



IL COSTITUZIONALISMO MULTILIVELLO NEL TERZO MILLENNIO:
SCRITTI IN ONORE DI PAOLA BILANCIA
2 FEBBRAIO 2022

Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?

di Marco Ruotolo

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi "Roma Tre"

Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?*

di Marco Ruotolo

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi “Roma Tre”

Abstract [It]: In una logica aperta al “costituzionalismo cosmopolitico”, il saggio affronta alcuni profili legati all’esercizio delle funzioni dei Tribunali costituzionali, con particolare, anche se non esclusivo, riferimento alla Corte italiana. Specifica attenzione è dedicata ad alcune evoluzioni della giurisprudenza interna, collocate in una dimensione più ampia che investe, principalmente, il rapporto tra organi di garanzia e istituzioni rappresentative.

Abstract [En]: In a logic open to “cosmopolitan constitutionalism”, the essay addresses some profiles related to the exercise of the constitutional courts' functions, with particular reference to the Italian Court. Specific attention is devoted to some developments in domestic case law, placed in a broader dimension that mainly concerns the relationship between guarantee bodies and representative institutions.

Parole chiave: costituzionalismo cosmopolitico; corte giustizia UE; corte costituzionale; legittimità costituzionale; conflitti di attribuzione

Keywords: cosmopolitan constitutionalism; court of justice EU; constitutional court; constitutional legitimacy; conflicts of jurisdiction

Sommario: 1. La garanzia dei diritti e degli equilibri istituzionali quale conseguenza dell’essere custode della Costituzione? 2. Cenni sulle evoluzioni nella sede del conflitto di attribuzione tra poteri. 3. Cenni sulle evoluzioni nella sede del giudizio di legittimità costituzionale. 4. Per garantire i diritti è necessario il ricorso diretto? 5. Qualche considerazione conclusiva. Sulla giustizia costituzionale, oggi.

1. La garanzia dei diritti e degli equilibri istituzionali quale conseguenza dell’essere custode della Costituzione?

La Corte costituzionale, in quanto custode della Costituzione¹, non può che essere garante dei diritti e degli equilibri istituzionali, operando al confine tra gli *iura* e la *lex*². Lo è nell’esercizio di tutte le sue

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente lavoro, destinato anche al volume collettaneo «Il dialogo tra le dottrine. Verso un’unità transfrontaliera del diritto costituzionale?», è affettuosamente dedicato alla collega e amica Paola Bilancia.

¹ E dunque «custode di quei valori che i costituenti vollero sottrarre alla disposizione della maggioranza nell’avvicinarsi degli indirizzi politici di governo», come rilevato da C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 172.

² Secondo la nota considerazione di G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, II ed., Bologna, 1988, 176: «il momento della giurisdizione è quello in cui vengono a contatto la *lex* e gli *iura*, l’una e gli altri dovendo trovare un punto di contemperamento».

competenze, che sono sempre finalizzate a garantire la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi e di qualsiasi atto autoritativo e persino delle situazioni oggettive di vuoto normativo³.

Si potrebbe obiettare, però, che l'essere garante dei diritti e degli equilibri istituzionali sia mero riflesso della sua attività, che sarebbe invece connotata esclusivamente dall'essere la custode della Costituzione. Ciò, guardando specificamente al sistema italiano, tanto nell'esercizio delle competenze propriamente finalizzate alla difesa della «Costituzione dei poteri» (conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato e tra Stato e Regioni, giudizi sull'ammissibilità dei referendum, sindacato sulla messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica) quanto nel giudizio di legittimità costituzionale, in specie incidentale, ove maggiore sembrerebbe lo spazio per la difesa della «Costituzione dei diritti», anche se la distinzione non dovrebbe essere enfatizzata, esistendo tra le stesse un nesso difficilmente scindibile⁴, come dimostrato dal fatto che «spesso attraverso la garanzia delle norme costituzionali di organizzazione si riesce ad assicurare la garanzia dei diritti»⁵. Tuttavia, tali effetti sarebbero, in un certo senso, indiretti, tanto è vero che la stessa “concretezza” del giudizio incidentale, segnata dal necessario collegamento con il giudizio *a quo*, si attenuerebbe per effetto dell'autonomia del sindacato della Corte, il quale, salva la valutazione della “rilevanza”, peraltro cristallizzata al momento della proposizione della questione, si tradurrebbe di nuovo nel mero raffronto tra la situazione normativa oggetto di censura e le previsioni costituzionali che si assumono violate, in un'opera “astratta” di confronto tra oggetto e parametro.

Insomma, la garanzia dei diritti e degli equilibri istituzionali dipenderebbe non già dal giudizio della Corte ma dai contenuti della Costituzione (dal parametro), la cui prevalenza sulle leggi e sugli atti autoritativi (e persino sulle omissioni) è solo esplicitata in virtù del suo sindacato.

Se si guarda alle evoluzioni giurisprudenziali, questa rigida, quasi meccanica, costruzione sembra subire attenuazioni significative, pur mantenendo una sua solidità. Di seguito proporrò qualche breve riflessione, limitandola ai conflitti tra poteri e soprattutto al giudizio di legittimità costituzionale (specie incidentale), per cercare specialmente di delineare in che modo e sino a qual punto la Corte italiana sia riuscita, nel più recente periodo, a farsi sempre più garante dei diritti fondamentali.

³ Secondo una nota definizione di F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1978, 1252 e, già, ID., *Corollari del principio di “legittimità costituzionale” e sentenze “sostitutive” della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1969, 91 ss. e particolarmente 104.

⁴ M. LUCIANI, *La «Costituzione dei poteri» e la «Costituzione dei diritti». Note sulle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Studi in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, 497 ss.

⁵ T. GROPPI, *La Corte e i poteri*, in V. TONDI DELLA MURA – M. CARDUCCI – R. G. RODIO, *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa svoltosi a Otranto-Lecce il 4-5 giugno 2004, Torino, 2005, 923.

2. Cenni sulle evoluzioni nella sede del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato

Persino nel conflitto di attribuzione, ove il ruolo della Corte sembrerebbe al più orientato alla garanzia degli equilibri istituzionali⁶, quale custode del rispetto delle regole sulla ripartizione dei poteri, può venire in rilievo l'esigenza di tutela dei diritti. Che questa sede sia anzitutto il luogo nel quale la Corte concorre a «conservare l'*equilibrio* costituzionale – i c.d. “pesi e contrappesi” (*checks and balances*) – fra gli organi dell'ordinamento» è fuori di dubbio. È un ambito, dominato dalla leale cooperazione tra i poteri, che non tollera «alterazioni patologiche (invasioni o menomazioni)» dell'*equilibrio* costituzionale⁷. Com'è noto, il sindacato si è sviluppato, in tale sede, a partire dagli anni Settanta, per poi decollare negli anni Novanta soprattutto in conflitti che hanno coinvolto il potere giudiziario. E, molto spesso, a venire in rilievo, nel contesto di un giudizio finalizzato all'individuazione del potere al quale spetta l'attribuzione in contestazione, è stata proprio l'esigenza di garantire una tutela effettiva dei diritti.

Si pensi, per fare un primo esempio, ai conflitti che riguardano l'insindacabilità dei parlamentari e che si concludono con la rimozione dell'atto che l'abbia dichiarata⁸. Il giudizio della Corte permette, in tal caso, la piena tutela del diritto all'onorabilità del terzo leso dalle dichiarazioni del politico, che, in assenza di «nesso funzionale», perdono la protezione che altrimenti sarebbe assicurata dal sistema.

