UNIVERSITÀ DI PISA
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
TEORIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI, GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E COMPARAZIONE GIURIDICA

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

IL RUOLO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE TRA L'ACCENTRAMENTO E LA DIFFUSIONE DEL PROPRIO POTERE: UN CONFRONTO TRA ITALIA, BRASILE E FRANCIA

Presentata da: HUGO LEONARDO ABAS FRAZÃO

Per l'ottenimento del titolo di Dottore di Ricerca in teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale e comparazione giuridica

Direttore di Tesi: Professore Emerito ROBERTO ROMBOLI

PISA, 2023
DEDICA

Fin dalla mia infanzia, ho sempre nutrito un forte desiderio di studiare all'estero, non esclusivamente per l'istruzione, ma più in generale per arricchire la mia conoscenza del Pianeta. Questa aspirazione mi ha guidato in una serie di esperienze accademiche e personali di grande rilievo.

Nel 2015, ho assunto il ruolo di giudice federale in Brasile. Una volta ottenuto il privilegio di poter accedere ad un percorso di formazione all'estero per magistrati - una prerogativa destinata ai magistrati federali brasiliani che cercano di avanzare nella loro formazione attraverso il contatto con l'ambiente accademico - ho optato per il dottorato dell'Università di Pisa, sede di una delle migliori scuole di giustizia costituzionale in Italia. A Pisa, dal 2019 al 2023, ho avuto l'onore di avere come supervisore il Professor Roberto Romboli, per me uno dei più grandi costituzionalisti attualmente viventi.

Durante il soggiorno accademico a Pisa, mi sono immerso nella teoria del diritto attraverso i seminari dottorali e sono immensamente grato alla Professoressa Elena Malfatti, coordinatrice del curriculum, per l'impeccabile organizzazione. L'esperienza al Corso di Alta Formazione "Alessandro Pizzorusso", magistralmente organizzato dal Professor Romboli insieme ai Vicecoordinatori Gianluca Famiglietti e Giuseppe Campanelli, è stata particolarmente feconda. Nutro un profondo rispetto e stima per loro per avermi dato la fiducia di contribuire nelle edizioni 2020, 2021, 2022 e 2023 come collaboratore del suddetto corso di inverno. Grazie a questa struttura formativa, ho potuto interagire con docenti di diverse nazionalità, ampliando la mia comprensione della "lingua del diritto" e potenziando le mie competenze nelle lingue romanze e in inglese.

Gli orizzonti del mio apprendimento si sono spinti ben oltre i confini italiani. Ho avuto il privilegio di trascorrere un anno di ricerca a Parigi presso l'*École de droit de Sciences Po*, esperienza seguita da un trimestre di studi a Edimburgo alla *Law School* dell'*University of Edinburgh*. Questi soggiorni accademici sono stati possibili non

appena le restrizioni della pandemia da Covid-19 si sono allentate, permettendo la ripresa della mobilità internazionale.

La mia fantastica moglie, Nathalli, è stata un pilastro fondamentale nel mio viaggio accademico. In Italia, abbiamo celebrato il nostro matrimonio e, proprio nel bel Paese, con grande gioia abbiamo appreso che stiamo aspettando la nostra prima amata figlia, Elena. Dedico ogni sforzo investito in questo percorso di ricerca specialmente a queste due bellissime donne.

Desidero dedicare un pensiero speciale ai miei genitori. Dopo essere tornato in Brasile, a seguito di lunghi anni trascorsi in Europa, "*cheio saudade*", ho realizzato che, pur avendo ampliato la mia visione del mondo, l'affetto profondo per la mia famiglia non ha mai vacillato. La mia famiglia in Brasile, composta dai miei genitori José e Luze, da mia sorella Mayara con suo marito Rafael e loro figlia Ana, e mio fratello Yuri con sua moglie Carol, ha sempre occupato un posto speciale nel mio cuore.

