sci. pol. fr. étrang.*, 1967, 5 ss.; J. Boulouis, *Le défenseur de l'Exécutif*, in *Pouvoirs*, 1980, 13, 33 ss.

³² Nell'osservazione della prassi e dell'evoluzione della giurisprudenza francese si registra una progressiva attenzione del giudice costituzionale per la ricostruzione dei contrapposti punti di vista sull'atto normativo sottoposto a verifica a priori che si manifesta, ad esempio, attraverso un crescente tasso di "partecipazione" dell'opposizione parlamentare nel processo costituzionale qualora il rinvio sia stato promosso attraverso *saisine parlementaire*. Tale evoluzione non ha probabilmente a che fare solo con un'innervatura soggettiva di tale sindacato, quanto con l'esigenza crescente del *Conseil* di attribuire concretezza ad un giudicato astratto al fine di renderlo il più efficace possibile. Difatti, alla progressiva attenzione nei confronti delle ragioni dei proponenti del ricorso, si aggiunge, contemporaneamente, la crescente profonda attenzione del Consiglio per gli interessi sociali sottesi ad una decisione di conformità costituzionale a priori che si evidenziano nel ruolo che le c.d. "porte strette" hanno finito per giocare nella scrittura del giudicato costituzionale francese, facendo sì che esso acquisisse, nel tempo, molta più concretezza di quello che inizialmente ci si aspettava. Cfr. sul punto Cfr. D. de Béchillon, *Réflexion sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil Constitutionnel*, Paris, 2017; cfr. inoltre, L. Fabiano, P. Martino, *Accesso diretto e funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale e della sua motivazione*, cit., spec. 183 ss. Vi è inoltre da aggiungere che se la tecnica giurisprudenziale del Consiglio costituzionale francese si ispira considerevolmente al sindacato oggettivo sull'eccesso di potere del contenzioso amministrativo, con particolare riguardo allo stile giurisprudenziale del Consiglio di Stato, risulta altresì evidente che, a partire dall'introduzione della *saisine parlementaire*, la giurisprudenza costituzionale francese tende a registrare un ravvicinamento (parziale, ma significativo) con le tecniche decisorie e argomentative delle altre Corti costituzionali europee. Fra tutte, lo sviluppo delle c.d. "decisioni con riserva di interpretazione" risulta particolarmente importante. Si tratta di una tecnica decisoria che nasce prima dell'introduzione della *saisine parlementaire* e che, tuttavia, è solo a partire dai primi anni Ottanta, con le decisioni 127

È indiscutibile, dunque, il carattere poliedrico del ruolo giocato dalle Corti di costituzionalità negli ordinamenti democratico pluralistici contemporanei.

La dimensione interpretativa del giudice costituzionale non può che essere fortemente condizionata da tale poliedricità³³ ed è evidente come, a seconda della prevalenza di una definizione sull'altra del ruolo del giudice costituzionale, l'attività interpretativa subisce un condizionamento.

L'ideale sarebbe, probabilmente, una funzione interpretativa in relazione alla quale ognuna delle definizioni proposte venisse armonicamente perseguita e dunque: la custodia del documento costituzionale andasse a coincidere con le garanzie del compromesso (trasformando peraltro in tal modo il documento stesso da atto puntuale a processo³⁴), con la tutela contro maggioritaria e con l'intento politico costituzionale sotteso al documento scritto (quindi una tutela contromaggioritaria statica e dinamica) e che tutte queste finalità coincidessero con le attese di giustizia del contenzioso sotteso alla questione di costituzionalità.

Trattasi questa di una "ambizione ambiziosa" che conduce ad una necessaria riflessione sul secondo dei lemmi dell'equazione inizialmente proposta ovvero i poteri delle giurisdizioni costituzionali, tema che si riconnette strettamente al ruolo delle stesse e tramite quest'ultimo alla funzione interpretativa.