Ancora, quando si ammette che il singolo parlamentare possa sollevare conflitto in caso di violazioni manifeste delle sue prerogative nel processo di formazione della legge, si intende esplicitamente consentire la tutela dei diritti connessi alla partecipazione al processo decisionale⁹.

Certo, in entrambi i casi, le situazioni soggettive in tanto ricevono tutela in quanto il fondamento oggettivo sta ora nella necessità di evitare che la prerogativa si trasformi in privilegio ora nell'esigenza di assicurare il buon andamento dei lavori dell'assemblea in quanto tale. Si potrebbe di nuovo affermare che la questione dei diritti potenzialmente lesi venga in rilievo di “riflesso” poiché ciò che si intende

⁶ In questa sede sono venute di recente all'attenzione della Corte questioni centrali nelle dinamiche dei rapporti tra i poteri: si pensi, solo per fare alcuni esempi, alla decisione sul segreto di Stato (sent. n. 40 del 2012), a quella sulle intercettazioni del Presidente della Repubblica (sent. n. 1 del 2013) o a quella in tema di autodichia (sent. n. 262 del 2017). In argomento si veda, da ultimo, il libro di F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri*, Torino, 2019; ma sul ruolo della Corte all'interno della forma di governo il richiamo va, anzitutto, agli Atti del noto Convegno fiorentino del 1981, curati da P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.

⁷ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, II ed., Torino, 2019, 305.

⁸ La Corte ha definito progressivamente i confini oltre i quali la prerogativa si trasforma in privilegio, procedendo, a partire dalla sent. n. 289 del 1998, all'annullamento delle delibere di insindacabilità che andassero a coprire opinioni espresse da parlamentari fuori dalle sedi istituzionali, qualora prive di stretta connessione («nesso funzionale»: sentt. nn. 10 e 11 del 2000) con le attività tipiche svolte nell'esercizio delle loro funzioni (contenuti di interrogazioni, di interpellanze, ecc.), ponendo così fine alla tendenza a comprendere qualsiasi comportamento o attività politica nella sfera di insindacabilità assicurata dall'art. 68, primo comma, Cost.

⁹ Si vedano le ordinanze nn. 17 del 2019 e 60 del 2020, nelle quali si afferma che il singolo parlamentare è legittimato a sollevare conflitto con riguardo a vizi del procedimento legislativo, quando gli stessi si traducano in violazioni gravi e manifeste delle attribuzioni che, per Costituzione, appartengono allo *status* di ciascun componente delle Camere (diritto di parola, di proposta, di voto, ecc.).

primariamente tutelare è un interesse oggettivo dell'ordinamento, esercitando una funzione di salvaguardia degli equilibri istituzionali, nella forma del giudizio sulla spettanza della competenza in contestazione.

Va pure notata, nel recente periodo, una certa commistione tra i diversi giudizi¹⁰, se è vero che in sede di conflitto sarebbe stato addirittura possibile introdurre nel sistema una nuova norma, come ritenuto in dottrina rispetto a quella che è stata definita quale «operazione pseudo-manipolativa»¹¹ compiuta con riguardo al tema delle intercettazioni del Presidente della Repubblica¹², così come nel giudizio di costituzionalità ha trovato soluzione un «conflitto» che nella sostanza coinvolgeva il potere giudiziario e il potere legislativo, ma nella forma i diritti alla salute e al lavoro¹³.

3. Cenni sulle evoluzioni nel giudizio di legittimità costituzionale

Un discorso non dissimile potrebbe farsi anche per il giudizio di legittimità costituzionale ossia per quella che è la sede per eccellenza di verifica della compatibilità oggettiva tra la legge e la Costituzione.

Senza tralasciare che anche in tale sede la Corte può farsi garante degli equilibri istituzionali, come accaduto, ad esempio, *ratione materiae*, nelle decisioni riguardanti le leggi elettorali¹⁴, occorre riflettere soprattutto sui modi in cui si è fatta, sempre più, garante dei diritti.

Per comprenderlo, bisogna, sia pure rapidamente, ricordare alcune evoluzioni che hanno interessato il più recente percorso della Corte costituzionale italiana: dalla tendenza all'ampliamento delle maglie dell'accesso in via incidentale¹⁵ (si è parlato di una via di ingresso «semi-incidentale» per il sindacato sulle

¹⁰ Lo nota GIU. SERGES, *Il «potere neutro» del giudice delle leggi e la sua (inevitabile?) «responsabilizzazione» politico-istituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale»*, Torino, 2017, 360.

¹¹ Operazione che, come sottolinea GIU. SERGES, *loc. ult. cit.*, è di regola consentita solo nel giudizio di costituzionalità in via incidentale.

¹² Sent. n. 1 del 2013, nel commento alla quale rileva proprio questo aspetto F. MODUGNO, *Tanto rumore per nulla (o per poco)?*, in *Giur. Cost.*, 2013, 1247 ss.

¹³ Il riferimento è alla sent. n. 85 del 2013, riguardante la gestione del caso ILVA di Taranto. Significativo al riguardo il commento di V. ONIDA, *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, n. 2/2013.

¹⁴ Rispetto alle sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017, riguardanti la legislazione elettorale, si è non a caso affermato che «sarebbe stata mille volte preferibile una pronuncia derivante dal conflitto di attribuzione promosso tempestivamente dalle minoranze/opposizioni contro specifici atti del procedimento legislativo» (M. MANETTI, *Regolamenti e compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 2/2017, 69).

¹⁵ Esemplato da una lettura meno formalistica del requisito della rilevanza, che possiamo tra l'altro riscontrare nel giudizio sulle leggi elettorali (sents. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017), ma anche in occasione di un'importante decisione (sent. n. 119 del 2015) resa su questione proposta dalla Cassazione in sede di giudizio per determinazione del principio di diritto, la cui risoluzione non avrebbe comportato alcuna concreta utilità per le parti. Si tratta di giurisprudenza variamente criticata dalla dottrina costituzionalistica, per la condivisa ragione per cui il rispetto delle regole processuali sarebbe «il miglior possibile presidio» della indipendenza e della funzionalità della Corte (già A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. BESSONE, Torino, 1996, 149 e, ora, R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, 607 ss.). Vi è poi pure da considerare una tendenza al ri-accentramento del giudizio di

leggi elettorali¹⁶), alla creazione di nuove tecniche decisorie¹⁷ sino all'impiego della sede del giudizio in via principale in una prospettiva che conduce al di là della sfera del mero controllo del rispetto dei confini competenziali tra Stato e Regioni¹⁸. In quest'ultimo ambito, nel quale è di solito mero giudice della competenza, la Corte è addirittura intervenuta esplicitamente a tutela dei diritti, affermando, in specifica occasione riguardante il sindacato su un decreto-legge in materia di vaccinazioni, la ragionevolezza della scelta compiuta dal legislatore statale, il quale non avrebbe indebitamente e sproporzionatamente sacrificato la libera autodeterminazione individuale, bensì operato un adeguato temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività¹⁹.