I miei studi sono stati notevolmente arricchiti dalla guida di illustri professori, tra cui Tania Groppi, Rolando Tarchi, Xavier Philippe, Valerio Mazzuoli, Guillaume Tusseau, Pierre Legrand, Elena Bindi, Elisabetta Catelani, Claudio Michelon e molti altri. Allo stesso modo, la compagnia e l'amicizia di persone come Andrea Gatti, Andrea Raciti, Nicola D'Anza, Antonello Lo Calzo, María Ruiz Dorado, Giulia Battaglia, Giovanni Aversente, Victor Bertolotto, Ana Viana, Vanessa Alvarez, Frederic Dylbaitys Wafy, Nour Al Yaman, Bernardo Tinoco de Lima Horta, Mauricio Branco e Pier Giuseppe Puggioni hanno impreziosito ulteriormente la mia esperienza accademica.

Infine, ma non per importanza, desidero esprimere il mio profondo "*muito obrigado*" al Tribunale Regionale Federale della Prima Regione del Brasile, ente che gestisce la carriera di giudice federale di cui sono fieramente parte. Ringrazio per avermi concesso l'autorizzazione al mio soggiorno all'estero. Assumo l'impegno di trasformare questa esperienza in un'attività ancora più entusiasta e tecnica nel mio ruolo di giudice federale. Dedico inoltre un particolare ringraziamento al Giudice Federale di Appello Souza Prudente e al Giudice Federale di Appello Wilson Alves de Souza, rispettivamente direttore e vice-diretore della Scuola di Magistratura Federale della Prima Regione, per il loro inestimabile supporto durante questo periodo accademico. Va sottolineato il nome della Giudice Federale di Appello Maria do Carmo Cardoso, allora

corregetrice del Giustizia Federale della Prima Regione, come la persona che più mi ha dato supporto affinché l'autorizzazione fosse possibile.

Un ringraziamento speciale va sia al Giudice Federale Ilan Presser, coordinatore pedagogico della Scuola, sia alla Segretaria-esecutiva Gabriela Artiaga, entrambi fondamentali per il loro impegno e dedizione al mio percorso.

In aggiunta a ciò, nelle persone dei giudici Mara Lina Silva do Carmo e Pedro Felipe de Oliveira Santos, ringrazio tutti i giudici federali brasiliani che mi hanno appoggiato in ciò, e a nome di Eduardo Minuzzi Niederauer, ringrazio tutti i funzionari della giustizia federale brasiliana con cui ho lavorato e con cui attualmente collaboro.

Guardando a questi ultimi anni, comprendo come il mio iniziale desiderio di viaggiare si sia trasformato in una importante occasione di riflessione su me stesso, nella costante interazione tra studio del diritto e confronto con persone straordinarie.

INDICE

INTRODUZIONE
1. Il giudice costituzionale comunicante: un profilo attuale
2. Il legame tra il giudice costituzionale e altri organi: una strada diplomatica?
3. "L'anima" politica che si nasconde nella fluidità dei modelli ed esperienze di giustizia costituzionale: i casi di Brasile, Francia e Italia
4. Tra momenti di accentramento e momenti di diffusione: il pendolo decisorio della giustizia costituzionale, alla luce del contributo del Professor Roberto Romboli
5. Elementi di metodica della tesi dottorale
6. Come la giustizia costituzionale si ridefinisce attraverso i rapporti inter-organici: esempi e critiche analizzate nell'argomentazione

CAPITOLO I – APPROCCIO INTERDISCIPLINARE: LA COSTITUZIONE (IL SUO SISTEMA E I SUOI GIUDICI) VERSO UN INCONTRO CON LE SCIENZE POLITICHE
1. Dalla costituzione politico-tradizionale a quella normativa: il diritto costituzionale come un ramo non ermetico
2. L'interpretazione dinamica della Costituzione: oggetti e soggetti coinvolti
3. Ridefinizione dei termini del costituzionalismo: una panoramica attuale
4. Il ruolo del giudice costituzionale in un sistema di interpretazioni normative concorrenti
5. Costituzione, interculturalità e globalizzazione
6. La costituzione come un sistema comunicante