2. Interpretazione costituzionale e poteri delle Corti

I poteri delle giurisdizioni costituzionali (riferendosi, con tale espressione, non solo al concetto di potere come attribuzione, quanto ai poteri nel processo costituzionale ovvero alla manipolazione degli istituti dello stesso) si sono sviluppati nel corso dei decenni ed hanno prodotto un deciso

DC 19-20 gennaio 1981 (in tema di *Sécurité e liberté*) e 181 DC, 10-11 ottobre 1984 (*entreprises de presse*) subisce un incremento quantitativo e qualitativo rilevante. Le *réserves d'interprétation*, da una parte sono state certamente il mezzo attraverso cui il Consiglio costituzionale ha cercato di dare concretezza al sindacato astratto di costituzionalità instaurando un silenzioso dialogo con i giudici ordinari (che, nondimeno, talvolta, è stato aspramente criticato in relazione ad interpretazioni particolarmente pregnanti offerte dal Consiglio nell'intento di considerare conforme la norma sottoposta a verifica); d'altra parte, la medesima tecnica giurisprudenziale è stata, in alcune occasioni, anche uno strumento di negoziazione fra maggioranza e opposizione politica: attraverso la riserva d'interpretazione il Consiglio ha assunto così, a volte, un ruolo di mediatore fra forze politiche in relazione all'adozione di leggi controverse. Sul punto Cfr. L. Fabiano, P. Martino, *Accesso e funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale e della sua motivazione. Proposte di lettura*, cit.

³³ Sul punto ci si limita, nella sterminata bibliografia a richiamare F. Modugno, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008; T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, XII, 1957; G. Pino, *Di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2013; G. Azzariti (cur.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007; A.M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967.

³⁴ A. Spadaro, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3, 1998, 343 ss.

ampliamento delle capacità interpretative delle Corti al fine di meglio assolvere ai poliedrici compiti attribuiti alle stesse³⁵.

Tale fenomeno ha consentito in primo luogo, in diverse giurisdizioni, una significativa estensione materiale del giudizio costituzionale con riferimento al parametro ed alle norme oggetto di scrutinio (si pensi, nel caso italiano, alla giurisprudenza sulle norme interposte³⁶, alla giurisprudenza sul *bloc de constitutionnalité* in Francia³⁷ o alla giurisprudenza sul *Verfassungsbeshverde* in Germania³⁸).

Le Corti hanno operato altresì sul tema dell'ammissibilità quale fattore non solo tecnico (ovvero fase di verifica degli elementi processuali che consentono l'instaurazione del giudizio di merito) quanto quale momento di valutazione della necessità che la Corte eserciti il proprio ruolo di garanzia³⁹.

Gli esempi nell'esperienza italiana sono numerosi (e noti): significativa è ad esempio la giurisprudenza sulla qualificazione del giudice *a quo*⁴⁰ -con

³⁵ Cfr. S. Lieto, P. Pasquino, *Metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Quad. cost.*, 2015, 2. Sul tema si rinvia altresì, doverosamente, a R. Balduzzi, P. Costanzo (cur.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007.

³⁶ Su cui per tutti cfr. M. Siclari, *Le «norme interposte» nel giudizio di legittimità costituzionale*, Padova, 1992;

³⁷ Su cui, recentemente, C. Denizeau Lahaye, *La genèse du bloc de constitutionnalité*, in *Titre VII*, 2022, 8.

³⁸ Sul punto, per la dottrina italiana, si rinvia a F. Saitto, *Il ricorso individuale diretto: aspetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti fra giurisdizioni in Germania*, in G. Repetto, F. Saitto (cur.), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, Napoli, 2020.

³⁹ Criticamente sul punto si esprimeva Valerio Onida ponendo in guardia nei confronti di un processo di "destrutturazione delle regole" ed evidenziando, quali principi necessari come vincolo al sindacato costituzionale, l'idea per cui «non spetta la Corte stabilire se decidere o meno, come può fare un organo politico; non spetta alla Corte stabilire su che cosa decidere, perché il materiale delle sue decisioni proviene dall'esterno; non spetta la Corte, se non entro limiti determinati, stabilire quando occuparsi di un determinato tema», V. Onida, *Relazione di sintesi*, in G. Cattarino (cur.), *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 305 ss. Sul tema cfr. anche R. Romboli, *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006.