Ma si pensi anche, per il giudizio in via incidentale, al più penetrante intervento della Corte a tutela dei diritti nell'esecuzione penale e, più in generale, all'atteggiamento assunto in importanti pronunce riguardanti, specificamente, il delicato tema della dosimetria della pena, ove sono stati compiuti interventi ritenuti non propriamente "a rime obbligate", ma semmai "a rime adeguate"²⁰. In questi ultimi casi la

costituzionalità, essendosi anzitutto affermato che il giudice deve motivare adeguatamente in ordine alla difficoltà o improbabilità di pervenire tramite l'interpretazione all'individuazione di una norma conforme a Costituzione e non richiedendosi finalmente più che l'impossibilità di una interpretazione conforme sia condizione di ammissibilità della questione (per tutte sent. n. 42 del 2017). Non solo, la Corte ha riservato a sé uno spazio di intervento più ampio per l'ipotesi in cui una norma sia in potenziale contrasto con la Carta dei diritti fondamentali UE e con la Costituzione, invitando il giudice comune a sollevare in tal caso questione di legittimità costituzionale piuttosto che a direttamente disapplicare (sent. n. 269 del 2017 e poi sentt. n. 20, 63 e 117 del 2019). Tale ultimo atteggiamento trova in parte giustificazione proprio nella necessità di recuperare il ruolo di giudice dei diritti, messo in discussione dalla presenza di diverse Corti che, a diversi livelli, finiscono per occuparsi di una materia *lato sensu* costituzionale (è il tema assai indagato del costituzionalismo multilivello e del rapporto tra Corti nazionali, Corte Edu e Corte di Giustizia specie sul piano della tutela dei diritti). In argomento si vedano le diverse posizioni espresse in G. CAMPANELLI – G. FAMIGLIETTI – R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema «accentrato» di costituzionalità*, Atti del Seminario svoltosi a Pisa il 25 ottobre 2019, Napoli, 2020.

¹⁶ M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via «semi-incidentale» sulla legge elettorale: un approccio prudente per un caso eccezionale*, in M. D'AMICO – S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla «storica» sent. n. 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014, 27 ss.

¹⁷ La Corte ha sperimentato diversi tipi di sentenze manipolative sino ad arrivare all'impiego dell'ordinanza motivata con rinvio a data fissa per la discussione al fine di sollecitare l'intervento del legislatore (ordd. nn. 207 del 2018, 132 del 2020). Da non sottovalutare è anche l'impiego di decisioni di incostituzionalità solo *pro futuro* (sent. n. 10 del 2015) o addirittura ad effetti differiti (sent. n. 41 del 2021).

¹⁸ Il sindacato è stato ammesso anche per l'ipotesi in cui il vizio denunciato non interessi direttamente il riparto delle competenze Stato/Regioni allorché la lesione lamentata (riguardante, ad esempio, il rispetto delle regole costituzionali sulle fonti) "ridondi" in violazione della competenza (si pensi alla sent. n. 32 del 2014).

¹⁹ Nel caso specifico, con l'interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura (sent. n. 5 del 2018). Il richiamato modo di argomentare è tipico del giudizio in via incidentale.

²⁰ Si veda, soprattutto, sent. n. 222 del 2018, ma anche, in diverso modo e tra le altre, sentt. n. 236 del 2016 e n. 40 del 2019. Nella sent. n. 222 del 2018, la Corte ha in particolare dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ult. comma, della legge fallimentare, nella parte in cui dispone che: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa *per la durata di dieci anni* l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa *fino a dieci anni*». La ragione della incostituzionalità sta nella fissità della pena accessoria. Questione analoga era stata però dichiarata inammissibile nella sent. n. 134 del 2012, per assenza di "rime obbligate", ritenendosi necessario l'intervento del legislatore, cui la Corte rivolgeva il monito a «porre mano ad una riforma del sistema delle

Corte ha “inserito” nel sistema regole mancanti che non sembravano immediatamente implicate o deducibili dal testo costituzionale, pur se presenti, “allo stato latente”, nel sistema normativo in vigore²¹. Di particolare rilievo sono poi le numerose decisioni con le quali sono stati dichiarati incostituzionali automatismi legislativi che interessano l’ambito del diritto punitivo (dalle misure di sicurezza all’applicazione obbligatoria della custodia cautelare sino alla fruizione di benefici penitenziari²²), che vanificano l’esercizio della funzione giurisdizionale. Tali questioni, poste in via incidentale, hanno portato la Corte «a risolvere veri e propri conflitti tra poteri da atto legislativo», restituendo «al giudice ciò che il legislatore gli aveva sottratto, cioè l’apprezzamento caso per caso», così «reintegrando l’autorità giurisdizionale nell’esercizio della sua funzione costituzionale»²³.

In questo processo evolutivo si inseriscono anche tecniche decisorie quali l’ordinanza collegiale di rinvio dell’udienza, con termine assegnato al legislatore per intervenire²⁴, che costituiscono il preludio per incisivi interventi manipolativi²⁵. Si tratta di elaborazioni in certo senso giustificate dall’inerzia del legislatore – connotato proprio della fase storico-politica che stiamo vivendo – che porta la Corte a considerare meno stringente il limite del rispetto della discrezionalità legislativa, altrimenti cadendosi nel paradosso di una piena tolleranza della inosservanza della Costituzione dovuta a comportamenti omissivi.

Il compito della Corte è quello di «rendere giustizia costituzionale»²⁶ e la stessa discrezionalità legislativa può essere solo limite relativo, non assoluto, per il perseguimento di questo obiettivo²⁷. Per essere più chiari: il precedente monito rimasto inascoltato o il tempo dato al legislatore per intervenire sono condizioni che legittimano interventi più penetranti della Corte, anche quando non vi sia una sola

pene accessorie che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l’art. 27, terzo comma, Cost.» La Corte supera ora la sua ritrosia ad entrare nel merito di questioni che attengono alla commisurazione della pena, proprio in ragione dell’intollerabile protrarsi dell’inerzia legislativa, nonché della «evoluzione in atto della stessa giurisprudenza costituzionale in materia di sindacato sulla misura della pena». «Tutto ciò in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l’intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell’individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima».

²¹ E non siamo lontani, in realtà, da quanto sosteneva Vezio Crisafulli che, nel parlare di “rime obbligate”, si riferiva ad un’opera nella quale «la Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore» (V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. OCCHIOCUPO, 1978, 84).

²² Tra le molte: sentt. nn. 208 del 2009, 265 del 2010, 110 del 2012, 57, 213 e 232 del 2013, 239 del 2014, 222 del 2018, 253 del 2019.

²³ A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 501 s.

²⁴ Si vedano le già richiamate ordd. nn. 207 del 2018 e 132 del 2020, nonché, ora, ord. n. 97 del 2021.

²⁵ Come accaduto proprio nel c.d. caso Cappato (sent. n. 242 del 2019) ossia per il mancato seguito dell’ord. n. 207 del 2018.

²⁶ Come insegna G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d’Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, 979; ID., *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 13/11/2020.

²⁷ M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, 2020, 68.

soluzione possibile per colmare la lacuna incostituzionale. Ciò, in particolare, ove si verta in materia di diritti fondamentali e sempre con la precisazione, allorché si tratti di una ridefinizione della cornice edittale della pena prevista per un determinato reato, per cui resta nella disponibilità del legislatore optare per altra, in ipotesi più congrua, soluzione sanzionatoria, che sia comunque rispettosa del principio di proporzionalità.

È qui che il sindacato della Corte sembra ormai assumere le vesti di un «controllo cooperativo», i cui confini si ampliano per effetto della realistica considerazione per cui, nell'attuale momento storico, il mero procedimento parlamentare non è in grado di garantire la razionalità delle leggi «rispetto ai fini e rispetto alla struttura dell'ordinamento (la loro coerenza interna), da un lato, e la razionalità discorsiva (la ragionevolezza), dall'altro». Al punto che, per assicurare la «ragionevolezza-universalità-discorsività» che il Parlamento non riesce ad imprimere alla legge, il suo procedimento finisce per assumere «un respiro più ampio, che viene a ricomprendere anche il controllo di costituzionalità, come suo elemento integrante»²⁸.