CAPITOLO II – APPROCCIO METODOLOGICO: LA RICERCA DI UNA MISURA COMUNE PER CONFRONTARE I SISTEMI COSTITUZIONALI DIVERSI TRA LORO
1. Adattamento e flessibilità della giustizia costituzionale in funzione delle particolarità di ogni corte o consiglio (supremo o costituzionale)
2. La sfida dell'equiparabilità nel diritto costituzionale comparato: un'analisi delle corti o consigli (costituzionali o supremi) di Italia, Brasile e Francia
3. Comparare oggetti (sistemi costituzionali, corti e culture) incommensurabili nell'ottica del diritto straniero: uno spunto sul pensiero di Pierre Legrand
4. L'ostacolo dottrinale dell'interpretazione creativa: sfide e confronti tra la tradizione della *civil law* e quella di *common law*
5. Oltre il principio di legalità: convergenza e distinzione nelle tradizioni giuridiche di *civil law* e *common law* nell'era dell'attivismo giudiziario in base al metodo di comparazione culturalista

CAPITOLO III – IL RUOLO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE NEL (RI)ACCENTRAMENTO DEL POTERE: DINAMICHE DI INTERAZIONE E COMUNICAZIONE TRA ISTITUZIONI
1. Il ruolo della dottrina della Scuola pisana e dell'Associazione Gruppo di Pisa nell'affrontare le oscillazioni della Corte costituzionale in Italia

2. La doppia faccia del ri-accentramento: da un lato il rapporto tra giudice costituzionale e giudici, dall'altro il rapporto tra il giudice costituzionale e il legislatore
3. Il ri-accentramento come pratica comunicativa interistituzionale
4. Ripensare il ri-accentramento secondo la teoria dei sistemi — e non dei modelli — di giustizia costituzionale
5. Le strategie di accentramento, decentramento, riaccentramento: come intendere la capacità di una corte di adattarsi alle influenze dell'ambiente interistituzionale
6. Il fenomeno del ri-accentramento: causa o conseguenza della diplomazia giudiziale?

CAPITOLO IV – LA PRIMA FACCIA DEL (RI)ACCENTRAMENTO: LA CONDIVISIONE DI GIURISDIZIONE TRA IL GIUDICE COSTITUZIONALE E I GIUDICI COMUNI E SOVRANAZIONALI. LA FUNZIONE INTERPRETATIVO-CREATIVA, L' INCREMENTO DELLA TUTELA DEI DIRITTI: TENSIONI E LIMITI

1. L'interpretazione giudiziaria attraverso l'influenza del giudice ordinario e del giudice sovranazionale
2. La giurisdizione costituzionale come risultato della mutua influenza inter-organica
3. La condivisione giurisdizionale e la promozione della coerenza democratica nella giustizia costituzionale contemporanea

Sezione I – La condivisione di giurisdizione tra giudici (costituzionale e comune) nei sistemi italiano, brasiliano e francese. L'influenza della giurisprudenza costituzionale sull'interpretazione della magistratura

1. L'intensità dei movimenti di "diffusione" e di "accentramento" nella funzione interpretativa giudiziale: un esame di due concetti chiave
1.1. Il decentramento verso l’esterno
1.2. Il decentramento verso l’interno
2. L'ostacolo alla condivisione giurisdizionale dovuta alla mancanza di una riconoscibilità dei giudici comuni da parte del giudice costituzionale: riflessioni sulla Francia
3. Il decentramento simbolico

Sezione II – L'interpretazione giurisdizionale attraverso l'influenza del giudice sovranazionale

1. Condivisione e "margine di apprezzamento" di fronte alla CEDU
2. Verso una condivisione complessiva con l'UE: il caso italiano
3. Una non-condivisione con il giudice EU? Il caso del giudice costituzionale francese
4. La condivisione tautologica tra giudice costituzionale e giudice IDH: il caso brasiliano
4.1 La dottrina del blocco di convenzionalità è sufficiente per aprire una completa armonizzazione tra il giudice costituzionale e il giudice interamericano?
4.2 L’accentramento del STF nel confronto con l'esterno