⁴⁰ Facendo espresso riferimento al preminente interesse pubblico alla certezza del diritto quale presupposto logico per approdare ad una interpretazione elastica dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953 - che prescrive la concorrenza dei requisiti "soggettivo" (giudice) ed "oggettivo" (giudizio) nell'individuazione del giudice *a quo* («Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza» e che «La questione di legittimità costituzionale può essere sollevata, di ufficio, dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio») - la Corte, in una lunga iniziale fase, dissocia la concorrenza dei detti requisiti (sent. n. 129 del 1957: «Se è vero che il nostro ordinamento ha condizionato la proponibilità della questione di legittimità costituzionale alla esistenza di un procedimento o di un giudizio, è vero altresì che il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione, vieta che dalla distinzione tra le varie categorie di giudizi e processi (categorie del resto dai confini sovente incerti e contestati), si traggano conseguenze così gravi ... Si può dire, anche, che la proponibilità alla Corte costituzionale di una questione di legittimità costituzionale dipenda non dalla qualificazione del procedimento in corso, ma dalla circostanza che il giudice (contenzioso o volontario che sia il processo) ritenga fondato il dubbio della legittimità costituzionale della legge che egli deve attuare. Del che, del

particolare riguardo alle decisioni dedicate alle commissioni tributarie⁴¹ ed a tutta la giurisprudenza che, a lungo, ha negato la necessaria concorrenza della dimensione soggettiva ed oggettiva⁴² (“il giudice nello svolgimento di un’attività giurisdizionale”)-; altrettanto emblematica è inoltre la giurisprudenza italiana sul concetto di giudice “ai limitati fini”⁴³ oltre che le note e dibattute decisioni in materia elettorale ove la Corte costituzionale, ammettendo questioni sollevate nell’ambito di azioni di accertamento della pienezza del diritto di voto come regolato dalla legge asseritamente illegittima, ha interpretato in maniera piuttosto “elastica” il requisito della pregiudizialità sottolineando esplicitamente, nella parte motiva della decisione, che alla valutazione tecnica concernente la possibilità di distinguere fra i *petita* (del giudizio *a quo* e del sindacato costituzionale) si aggiungeva la necessità di evitare importanti “zone franche” nel sindacato di legittimità costituzionale⁴⁴.

resto, è riprova la inaccettabile conseguenza dell’opposta interpretazione, che sarebbe quella di un giudice costretto (incompetente come egli è a giudicare della costituzionalità della legge) ad applicare una legge, rispetto alla quale egli ritiene manifestamente fondata la questione di legittimità costituzionale»; cfr. anche la sent. 83 del 1966: «La Corte, nelle sue precedenti pronunce, ha ritenuto che gli artt. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948, 23 della legge n. 87 del 1953 e 1 delle Norme integrative consentano una determinazione dei requisiti necessari alla valida proposizione delle questioni stesse, tale da condurre, per una parte, a far considerare “autorità giurisdizionale” anche organi che, pur estranei all’organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano tuttavia investiti, anche in via eccezionale, di funzioni giudicanti per l’obiettiva applicazione della legge, ed all’uopo posti in posizione *super partes*, e per un’altra a conferire carattere di “giudizio” a procedimenti che, quale che sia la loro natura e le modalità di svolgimento, si compiano però alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale. Poiché pertanto, alla stregua dell’interpretazione adottata, i due requisiti, soggettivo e oggettivo, non debbono necessariamente concorrere affinché si realizzi il presupposto processuale richiesto dalle norme richiamate, e poiché nella specie ricorre uno di essi, e cioè l’intervento di un soggetto appartenente all’autorità giudiziaria ordinaria, anche se non destinato (almeno nella fase del procedimento esecutivo riguardante la vendita dei beni pignorati) alla risoluzione di controversie, la questione sollevata con l’ordinanza in esame si deve ritenere ammissibile»).

⁴¹ Dec. 12, 41 e 42/1957; dec. 6 e 10/1969; dec. 287/1974 (dopo la riforma del contenzioso tributario del 1971).

⁴² Emblematica, fra le tante, la sent. n. 83 del 1966.

⁴³ Dec. 12 /1971 sulla Sez. disciplinare CSM; dec. 226/1976 sulla Corte dei conti in sede di controllo. Cfr. anche Sent. 376/2001 sugli Arbitrati («Ai limitati fini che qui interessano, e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell’arbitrato rituale, basta osservare che l’arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal Codice di procedura civile per l’applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria»).