La predetta constatazione non equivale a giustificazione di qualsiasi forma di “attivismo” della Corte, né è di ostacolo all'auspicio, che proporrò nelle conclusioni, verso un riposizionamento dell'organo di giustizia costituzionale che sia esito della riacquisizione di centralità nel sistema delle istituzioni politiche rappresentative. Cercare di comprendere “ciò che è” non significa necessariamente appiattirsi sul “così sia” e in particolare non vuole dire necessariamente giustificare, specie in nome della garanzia dei diritti, quelle che alcuni definiscono come “disapplicazioni” o “trasgressioni” delle regole processuali (le quali peraltro, molto spesso, sono l'esito di creazione giurisprudenziale o di costruzione dottrinale, più che di espressa e chiara statuizione normativa). Né ritengo, anzi trovo semplicistico ritenere, che l'attuale, vero o presunto, attivismo giudiziario possa avere come necessaria conseguenza l'incremento della “passività” del legislatore (come se questo, quasi meccanicamente, fosse destinato a non prendere decisioni o comunque a rinunciare a prendere decisioni razionali, perché sa che sarà poi il giudice costituzionale a farlo!).

4. Per garantire i diritti è necessario il ricorso diretto?

Ma qual è la ragione profonda delle descritte evoluzioni o, secondo alcuni, dello snaturamento del giudizio costituzionale? Credo risieda nell'opzione originaria che indusse in Italia a non ammettere, tra le strade possibili di accesso alla giustizia costituzionale, il ricorso in via diretta. Ciò ha contribuito a delineare una evoluzione progressiva specie del giudizio in via incidentale (e ora pure, almeno in parte, del giudizio in

²⁸ M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 84 s.

via principale e di quello sui conflitti), con una graduale riduzione delle c.d. zone franche. E soprattutto il giudizio incidentale ha dato nel complesso prova di buon funzionamento, anche perché la Corte ha potuto contare su una positiva collaborazione dei giudici, che tendenzialmente seguono le sue proposte interpretative²⁹.

Ma il discorso potrebbe a questo punto essere ribaltato, proprio in ragione delle diverse critiche che sono state sollevate in dottrina rispetto alla presunta trasformazione del giudizio di costituzionalità, che si starebbe realizzando in spregio delle regole del diritto processuale costituzionale³⁰. A me sembra che la Corte ancora si muova su un piano di interpretazione piuttosto che di disapplicazione delle predette regole, ma ove si rivelasse maggioritaria una diversa opinione, allora sì che sarebbe il momento di ragionare su possibili innovazioni normative tali da consentirle di continuare a «rendere giustizia costituzionale». Si tratterebbe, probabilmente, anche di prendere sul serio l'ipotesi dell'introduzione del ricorso diretto, nonostante i rischi che ciò comporterebbe sul piano dell'aumento del carico di lavoro del giudice costituzionale, secondo molti in grado di minare proprio il funzionamento stesso della Corte³¹. Non mancano però alcuni «anticorpi», anzitutto consentendo alla Corte di «selezionare» i casi sulla base del loro «rilievo costituzionale», non diversamente da quanto accade in Spagna e in Germania per effetto di previsioni normative e di specificazioni giurisprudenziali³². Peraltro, come sempre insegna l'esperienza comparata³³, la lamentata violazione della Costituzione dovrebbe essere effettiva e attuale e tutti gli altri rimedi interni dovrebbero essere stati esperiti (ovvero si dovrebbe versare nell'ipotesi in cui non sia prevista alcuna forma di tutela con riguardo al diritto fondamentale contestato).

Insomma, il ricorso diretto dovrebbe essere strumento eccezionale, sussidiario, da esperire quando una persona ritenga concretamente violato un proprio diritto fondamentale in conseguenza di decisione

²⁹ In argomento v., per tutti, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

³⁰ Si vedano, in particolare, le critiche espresse da A. RUGGERI, *La metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Lo Stato*, 15/2020, 177, il quale con una serie di esempi, alcuni dei quali anche richiamati nel mio lavoro, sottolinea come la Corte, con l'obiettivo di «preservare il complessivo equilibrio istituzionale e dare appagamento ai diritti» si sarebbe allontanata vistosamente dai canoni (persino costituzionali) sul processo o ne avrebbe inventati di nuovi secondo occasione, addirittura dismettendo «i panni del giudice costituzionale, nella sua complessivamente peculiare conformazione, ed indossando quelli del legislatore di revisione costituzionale, nel momento in cui adegua al caso la disciplina stabilita nella Carta costituzionale per lo svolgimento dei giudizi sulle leggi» (p. 168 s.)

³¹ Tra i molti: M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in Aa.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 31 ss.; E. CHELI, *Intervento conclusivo*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dalla prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, 211; P. CARROZZA – R. ROMBOLI – E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, Napoli, 2006, 759 ss.

³² Art. 49.1 e 50.1b della *Ley Orgánica* 2/1979, dopo la revisione apportata dalla legge 6/2007, con specificazioni contenute in una decisione del *Tribunal Constitucional* del 2009 (STC 155/2009); art. 93a della legge sul Tribunale costituzionale tedesco (*BVerfGG*).

³³ Il cui studio dovrebbe comprendere anche l'esperienza sudamericana, a partire da quella, antesignana, del Messico, sulla quale v. R. TARCHI, *Il ricorso diretto individuale a tutela dei diritti fondamentali: prospettiva comparata e sistema italiano di giustizia costituzionale*, in ID. (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2012, 28 ss.

adottata dal pubblico potere³⁴. E si potrebbe anche immaginare – come affermato dal Presidente Saja in un noto seminario del 1989 – a un impiego del ricorso limitato ai settori in cui vi sia un effettivo «vuoto di garanzia»³⁵, ai soli casi in cui non siano previsti altri strumenti di tutela³⁶, ragionando sulla predisposizione di «accurati filtri» e su nuove modalità di organizzazione del lavoro della Corte³⁷.

So bene che una tale novità inciderebbe non solo sul versante quantitativo, ma anche su quello qualitativo, dovendo la Corte non più giudicare soltanto sulle leggi ma anche sui fatti e persino su provvedimenti dei giudici. Ma forse non basta più una Corte giudice delle leggi, almeno ove le strettoie del giudizio incidentale le impedissero per tale via di essere in senso pieno garante della Costituzione, in primo luogo dei diritti fondamentali. Anche perché si rischierebbe di rinunciare al ruolo di giurisdizione delle libertà – secondo la nota formula di Cappelletti³⁸ – andando questo a radicarsi in un'altra sede (Strasburgo), ove si impiega un altro parametro (la CEDU)³⁹, con modalità di giudizio assai diverse da quelle proprie di un Tribunale costituzionale.

Condividendo la posizione di Paladin, che vede nella protezione dei diritti fondamentali una delle principali fonti di legittimazione della Corte⁴⁰, credo, insomma, che l'alternativa che ci si pone davanti sia chiara: o tolleriamo, come auspico fortemente, letture evolutive delle regole processuali che riducano in tale ambito le “strettoie” del sistema incidentale (nonché, almeno in parte, del giudizio in via principale) o dobbiamo ragionare seriamente sulle lacune presenti nel nostro ordinamento per la tutela dei diritti fondamentali, senza pregiudizi rispetto alla possibile introduzione del ricorso diretto. Un'opzione, quest'ultima, che, ove si accettassero le suddette letture evolutive (con apertura, in particolare, verso le evoluzioni delle tecniche decisorie impiegate, anche con riguardo alla possibile modulazione dei loro effetti temporali), potrebbe comunque essere considerata per permettere un sindacato, sia pure “residuale”, sulle norme subprimarie che si rivelino lesive dei diritti⁴¹, le quali troppo spesso passano indenni al vaglio dei giudici comuni forse anche per una loro scarsa propensione a far valere direttamente il vizio di costituzionalità quale ragione di annullamento o disapplicazione dell'atto. Si tratterebbe, insomma, di tenere conto del fatto che, «nella nostra realtà, spesso il deficit di garanzia dei diritti non

³⁴ G. ZAGREBELSKY, *Intervento nel forum su I quarant'anni della giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 221 s.