Sezione III – Ripensare i sistemi costituzionali: per una valorizzazione dell'"accentramento" e della "diffusione" nel dialogo tra giudici

CAPITOLO V – LA SECONDA FACCIA DEL (RI)ACCENTRAMENTO: LA CONDIVISIONE DI POTERE TRA GIUDICE COSTITUZIONALE E LEGISLATORE NEL CAMPO POLITICO. DAI LIMITI DELLA DISCREZIONALITÀ IN QUESTIONI POLITICHE ALLA NUOVA DOTTRINA DI COLLABORAZIONE

1. Il controllo sulla discrezionalità del legislatore: una difficoltà comunicativa
2. Oltre l'argomento contro-maggioritario: le distinte formule di legittimazione democratica degli interventi del giudice costituzionale in materia politica
3. Tre idee sulla forza del contenzioso costituzionale in base alla discrezionalità legislativa in Brasile, Italia e Francia
4. Le ipotesi di decentralizzazione del poter legislativo verso il giudice costituzionale
4.1 Il trasferimento di responsabilità politica nelle mani del giudice come una comodità per il legislatore (un segnale di *juristocracy*) in Brasile
4.2. Il caso Cappato e il ruolo co-legislativo della Corte costituzionale in Italia
4.3. Il ruolo auto-referenziale del giudice costituzionale come legislatore: il caso dell'omofobia e della transfobia in Brasile
4.4 Il giudice costituzionale come "diffusore" della pedagogia dei diritti, specialmente nei confronti del Parlamento. Uno sguardo sulla Francia
5. Forza e centralizzazione del *Supremo Tribunal Federal* come reazione ad attacchi sociopolitici? Un'esperienza peculiare nel contesto brasiliano
6. La conversazione con il legislatore come fattore di legittimità della funzione interpretativo-creativa delle corti o consigli (supremi o costituzionali)

CAPITOLO VI – MOMENTI DI ACCENTRAMENTO O DI DIFFUSIONE DEL POTERE DEL GIUDICE COSTITUZIONALE NELLO STATO DI EMERGENZA CAUSATO DAL COVID-19

1. Crisi pandemica e legittimazione del sistema: la giustizia costituzionale oltre la dicotomia tra democrazia maggioritaria e minoritaria
2. Il ruolo equilibratore della giustizia costituzionale di fronte a squilibri in tempi di crisi
3. La vigilanza costituzionale in tempo di crisi: un'analisi della reazione restrittiva della Corte costituzionale nei confronti del potere politico in Italia
4. L'esperienza del Brasile: un duplice movimento del giudice costituzionale. L'accentramento e la diffusione del STF per riorganizzare la gestione della pandemia
5. Il ruolo cruciale dei *Sages* nel bilanciamento dei diritti fondamentali durante la pandemia: un accentramento del giudice costituzionale di media intensità in Francia?
6. La variazione del (ri)accentramento del potere del giudice costituzionale per affrontare i rischi della pandemia di Covid-19 in base al contesto

CONCLUSIONE – VERSO LA DIPLOMAZIA GIUDIZIALE: LA RICERCA DI UNA LEGITTIMAZIONE DIALOGICA CHE ABBIA PRINCIPIO A PARTIRE DAL GIUDICE COSTITUZIONALE

INTRODUZIONE

1. Il giudice costituzionale comunicante: un profilo attuale; 2. Il legame tra il giudice costituzionale e altri organi: una strada diplomatica?; 3. "L'anima" politica che si nasconde nella fluidità dei modelli ed esperienze di giustizia costituzionale: i casi di Brasile, Francia e Italia; 4. Tra momenti di accentramento e momenti di diffusione: il pendolo decisorio della giustizia costituzionale, alla luce del contributo del Professor Roberto Romboli; 5. Elementi di metodica della tesi dottorale; 6. Come la giustizia costituzionale si ridefinisce attraverso i rapporti inter-organici: esempi e critiche analizzate nell'argomentazione.