⁴⁴ La Corte, difatti, afferma esplicitamente: «le sollevate questioni di legittimità costituzionale sono ammissibili, anche in linea con l’esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato. Diversamente, si finirebbe con il creare una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l’assetto democratico, in quanto incide sul diritto

Una giurisprudenza manipolativa in tema di ammissibilità si evidenzia con riguardo alle giurisdizioni che non dispongono del controllo del proprio *Docket* ma è rilevabile anche, più limitatamente ma non meno effettivamente, per quelle Corti che apparentemente godono di un *Docket control*.

Esempio emblematico in tal senso si propone, nell'esperienza statunitense, il tema dell'ammissibilità del giudizio di merito e dunque dello *standing* e, in parte, del c.d. *Shadow docket*.

L'articolo III della Costituzione federale statunitense limita la possibilità che le giurisdizioni decidano nel merito sulle questioni che vengono loro sottoposte a "casi e controversie" ovvero su questioni che sono attuali e che vedono come controparti soggetti interessati concretamente al deciso⁴⁵.

La *Justiciability doctrine* è certamente orientata ad evitare che le Corti svolgano attività di *advice*⁴⁶ ed implica, inoltre, l'impossibilità per le Corti federali di assumere decisioni in questioni di natura politica (finalità cui è collegata una delle dottrine più note connesse alle regole sulla *Justiciability* ovvero la c.d. *political question doctrine*⁴⁷).

La corrente dottrina americana critica del dinamismo esegetico⁴⁸ ha avanzato spesso, in passato, aspre obiezioni circa il rigore nella definizione

fondamentale di voto; per ciò stesso, si determinerebbe un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato», sent. 1/2014. Gran parte della dottrina ha valutato criticamente tale approccio giurisprudenziale arrivando ad ipotizzare che la Corte abbia surrettiziamente introdotto un ricorso diretto in materia elettorale: Cfr. fra i tanti R. Bin, *Chi è responsabile delle «zone franche»?*, in R. Romboli (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit., 147 ss.; G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulla legge*, Napoli, 2017, spec. 49-58; G. D'Amico, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, cit. Non mancano le opinioni dottrinali che, contra, negano che si sia trattato di una deroga a una regola processuale. Fra queste cfr. C. Padula, *A mo' di premessa: realtà e mito nella creatività procedurale della Corte costituzionale*, in Id. (cur.), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, 2020, spec. 14-16.

⁴⁵ «The controversy must be definite and concrete, touching legal relations of parties having adverse legal interests It must be a real and substantial controversy», *Aetna Life Ins. Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227, 240-41 (1937).

⁴⁶ «We are not permitted to render an advisory opinion, and if the same judgment would be rendered by the state court after we corrected its views of federal laws, our review could amount to nothing more than an advisory opinion», *Herb v. Pitcairn*, 324 U.S. 117, 126 (1945)

⁴⁷ Dottrina i cui connotati sono ampiamente definiti nella decisione *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) nella quale il giudice Brennan ebbe ad affermare: «Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question» Id. at 217, quoted with approval in *United States v. Munoz-Flores*, 110 S. Ct. 1964, 1968 (1990).

⁴⁸ A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton (N.J.), 2018; Id., *Originalism: The Lesser Evil*, in 57 *U. Cin. L. Rev.* 849 (1989).

giurisprudenziale della *political question doctrine* così come ha evidenziato una forzatura, in alcune circostanze, degli altri elementi che caratterizzano la *Justiciability doctrine* ovvero lo *standing* (la titolarità a sollevare una questione giurisdizionale), la *ripeness* (l'inattualità della questione in quanto non ancora verificatasi) e soprattutto la *mootness* (l'inattualità della questione in quanto tardiva)⁴⁹.

Con riguardo al *Mootness* in particolare è stata criticata quella giurisprudenza della Corte che ha interpretato il concetto di tardività del giudizio in senso restrittivo consentendo al giudice di pronunciarsi nel merito in vicende processuali suscettibili di essere caratterizzate da una certa sfuggevolezza.

Tale approccio al *Mootness* si è sviluppato nell'ottica di un ruolo della Corte come garante dell'ordinamento oltre che come giudice del singolo caso e difatti la giurisprudenza federale ha sancito che, in alcune circostanze, nonostante la questione sottoposta alla Corte sia estinta - o comunque sia venuto meno l'interesse (strettamente inteso) del ricorrente e del convenuto alla decisione -, sussista ugualmente la necessità di una pronuncia in un'ottica di interesse generale (e di interesse del ricorrente interpretato in senso ampio)⁵⁰.