³⁵ F. SAJA, *Introduzione ai lavori del Seminario*, in AA.VV., *Giudizio «a quo»*, cit., 7.

³⁶ A. BALDASSARRE, *Una Costituzione da rifare*, Torino, 1998, 66 ss.

³⁷ Cfr., al riguardo, l'ampia riflessione di R. TARCHI, *Il ricorso diretto individuale a tutela dei diritti fondamentali*, cit., 3 ss.

³⁸ M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco svizzero e austriaco)*, Milano, 1955.

³⁹ Ma anche a Lussemburgo, ove si impiega il parametro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

⁴⁰ L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 11 ss.

⁴¹ Si pensi, anzitutto, ai decreti di natura non regolamentare o ai decreti ministeriali, ormai impiegati ben al di là dei confini entro i quali sembrerebbero collocati dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988, o all'utilizzo, sempre più rilevante, di ordinanze ministeriali e di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

discende tanto dalle leggi quanto da difetti o carenze nella loro concreta applicazione»⁴². Ma questa, forse, è un'altra storia, che interessa, peraltro, specificamente il sistema italiano dal quale vorrei allontanarmi per proporre qualche considerazione conclusiva e più generale sul ruolo dei Tribunali costituzionali, oggi.

5. Qualche considerazione conclusiva. Sulla giustizia costituzionale, oggi

Sempre più si tende a “sezionare” lo studio della giurisprudenza costituzionale, a interrogarsi su singoli aspetti, ponendo e riproponendo domande le cui risposte sono occasionate da singole decisioni. Si rischia, così, per guardare l'albero, di non vedere la foresta.

Provarei, allora, ad alzare il tiro, a rivolgere, sia pure rapidamente, lo sguardo alla foresta, per tentare di comprendere, che non vuole dire necessariamente giustificare, quali possano essere le tendenze della giustizia costituzionale nella contemporaneità, i principali apporti dei Tribunali costituzionali per l'inveramento degli ideali del costituzionalismo⁴³, almeno nei sistemi che prevedono un controllo accentrato⁴⁴.

Si può davvero pensare, oggi, ad una Corte che sia mero legislatore “negativo”? L'opera di raffronto tra oggetto e parametro può ancora guardarsi in termini statici? Bianco o nero, accoglimento o rigetto?

Custodire la Costituzione vuol dire assicurare, secondo gli ideali del costituzionalismo moderno, la limitazione (e la separazione) dei poteri, in funzione della garanzia dei diritti⁴⁵. Il Tribunale costituzionale deve contribuire a dare effettività alla formula che vede la separazione dei poteri e la garanzia dei diritti come condizione dell'esserci stesso della Costituzione (secondo la nota formula dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, adottata in Francia nel 1789). Le “modalità” per raggiungere questo obiettivo variano al mutare delle condizioni storico-politiche. Oggi richiedono, in

⁴² V. ONIDA, *Prolusione al seminario 1997. La Corte costituzionale negli sviluppi della forma di governo*, in *Quaderno dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Seminario 1997, n. 8, 13.

⁴³ È proprio sull'idea base del costituzionalismo moderno, ossia la limitazione del potere, che si fonda la giustizia costituzionale. Così è per il modello statunitense di controllo diffuso (*judicial review of the legislation*), fondato sull'idea della costituzione come “legge superiore” (*a superior paramount law*) e affermatosi, come noto, in via pretoria con la sentenza *Marbury versus Madison* del 1803 sulla base dell'elaborazione teorica di Hamilton che, nel *Federalist* n. 78, considerava le corti di giustizia organo intermedio «fra il popolo e il corpo legislativo», essenziali per mantenere quest'ultimo entro i limiti imposti al suo potere dalla legge fondamentale. Ancor più evidente è il predetto fondamento nel modello europeo, configurato come sindacato accentrato nella scia dell'esperienza della Costituzione austriaca del 1920 e dell'insegnamento kelseniano che guarda alla giustizia costituzionale quale strumento essenziale per assicurare l'essenza della democrazia.

⁴⁴ Per un'analisi piuttosto recente e particolarmente efficace sul modello accentrato (o centralizzato) di giustizia costituzionale in Europa, che ne mette in evidenza il successo e alcuni aspetti critici, si veda V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*. New Haven & London, 2009.

⁴⁵ La centralità della tutela dei diritti nel giudizio di legittimità costituzionale è confermata dalla scelta compiuta in Francia in sede di introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité*, potendo per tale via essere portata davanti al Conseil constitutionnel una disposizione legislativa che «porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit (art. 61-1 Cost. francese). Cfr. T. DI MANNO, *Recours devant le Conseil constitutionnel par voie préjudicielle: question prioritaire de constitutionnalité*, in *JurisClasseur Libertés*, 2010, 36.

particolare, strumenti più penetranti per fronteggiare le omissioni del decisore politico – talora dovute a mera inerzia, talaltra all’incessante sviluppo scientifico, tecnologico e sociale che il legislatore non riesce ad “inseguire”⁴⁶ –, ma anche per tenere vive le tradizioni costituzionali dello Stato nel contesto della globalizzazione e, in particolare, del processo di integrazione europea. E, sotto quest’ultimo profilo, diversi sono gli argini che possono essere frapposti rispetto ad una acritica prevalenza del diritto sovranazionale, tradotti, almeno in Italia, nella dottrina dei “controlimiti”⁴⁷ e in reazioni più o meno incisive di altri Tribunali costituzionali.

Ad emergere, complessivamente, sembra essere, però, una logica “relazionale”, che vede le Corti cercare la collaborazione con le altre istituzioni, nazionali e no⁴⁸.

Sul piano, per così dire, interno, la “collaborazione” è palesemente cercata: con il legislatore, cui si rivolgono moniti o al quale si dà tempo per intervenire a “correggere” la disciplina censurata⁴⁹; con i giudici, ai quali si “suggeriscono” interpretazioni conformi a Costituzione delle disposizioni legislative impugnate⁵⁰, lasciando loro ampio spazio nella preventiva ricerca di soluzioni costituzionalmente compatibili che prevengano ed evitino il contenzioso costituzionale⁵¹. A prevalere è l’idea dell’incostituzionalità come *extrema ratio*, alla quale ricorrere solo allorché non si riesca a dare al testo

⁴⁶ In Portogallo, ad esempio, la Costituzione riconosce espressamente al Tribunale costituzionale la possibilità di dichiarare l’incostituzionalità per omissione (art. 283).

⁴⁷ Si veda Corte cost., sent. n. 183 del 1973. Nella giurisprudenza costituzionale tedesca: BVerfGE, 29 maggio 1974, 37, e 22 ottobre 1986, 73.

⁴⁸ Con riguardo alla Corte italiana, parte attiva nello sviluppo di un diritto costituzionale «relazionale», che si fonda sul dialogo con gli altri attori giurisdizionali e no, si vedano, specialmente, le riflessioni di V. BARSOTTI – P.G. CAROZZA – M. CARTABIA – A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford 2015, 231 ss.

⁴⁹ Di rilievo è senz’altro l’esperienza tedesca, dalle sentenze monitorie (*Appellentscheidungen*), con le quali il Tribunale costituzionale rivolge un monito (appello) al legislatore affinché intervenga, riservandosi di dichiarare l’incostituzionalità in caso di inerzia, secondo la logica della doppia pronuncia, alle pronunce di mera incompatibilità senza nullità (*Unvereinbarerklärungen*), dalle quali dovrebbe discendere il blocco dell’applicazione della norma sino a nuova regolamentazione del legislatore. Nell’esperienza giurisprudenziale, queste ultime decisioni hanno subito significativi affinamenti – davvero ben descritti da G. NAGLIERI, *Un nuovo modello decisorio per un nuovo equilibrio tra poteri? Unvereinbarerklärung e Anwendungssperre nel diritto processuale costituzionale italiano (brevi note, comparate, a margine di Corte cost. ord. 132/2020)*, in *Consulta OnLine*, fasc. 1/2021, 175 ss. –, riservandosi il Tribunale costituzionale ora di disporre che la disposizione censurata continui a trovare applicazione così come è stata formulata dal legislatore (*Weitgeltungsanordnung*) o con modificazioni indicate nella stessa pronuncia (*Auffangregelung*), ora di sostituire la normativa “incompatibile” con una regolamentazione transitoria (*Übergangsanordnung*). Per l’Italia può essere utile, di nuovo, il riferimento alla tecnica dell’ordinanza di rinvio dell’udienza con invito al legislatore per intervenire (orrd. nn. 207 del 2018, 132 del 2020 e 97 del 2021), come anche alla pronuncia di incostituzionalità ad effetti differiti (sent. n. 41 del 2021). Per la Francia può essere significativo il richiamo alla «riserva d’interpretazione transitoria» (o «*réserve d’interprétation circonscrite temporellement*»), impiegata in quelle pronunce nelle quali il Conseil constitutionnel rileva l’incostituzionalità di un’omissione legislativa, fornendo in via transitoria un’interpretazione della disciplina censurata conforme a Costituzione nell’attesa dell’essenziale intervento del legislatore rivolto a colmare la lacuna. (su tale tecnica v. M. CHARITÉ, *Réserves d’interprétation transitoires dans la jurisprudence QPC*, in *AJDA*, 2015, 1622 ss.).

⁵⁰ Di grande interesse, anche qui, l’esperienza tedesca, con la dichiarazione di nullità parziale senza caducazione del testo normativo (*Nichtigerklärung ohne Textreduzierung*).

⁵¹ Attraverso l’interpretazione conforme a Costituzione, sulle cui evoluzioni nella giurisprudenza italiana rinvio a M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014 (ora in ristampa aggiornata con *Postilla*, 2020).

normativo un significato, appunto, conforme a Costituzione⁵². E alla collaborazione (leale) si guarda anche nella soluzione dei conflitti tra i poteri e tra gli enti, sempre meno traducibile nei termini del riconoscimento di una piena (esclusiva) competenza dell'uno o dell'altro organo.

L'alternativa secca accoglimento-rigetto non risulta, insomma, idonea a rispondere alle esigenze proprie della giustizia costituzionale e, non da oggi, l'armamentario decisorio dei Tribunali costituzionali si arricchisce inevitabilmente di nuovi strumenti, spesso elaborati in via pretoria per poi essere, in alcuni casi, "consolidati" attraverso il loro riconoscimento da parte del legislatore. Si è persino giunti ad ammettere la possibilità di modulare gli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità, qualora la sua rilevazione, in ragione della retroattività, sia destinata a determinare situazioni di maggiore incostituzionalità⁵³.

La logica del giudizio della Corte è d'altra parte molto diversa da quella del giudice "comune", perché ontologicamente differente è la violazione della Costituzione da parte dell'atto legislativo (o, nei conflitti, da altro atto autoritativo) rispetto alla (mera) violazione di legge da parte di un atto o fatto non legislativo. La natura del parametro e l'obiettivo di garantire la preminenza della Costituzione nei confronti di qualsiasi atto autoritativo rendono, insomma, il giudizio di costituzionalità del tutto peculiare, almeno nei sistemi in cui il sindacato è accentrato e dunque non condizionato dalla risoluzione della specifica controversia attraverso la disapplicazione o meno dell'atto legislativo che si assuma costituzionalmente illegittimo.

Con chiavi di lettura non troppo differenti può essere riguardato, sia pure con rilevanti distinguo tra i diversi sistemi costituzionali, il complesso rapporto tra diritto interno e diritto europeo⁵⁴. La prevalenza di quest'ultimo non può essere incondizionata, al punto da permettere il travolgimento dei principi fondamentali delle Costituzioni nazionali per consentire l'uniforme e immediata applicazione del diritto europeo. Quando ciò accade, gli strumenti per rispondere possono, però, essere diversi, più o meno

⁵² Così G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 257, che considera la dichiarazione d'incostituzionalità come «fallimento dell'interpretazione». Tale notazione non vale soltanto per il sistema italiano. Basti pensare che, in nome del principio di conservazione della legge, il Tribunale costituzionale spagnolo ha in diverse occasioni precisato che debbono essere dichiarate incostituzionali soltanto le disposizioni dalle quali è impossibile ricavare un'interpretazione conforme a Costituzione (tra le tante, sentt. nn. 4 del 1981, 138 del 2005, 131 del 2006).

⁵³ Si tratta di strumento variamente riconosciuto non solo in Germania, come prima sottolineato, ma anche in Austria (art. 140 della Costituzione), in Belgio (art. 8, comma 3, della legge speciale del 1989) e, più di recente, in Francia (art. 62, comma 2, Cost.). Il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto nella sua giurisprudenza che l'effetto della incostituzionalità sia generalmente retroattivo, ferma restando la possibilità di utilizzare il potere di modulazione riconosciuto dalla Costituzione. Si veda M. DISANT, *Le effets dans le temps des décisions QPC. Le Conseil constitutionnel «maître du temps»? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel?*, in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, 80. In Italia tale potere, non esplicitato nella normativa vigente, è stato esercitato in recenti e già richiamate pronunce, quali le sentt. n. 10 del 2015 e n. 41 del 2021.

⁵⁴ È tema al quale Paola BILANCIA ha dedicato diversi lavori, tra i quali: *The dynamics of the eu integration and the impact on the national constitutional law. The European Union after the Lisbon treaties*, Milano 2012; *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello* (con F.G. PIZZETTI), Torino, 2004.

“aggressivi” nei confronti delle istituzioni europee. Basti pensare alle recenti “reazioni” del Tribunale costituzionale tedesco o ai tentativi di dialogo della Corte costituzionale italiana. Modi diversi per rivendicare l’ultima parola sulla “custodia” della Costituzione nazionale, argine alla altrimenti pervasiva prevalenza del diritto europeo. In una logica non conflittuale il rispetto del “controlimite” può essere ricercato sul piano della convergenza interpretativa, evitando letture del diritto europeo che possano rivelarsi in contrasto con i principi fondamentali e soprattutto con i diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione nazionale. È quanto la Corte italiana ha cercato di (ed è riuscita sinora a) fare, utilizzando lo strumento del rinvio pregiudiziale⁵⁵ per esprimere il proprio punto di vista, rappresentando come una certa lettura del diritto europeo avrebbe imposto l’applicazione del “controlimite”, impedendone l’ingresso nell’ordinamento nazionale⁵⁶. Lo stesso non può accadere quando lo Stato rivendichi l’ultima parola sulle competenze, il controllo sugli atti *ultra vires* delle istituzioni europee, come dimostra la giurisprudenza tedesca⁵⁷. Qui gli spazi per la composizione o la prevenzione del conflitto si riducono o

⁵⁵ Il primo caso è del 2008: ord. n. 103 del 2008. L’Italia è giunta relativamente tardi ad impiegare tale strumento, ma non mancano Tribunali costituzionali che vi hanno fatto ricorso ancora più di recente. Tra questi, ad esempio, quello portoghese, con acórdão n. 422 del 15 luglio 2020.