Nella medesima esperienza statunitense similmente significativo risulta il recente sviluppo nell'uso da parte della Suprema Corte federale del cd. *Shadow Docket*, un registro emergenziale, nato per rendere efficace l'azione della Corte suprema rispetto a vicende caratterizzate appunto da tratti di emergenza, eppure, dal 2017, utilizzato con molta più frequenza che

⁴⁹ Sul tema cfr. R.W. Galloway, *Basic Justiciability Analysis*, in 30 *Santa Clara L. Rev.* 911 (1990).

⁵⁰ Cfr. *Mootness: an explanation of the Justiciability Doctrine*, Crs Report RS22599, 7 February 2007. La c.d. *capable of repetition, yet evading review's exception* è stata elaborata per la prima volta in un caso del 1911: *Southern Pacific Terminal Co. v. ICC*, 219 U.S. 498 (1911). Tuttavia la vicenda giurisprudenziale forse più nota nella quale è stata applicata la medesima eccezione è la decisione *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) in cui la Corte, ponendo in evidenza sia che la durata di nove mesi di una gravidanza impediva spesso di giungere ad una decisione in tema di aborto in tempi sufficienti all'interesse delle ricorrenti sia che alcune questioni si riproponevano in successione con caratteri identici, ritenne di pronunciarsi ugualmente (Nella decisione la Corte afferma che «[W]hen, as here, pregnancy is a significant fact in the litigation, the normal 266-day human gestation period is so short that the pregnancy will come to term before the usual appellate process is complete. If that termination makes a case moot, pregnancy litigation seldom will survive much beyond the trial stage, and appellate review will be effectively denied Pregnancy provides a classic justification for a conclusion of nonmootness. It truly could be "capable of repetition, yet evading review"», 410 U.S. 113 at 125). La giurisprudenza federale ha successivamente adottato un'interpretazione restrittiva della *capable of repetition, yet evading review's exception* sancendo in *Weinstein v. Bradford*, 423 U.S. 147, 149 (1975), che la possibilità della ripresentazione della questione debba riguardare specificatamente il ricorrente (e non che vicende similari possano ripresentarsi, come sembra invece essersi interpretato nella *Roe v. Wade*). Tale interpretazione maggiormente restrittiva non è condivisa a livello statale ove alcune Corti supreme o di appello continuano a considerare la possibilità di pronunciarsi su un caso *moot* qualora ricorrano le due condizioni dell'inattualità della decisione per motivi contingenti alla causa e vi sia la possibilità concreta che per le medesime ragioni tutte le vicende analoghe non riescano a giungere ad una soluzione processuale per motivi collegati alla vicenda soggettiva sottostante.

in passato per decidere (almeno temporaneamente) su vicende anche molto delicate (aborto ecc.)⁵¹. La carenza di istruttoria che connota tale via procedurale - così come il fatto che le decisioni prese nell'ambito del *Docket* ombra non necessitano di motivazioni significative e, a volte, sono prive del tutto di motivazione - sono questioni alla base delle perplessità recentemente evidenziatesi nella dottrina statunitense circa un abuso da parte della Suprema Corte degli strumenti processuali di cui essa è dotata⁵².

Altro esempio di creatività interpretativa attraverso la (e con impatto nella) dimensione processuale delle giurisdizioni di costituzionalità attiene alla tecnologia sulle pronunce la quale ha consentito alle Corti di andare oltre la secca dicotomia accoglimento e rigetto superando il concetto di interpretazione come attribuzione di un significato ad un significante ed accedendo ad una definizione di interpretazione come comprensione ragionevole del dettato costituzionale⁵³ ed alla possibilità della volontà maggioritaria di realizzarsi nel suo rispetto⁵⁴.

Ciò è ampiamente accaduto, come noto, nell'esperienza italiana ma è fenomeno che non ha mancato di caratterizzare anche altri sistemi costituzionali quali la Francia e la Germania, ordinamento quest'ultimo cui in effetti la stessa Corte italiana ha spesso volto lo sguardo al fine di elaborare soluzioni procedurali originali⁵⁵.

La dimensione processuale e gli istituti del processo costituzionale (che peraltro possono variare nel loro concretarsi a seconda della tipologia di giudizio che si celebra) possono quindi essere valutati in relazione al ruolo maggiormente perseguito dalle Corti in un dato momento o, c'è da augurarsi, al tentativo da parte delle stesse di realizzare una funzione interpretativa che soddisfi tutti i ruoli che alla giurisdizione costituzionale sono attribuiti. Lo sviluppo di tale rapporto funzionale, al fine di non vanificarne gli effetti, necessita tuttavia di rigorosi vincoli entro i quali esso può essere esercitato e, dunque, richiede un'attenta indagine circa i limiti entro cui le stesse Corti costituzionali devono muoversi nell'esercizio delle proprie funzioni di garanti della Costituzione.

3. Interpretazione costituzionale e limiti delle Corti

⁵¹ La questione si è posta, ad esempio, in relazione alla vicenda processuale connessa alla legge del Texas in tema di aborto conosciuta come la "*Heartbeat Act*". In quella circostanza la Corte non ha concesso una sospensiva cautelare della detta normativa senza motivazione sfruttando le caratteristiche del c.d. *docket* ombra. Sul tema si è svolta un'audizione della Commissione del Senato federale sul giudiziario: www.judiciary.senate.gov/committee-activity/hearings/texas-unconstitutional-abortion-ban-and-the-role-of-the-shadow-docket.

⁵² Sul tema S. Vladeck, *The Shadow Docket. How the Supreme Court Uses Stealth Rulings to Amass Power and Undermine the Republic*, New York, 2023.

⁵³ *Supra*, nota 6.

⁵⁴ Il tema dell'instaurazione del dialogo fra le Corti ed il legislatore attraverso la creatività nelle tipologie decisorie è affrontato nel contributo del dott. Di Bari.

⁵⁵ Sul punto, considerando l'impossibilità di citare l'immensa dottrina sul tema, cfr. il Quaderno processuale del Servizio Studi della Corte costituzionale a cura di D. Diaco, *Le tipologie decisorie della Corte costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, 2016: www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20296.pdf.

La flessibilità della dimensione processuale ed interpretativa delle giurisdizioni costituzionali funzionalizzata al ruolo perseguito dalle medesime Corti conduce pertanto, necessariamente, ad affrontare l'ultimo degli elementi dell'equazione proposta dagli organizzatori del Convegno e dunque, i limiti dell'attività interpretativa delle giurisdizioni costituzionali.

Essi vanno rintracciati nell'elemento che consente alle stesse Corti di svolgere il proprio ruolo poliedrico ovvero la legittimazione tecnica che esse devono sempre garantire.

Da una parte ciò conduce al fatto che la manipolazione dei poteri e degli istituti del processo costituzionale (cui ci si riferiva brevemente poc'anzi) non può sfociare nella libera disposizione degli stessi perché il rito giurisdizionale rappresenta una garanzia di legittimità dell'attività delle Corti stesse⁵⁶ e perché, come è stato efficacemente affermato, «col superamento delle norme sul processo, non già si dà voce alla peculiare “giurisdizionalità” della Corte bensì si tradisce e dismette quest'ultima»⁵⁷.

⁵⁶ Come afferma efficacemente R. Romboli: «interpretare, anche in maniera “creativa” quando il testo lo consenta, le disposizioni processuali alla luce delle esigenze sostanziali sottese al processo costituzionale e cosa assai diversa dal “piegare” le regole processuali alle esigenze sostanziali è la prima attività pertanto non può essere ritenuta una semplice specificazione dell'altra» (le oscillazioni Della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, in R. Romboli (cur.), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017, 1 ss., spec. 12. Sul punto cfr. anche A. Pizzorusso, *Uso e abuso del diritto processuale e costituzionale*, in M. Bessone (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996.