⁵⁶ Esempio, per l’Italia, è il caso Taricco, nel quale, a fronte di una divergenza interpretativa emergente dalla giurisprudenza europea in tema di reati di frode fiscale, la Corte costituzionale ha fatto ricorso al rinvio pregiudiziale (ord. n. 24 del 2017), indicando, in spirito collaborativo, una soluzione ermeneutica che consentisse di “salvare” la normativa italiana. La Corte di giustizia ha così precisato che, al ricorrere di determinate condizioni, i giudici potessero applicare la disciplina interna (sent. 5 dicembre 2017, C-42/17), così prevenendo l’altrimenti “minacciato” ricorso ai “controlimiti”. E la Corte costituzionale ha potuto chiudere la partita con una pronuncia di infondatezza (sent. n. 115 del 2018) che ha suggellato un profilo dialogo tra le Corti.

⁵⁷ Esempio è la pronuncia del 5 maggio 2020 del *Bundesverfassungsgericht* (BVG), riguardante un programma della BCE relativo all’acquisto di titoli del debito sovrano sui mercati secondari (PSPP), il quale prevede che ciascuna banca centrale nazionale acquisti titoli idonei provenienti da emittenti pubblici statali, regionali o locali del proprio Paese, in base allo schema di sottoscrizione del capitale della stessa Banca europea. Il Tribunale costituzionale tedesco, chiamato a pronunciarsi su ricorso di gruppi di soggetti privati che contestavano il rispetto della ripartizione delle competenze tra l’Unione europea e gli Stati membri e la violazione del divieto di finanziamento monetario, ha operato rinvio pregiudiziale, al quale la Corte di Giustizia (sentenza 11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss e altri*) ha risposto affermando la validità del programma PSPP, in quanto rientrante nel settore della politica monetaria per la quale l’Unione dispone di una competenza esclusiva e rispettoso del principio di proporzionalità, ed escludendo la violazione del divieto di finanziamento monetario. In tal modo, però, secondo il BVG la Corte di Giustizia avrebbe ecceduto il suo mandato e oltrepassato le sue competenze dal momento che la sua interpretazione è considerabile «arbitraria in una prospettiva oggettiva», per cui tali decisioni non risulterebbero coperte dall’art. 19 TUE. Peraltro, la BCE non avrebbe valutato né dimostrato il rispetto del principio di proporzionalità nell’adozione di prescrizioni che sono specificamente contestate. Deve essere però sottolineato che il Tribunale costituzionale federale, con ordinanza del 29 aprile 2021 (2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15), ha respinto due istanze (presentate ai sensi dell’art. 35 della legge sul BVG) per la concessione di un provvedimento rivolto all’esecuzione proprio della sua sentenza del 5 maggio 2020. Nell’ordinanza si fa tra l’altro riferimento al fatto che il Governo federale e il Bundestag hanno esaminato le decisioni assunte dalla BCE dopo la sentenza del 5 maggio 2020, rilevandone la sufficienza con specifico riguardo alla proporzionalità degli interventi, senza superare in maniera palese il loro margine di apprezzamento, di valutazione e di discrezionalità. Si tratta di affermazioni assai rilevanti, ancorché, probabilmente, non tali da chiudere in via definitiva la disputa sugli acquisti di titoli di Stato.

divengono inesistenti ed è più facile che a prendere posizione siano gli Stati dotati di maggior forza, sia sotto il profilo economico sia per la stabilità politica⁵⁸.

Da rimarcare è anche la tendenza dei Tribunali costituzionali a riappropriarsi del campo della garanzia dei diritti in larga parte occupato dalle Corti europee. La questione si è posta, specialmente, nei casi di “doppio vizio” delle leggi, ove queste cioè si pongano in potenziale conflitto sia con un diritto garantito dalla Costituzione sia con un diritto garantito da una fonte europea di rango assimilabile a quella costituzionale. La Corte costituzionale italiana ha riconsiderato l’orientamento per cui la questione di compatibilità con il diritto UE sarebbe un *prins* logico e giuridico rispetto alla questione incidentale, ritenendo ammissibile, ancorché non obbligata, la scelta del giudice comune di rivolgersi ad essa anziché alla Corte di giustizia, in caso, appunto di doppia pregiudizialità⁵⁹. In modo più netto, in termini di priorità data alla questione di costituzionalità rispetto alle questioni di convenzionalità si orienta l’attuale modello francese grazie all’introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), che restituisce alla Costituzione il ruolo di fonte principale di tutela dei diritti fondamentali. La tutela dei diritti che tendeva ad affermarsi sempre più nella forma del controllo diffuso di convenzionalità, ossia della non applicazione operata dai singoli giudici delle leggi nazionali in contrasto con i vincoli europei (ed in alcuni sistemi anche internazionali), può ora meglio esprimersi, con efficacia peraltro *erga omnes* per il caso della rilevazione del vizio, nella forma del controllo di costituzionalità, ridando finalmente luce alle previsioni costituzionali che garantiscono diritti e libertà.

Nelle diverse forme descritte, i Tribunali costituzionali tendono, dunque, a rivendicare la centralità (non necessariamente la preminenza) delle Costituzioni nazionali nel processo di integrazione europea, puntando soprattutto a far emergere, in un contesto dialogico, quelle che possono essere le tradizioni comuni, i principi essenziali condivisi, soprattutto sul piano dei diritti fondamentali.

Se è vero, in una prospettiva ancora più ampia, che il «costituzionalismo del nostro tempo mira a un “ordinamento degli ordinamenti”», alla «formazione di un patrimonio comune di principi costituzionali materiali, prodotti nel concorso delle molteplici sedi dove si elabora diritto costituzionale», allora è inevitabile che gli organi che interpretano le Costituzioni e i Trattati debbano cercare una «convergenza», pur nella «difesa del pluralismo culturale, in cui rientrano le diverse esperienze costituzionali»⁶⁰. Ed entro questa logica, aperta al «costituzionalismo cosmopolitico, il compito dei giudici costituzionali è di essere

⁵⁸ È un’osservazione proposta da P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all’Unione europea: l’egemone non riluttante*, in: G. REPETTO – F. SAIITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, Napoli, 2020, 192, con riguardo al ruolo di «egemone riluttante» assunto dalla Germania nel processo di integrazione europea.

⁵⁹ Il problema si è posto specialmente per l’ipotesi in cui una legge contrastasse tanto con la Costituzione quanto con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE): si vedano le pronunce nn. 269 del 2017, 20, 63, 112 e 117 del 2019, 182 del 2020. In dottrina si veda, specialmente, il noto lavoro di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. Cost.*, 2018, 149 ss.

⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 409.

contemporaneamente organi della loro Costituzione e organi del “federalismo delle costituzioni”, essendo tenuti a una doppia fedeltà, verso l’una e verso l’altro». Di qui la conclusione per cui, secondo Zagrebelsky, «la loro responsabilità è nel promuovere uno sviluppo che, senza tradire la loro natura di giudici, non di legislatori, concili le differenze degli elementi nella convergenza del movimento. Questa è, in sintesi, una vocazione che i giudici costituzionali degnamente possono assumere come propria, nel tempo presente»⁶¹.

Tale vocazione, si traduce, come si diceva, nella ricerca, fin dove possibile, di un’integrazione delle garanzie, che lascia uno spazio sempre maggiore a valutazioni compiute attraverso gli argomenti della razionalità, della ragionevolezza e della proporzionalità.