⁵⁷ A. Ruggeri, *Teoria della costituzione le tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in R. Romboli *Il pendolo della Corte*, cit., 99 ss., spec. 104. Sulla necessità di tenere saldo il più possibile il quadro delle regole processuali entro le quali si svolge l'opera di bilanciamento per garantirne la correttezza si rinvia a R. Romboli, in più scritti tra i quali: *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in Id. (cur.), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 151 ss.; *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro It.*, 1995, I, 1090 ss.; *Significati e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. dell'Ass. Studi e ricerche parl.*, 2, 2002, 41 ss.; *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011. Cfr. altresì V. Angiolini, *Il processo costituzionale vent'anni dopo*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (cur.), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, 2011, 165 ss. Sul tema nel suo complesso si rinvia inoltre a R. Romboli, E. Rossi, *Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 503 ss.; A. Pizzorusso, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133 ss.; A. Ruggeri, *Alla ricerca dell'identità del diritto processuale costituzionale*, reperibile su *Forum Quad. cost.*, 6 aprile 2009; Id., *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni ordinamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 1, 2011. Sull'opposta tesi per cui le regole processuali possono assumere un valore interno all'opera di bilanciamento che la Corte di volta in volta effettua si rinvia a C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, e G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, entrambi in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 novembre 1989, Milano, 1990, rispettivamente 63 ss. e 105 ss. Sulla distinzione tra diritto processuale

Ciò considerando risulta di grande rilievo riflettere oltre che sull'elasticità degli istituti processuali nella dimensione del giudizio di costituzionalità, sulla disponibilità delle regole del processo da parte delle Giurisdizioni di costituzionalità e dunque su c.d. poteri di "gestione del processo"⁵⁸.

In secondo luogo, altro elemento che fortemente legittima l'attività delle Corti dal quale le stesse, dunque, non possono prescindere è l'attività argomentativa nella parte motiva delle decisioni⁵⁹.

La motivazione delle decisioni e degli atti del potere giudiziario nasce di per sé, con la fine dell'assolutismo, quale elemento che consente di superare la giustizia oracolare e quindi come forma di democratizzazione della decisione giudiziaria⁶⁰.

Nel sindacato di costituzionalità l'argomentazione nella motivazione significa però anche qualcosa in più perché esso non è solo un luogo ove si dirime una questione (peraltro di natura formale, ovvero il raffronto fra norme), ma è anche un momento nel quale si consolida il compromesso costituzionale e ciò deve avvenire, soprattutto nelle attuali democrazie pluralistiche, secondo quel processo discorsivo dell'opinione e della volontà che Habermas, per altri ambiti, sosteneva come necessario per trasformare l'istanza giuridica da imposizione maggioritaria in strumento di mediazione⁶¹.

Di qui l'evidenza per cui l'argomentazione costituzionale esprime tanto un fattore tecnico quanto un elemento dialogico che di volta in volta, ma anche contemporaneamente, si svolge con il legislatore, con il potere giudiziario, con i singoli giudici interni o sovranazionali e con la stessa opinione pubblica⁶².

costituzionale e procedura costituzionale, riconducibile, la prima, alla giurisdizione di diritto soggettivo e, la seconda, alla giurisdizione di diritto oggettivo, cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 83-87.

⁵⁸ A tali tematiche è dedicato il contributo del dott. Giuseppe Naglieri in questo numero.

⁵⁹ Anche il tema dell'argomentazione giuridica è stato ampiamente trattato nella sessione parallela in particolare da Vanoni in relazione all'istituto dell'*amicus curiae* mettendo in evidenza il rischio di elitismo insito nella cattiva normazione di tale strumento, e da Duranti in relazione all'uso dell'argomentazione e comparativa da parte delle Corti costituzionali. In particolare, Duranti ha messo in evidenza come l'argomentazione comparativa incida non solo sulla circolazione dei valori e degli argomenti costituzionali ma anche nella interpretazione della definizione del ruolo del giudice costituzionale nel sistema dei poteri nelle forme di governo democratico pluralistiche.

⁶⁰ Cfr. S. Evangelista, *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 154; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.

⁶¹ Sul punto cfr. J. Habermas, *Fatti e Norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, spec. cap. 6; dello stesso A., *Morale, Diritto e Politica*, Roma-Ivrea, 2001, spec. 5-78. Si rinvia inoltre a G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2017 ed a J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), 1980. In particolare, sul costituzionalismo dialogico in Habermas ed Ely, si rinvia a F. Elefante, *Le teorie proceduraliste della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 23, 2016. Sul tema cfr. inoltre A. Sperti, *Le Corti costituzionali tra tutela del pluralismo e delle singole identità*, in *DPCE Online*, 3, 2019, 2151 ss.

⁶² Ai temi del dialogo delle Corti con interlocutori diversi sono dedicati contributi dei colleghi Di Bari, Grisostolo e Restuccia, Andreoli e Duranti. Sul tema cfr. inoltre A. Di

Sembra di poter concludere, all'esito di queste brevi osservazioni, che centrale nell'analisi dell'argomento proposto nella sessione parallela è la definizione di partenza del concetto stesso di giustizia costituzionale (che peraltro, se si volesse scendere ancora più in profondità, si ricollega necessariamente a ciò che si intende per rigidità costituzionale e, ancor prima, per Costituzione democratica⁶³). Dalla o (meglio) dalle definizioni dei ruoli giocati dalle giurisdizioni costituzionali si definiscono a cascata tutti gli altri elementi dell'equazione proposta i quali peraltro, come sembra emergere, si contaminano e si definiscono reciprocamente nell'intento di perseguire la poliedricità della funzione del giudice costituzionale.

Non sembra un caso che dalla prospettiva del ruolo possano essere letti tutti i contributi discussi nella sessione parallela: Duranti ha valutato come la circolazione giuridica e gli studi di diritto comparato incidano sul ritaglio del ruolo delle Corti nel sistema dei poteri; Naglieri ha valutato come, considerando le atipicità nel ruolo del giudice costituzionale, questi disponga di peculiari poteri di gestione del processo; Camoni ha esaminato i problemi dell'attivismo giudiziario delle giurisdizioni di costituzionalità valutando se non possano condurre al c.d. "suprematismo giudiziario"⁶⁴ portando le Corti a tradire il proprio ruolo; Di Bari è partito proprio da questa accusa mossa alle Corti di invadere i margini di azione degli altri poteri dello Stato (e soprattutto del legislatore) considerando come alcune tecniche decisorie possano tuttavia essere interpretabili come mezzi per le giurisdizioni costituzionali per instaurare un dialogo con il Parlamento e, dunque, (ri)stabilire un corretto equilibrio nel sistema dei poteri; Grisostolo e Restuccia hanno considerato la progressiva erosione dei limiti dell'apprezzamento della lesione costituzionale da parte degli atti dell'autorità statale nell'ottica di una sempre maggiore garanzia dei diritti fondamentali valutando sostanzialmente l'evoluzione del ruolo delle Corti a ragione del loro essere garanti dei diritti; Giannello ha considerato i rischi di strumentalizzazione del potere costituzionale nelle democrazie liberali analizzando il rapporto tra garanzie e costituzionalismo. Andreoli ha considerato come la definizione del ruolo del giudice costituzionale passi dall'analisi e dalla comprensione del concetto di rigidità costituzionale e, in effetti, di Costituzione democratica intesa, di volta in volta, in senso procedurale o valoriale; Gazzetta ha analizzato il ruolo del giudice costituzionale nelle peculiarità del sistema israeliano; Vanoni e Laffusa, in modi diversi, hanno indagato lo strumento dell'*amicus curiae* evidenziando come in esso si colga la dicotomia fra la dimensione formale del controllo di costituzionalità (raffronto fra fonti neutrale) ed il contenzioso ad esso sotteso che si carica di politicità e si espone ad un'attività lobbistica inquadrandosi nel fenomeno della *strategic litigation* e della giuridicizzazione della politica.

Ciò considerando è possibile riassumere i contributi e il dibattito che ha animato la sessione parallela parafrasando una massima latina: "*Rem tene,*

Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in *DPCE Online*, N. Sp., 2021, 743 ss.

⁶³ Su tali tematiche si sono concentrati nel *panel* gli interessanti contributi di Gianello e Gazzetta.

⁶⁴ Su cui A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit.

*verba sequentur*⁶⁵ (“Possiedi il concetto, le parole verranno”) ed attribuire dunque al tema della giustizia costituzionale il medesimo principio: “definiscine il ruolo... la dimensione processuale ed interpretativa verrà...”.

Laura Fabiano
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Bari A. Moro
laura.fabiano@uniba.it

⁶⁵ La massima è attribuita a Catone il Censore da Gaio Giulio Vittore che lo cita in *Ars Rhetorica* («Scire autem est rem, de qua dicturus sis, universam ante pernoscere (in hanc rem constat etiam Catonis praeceptum paene divinum, qui ait: “rem tene verba sequentur”»)
<https://digiliblt.uniupo.it/xtf/view?query=rem+tene+verba+sequentur&docId=dlt000320/dlt000320.xml&chunk.id=0>.