Di qui anche l’inevitabile evoluzione delle tecniche argomentative dei Tribunali costituzionali, che sembrano allontanarsi dalla originaria logica kelseniana in ragione della complessità delle sfide poste dalla contemporaneità. Sfide che peraltro non erano del tutto ignote allo stesso Kelsen, il quale metteva in guardia dai rischi di una connotazione politica delle funzioni dei Tribunali costituzionali ove questi si trovassero ad impiegare concetti ampi quali giustizia, equità ed eguaglianza⁶², che oggi ritroviamo, appunto, nelle forme della razionalità, della ragionevolezza e della proporzionalità. Tali evoluzioni suscitano interrogativi sul piano dei limiti all’operato delle Corti e della riflessione sulla loro stessa legittimazione nel sistema. Ma le risposte non possono non tenere conto del fatto che per mantenere, oggi, il ruolo di custodi della Costituzione (e dunque dei diritti e degli equilibri istituzionali), i Tribunali costituzionali hanno bisogno di strumenti argomentativi e decisori adeguati, di cui “appropriarsi” anche in via pretoria, ove il legislatore non abbia la sensibilità di riconoscerli. Le stesse regole del processo costituzionale, che peraltro le Corti contribuiscono a creare e a interpretare, si rivelano argini troppo fragili per definire i confini dell’operato della giurisprudenza costituzionale. Troppo spesso sottovalutando che il vero argine contro presunti “sconfinamenti” sta nella forza della politica, nella capacità di mediazione e nella autorevolezza delle istituzioni rappresentative.

L’attivismo delle Corti, che ciclicamente e diversamente si propone nei diversi sistemi istituzionali, è sempre conseguenza di un cattivo funzionamento delle dinamiche politiche, cartina di tornasole di un *deficit* di democrazia, la cui essenza – come già scriveva Kelsen – risiede nella costante e continua mediazione tra maggioranza e minoranza, potendo solo la pratica compromissoria assicurarne l’esistenza⁶³. Forse su questo si dovrebbe riflettere, sulla tendenza a fagocitare la rappresentanza in nome della governabilità, a negare «l’evidenza della complessità sociale e, con essa, la molteplicità delle

⁶¹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 410

⁶² H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* (1928), in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 189.

⁶³ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in ID., *La democrazia*, Bologna, 1998, 104.

domande, dei bisogni, dei progetti e delle culture politiche su cui si poggia la convivenza civile»⁶⁴. In queste condizioni, la legittimazione di un Tribunale costituzionale può risultare persino più forte e sicuramente più costante di quella delle istituzioni politiche. La prima, infatti, si esprime attraverso il testo della Costituzione, quale limite al libero dispiegarsi del potere⁶⁵, naturalmente anche quello di derivazione elettiva; la seconda trae alimento dalla rappresentanza, la quale richiede che «la proiezione dell'entità da rappresentare, cioè l'organo che la rappresenta», debba «configurarsi in modo da riprodurre la struttura plurale, su scala evidentemente minore ma a vocazione inclusiva»⁶⁶.

È alla piena affermazione di quella che è l'essenza della democrazia che bisogna ambire, insistendo sull'esigenza di una «rifondazione» della rappresentanza, «che si ponga come presupposto, fondamento, legittimazione del governare, senza artifici, senza distorsioni ed estorsioni delle scelte degli elettori, immersa nella realtà sociale»⁶⁷.

Altrimenti, senza una rappresentanza in seno alle istituzioni politiche che sia effettivamente plurale, i rischi di una trasformazione del ruolo dei Tribunali costituzionali divengono elevati, in una duplice, possibile, persino opposta, direzione. Da un lato, come si è già sottolineato, può realizzarsi uno «sbilanciamento» di legittimazione a favore dei Tribunali costituzionali, chiamati, proprio per «custodire» la Costituzione, a svolgere un ruolo attivo di «supplenza» per rimediare alle carenze del decisore politico. Dall'altro, in sistemi ove il potere tende a concertarsi nelle mani di uno o di pochi, quando la Corte non sia da subito ad esso «deferente», questa eserciterà un compito di «freno», se non di vera e propria contrapposizione, per cercare di fronteggiare specifici fenomeni di decadimento o di regressione della democrazia costituzionale; ma con scarse possibilità di successo, come dimostrano, purtroppo, le vicende della Polonia e dell'Ungheria⁶⁸.

⁶⁴ G. FERRARA, *Oltre il parlamentarismo?*, in *Osservatorio AIC*, giugno 2013, 8.

⁶⁵ Come ha scritto M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, 1996, 132, «face à la légitimité démocratique du moment, qui s'exprime à travers le Parlement, le Gouvernement et les autres organes de l'État, s'impose la nécessité de tenir compte d'une légitimité démocratique encore plus profonde, celle qui s'exprime dans le texte de la constitution et la jurisprudence qui se développe à partir de lui». E, ancora «le juge qui interprète la constitution et impose aux autres pouvoirs publics le respect de règles qu'implique le texte constitutionnel exprime en quelque sorte une légitimité démocratique plus ancienne ou plus large qui n'a pas vocation à fluctuer aussi rapidement que celle des principaux organes politiques de l'État».

⁶⁶ G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 22 s.

⁶⁷ G. FERRARA, *Oltre il parlamentarismo?*, cit., 8.

⁶⁸ Come è noto, le Corti costituzionali di questi due Paesi sono state progressivamente depotenziate in quanto concepite come «intrinsic» al libero dispiegarsi del potere. In Polonia il risultato è stato conseguito attraverso la sostituzione di alcuni giudici «non allineati» il cui mandato stava per scadere, nonché con il gravissimo rifiuto del governo di pubblicare nella Gazzetta Ufficiale le decisioni non gradite (particolarmente noti i casi delle sentenze K47/15 del 9 marzo 2016, K39/16 dell'11 agosto 2016, K 44/16 del 7 novembre 2016), addirittura considerate non giuridicamente valide. Sono state cambiate le regole sul funzionamento del Tribunale costituzionale, fino al punto da depotenziarne il ruolo, marginalizzato all'esame di casi di scarso rilievo. In Ungheria, prima ancora dell'adozione della nuova Legge fondamentale nel 2011, sono state modificate le regole sulle modalità di elezione dei giudici, sul loro numero e sulle competenze. In alcuni casi, disposizioni legislative dichiarate incostituzionali sono state riprodotte nella forma della legge costituzionale. La Corte è stata, così, gradualmente «assoggettata» al potere, e ormai evita di pronunciarsi su casi politicamente sensibili o, più spesso, esprime adesione rispetto alle scelte governative, avallandone le posizioni specie



L'esperienza ci insegna che «la vera garanzia della Costituzione nei confronti di chi è in grado di porla a rischio (e cioè la maggioranza del momento) consiste sempre in un costituzionalismo condiviso e cioè in una interpretazione del principio democratico combinato con il principio del governo limitato»⁶⁹. Mi sembra questo l'elemento da rimarcare in conclusione, anche quale invito a una riflessione che non si appiattisca sul singolo, presunto, “sconfinamento” rinvenibile nell'analisi di una specifica pronuncia di una Corte costituzionale, ma si allarghi sempre all'indagine sulle ragioni che possano averlo indotto. Altrimenti, davvero, per guardare l'albero si perderebbe la visione della foresta.

sui temi della tutela della identità costituzionale ungherese e della affermata superiorità della Legge fondamentale rispetto ai Trattati internazionali. Per una più ampia disamina dei richiamati fenomeni di “regressione costituzionale” si suggerisce la lettura di A. DI GREGORIO, *Constitutional Courts in the Context of Constitutional Regression. Some Comparative Remarks*, in M. BELOV (Ed.), *Courts and Politics*, Oxford, 2019, 209 ss.

⁶⁹ L. ELIA, *Politica e Costituzione: Lectio Magistralis in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Accademico 2002-2003 della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università della Calabria*, Soveria Mannelli, 2003, 21.