1. Il giudice costituzionale comunicante: un profilo attuale

Al giorno d'oggi è d'uopo riscoprire il ruolo del giudice costituzionale. Nei secoli XIX-XX, il tribunale vestale della costituzione — o i giudici-membri che ne fanno parte — si occupava dell'applicazione di metodi definiti per l'interpretazione o l'annullamento della legge. Infatti, non era un organismo interessato a entrare in questioni internazionali o transnazionali, né si occupava direttamente di ipotesi relative a uno schema generale e comprensibile di società.

Anzi, il tribunale controllava la legittimità del diritto nazionale ed era a tal fine l'autorità esclusiva oppure, quando non esclusiva, apicale. Di conseguenza, lo scopo istituzionale consisteva nel vigilare su una nozione di sovranità ferma alle concezioni di separazione dei poteri e di diritti fondamentali, sotto uno spettro prettamente domestico. Successivamente, a tale situazione si aggiunsero altre difficoltà derivanti dalle problematicità dell'ordinamento democratico, a causa delle quali si ritenne utile disporre di figure di giudice-custode più dinamiche in vista del contesto.

Ciò detto, alcuni indicatori dimostrano certamente il bisogno di tale dinamicità. In primo luogo, il concetto di costituzione moderna ha subito un recente spostamento d'attenzione, da una prima fase (di modernità) a una seconda successiva. Infatti, nella sua prima stagione, la modernità concepiva l'ottenimento di una costituzione in chiave anti-colonialista come prodotto elaborato al fine di emanciparsi da strutture politiche coloniali, fasciste, comuniste o da altre forme di autoritarismo, e di predisporre affascinanti basi di ricostruzione per superare la rifiutata cultura preesistente — che venne profondamente messa in discussione in varie parti del mondo (vale a dire in

Africa, Medio Oriente, Asia, America latina ed Europa orientale) alla fine della seconda guerra mondiale e, specialmente, con il tramonto del blocco comunista[1].

Tali aspirazioni erano contrarie a una concezione di costituzione meramente politica, a cui sarebbe interessato positivizzare un governo costituzionale, sebbene i fatti materiali andassero a scapito dei comandi giuridici redatti. Sarebbe quindi spettato ai politici interpretare e decidere come attuare gli obiettivi costituzionali, ma l'assenza dell'attributo normativo a volte bloccava ogni tentativo di andare oltre la realtà anteriore, specie in virtù del contenuto costituzionale predisposto per non essere vincolante[2].

Dunque, la prima modernità segnò senz'altro uno spostamento d'attenzione verso gli elementi normativi della norma fondamentale, rendendo il testo scritto capace di produrre cambiamenti nell'ambiente verso un futuro ideale. Queste costituzioni aspirazionali convertirono il ruolo legislativo in interventi operativi rivolti alla realizzazione di valori sanciti dal testo scritto, sempre sotto il controllo del giudice-custode.

Già la seconda fase della modernità — quella attuale — vede l'incedere crescente di un potere uniformato globale, non solo politico ma anche di economia di mercato, in cui il pubblico e il privato sono sempre più uniti a doppio filo. Importanti organismi nazionali si trovano quindi in posizioni difficili o inattive di fronte a un progresso più costante verso un sistema capitalistico sempre più incentrato sull'individualità a scapito dei confini delle collettività nazionali[3].

In questo senso, lo stretto «legame tra individualismo, efficienza e produttività che sta alla base del discorso meritocratico finisce[4]» per asservire il dibattito pubblico nazionale a interessi multinazionali. In effetti, ciò alimenta una gerarchia verticale che porta i poteri istituzionali nazionali ad assumere una posizione più privatistica e meno

---

[1] M. LOUGHLIN, *Against constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2022, p. 192 ; G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2021, p. 242-265.

[2] O. BEAUD, *L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat*, in Jus politicum. Revue de droit politique, n° 2, 2010, pp.31-59.

[3] M. LOUGHLIN, *Against constitutionalism*…, p. 193-195.

[4] T. GROPPI, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, 2021, p. 61.

sociale, vale a dire solidale con un rapporto diseguale tra meritevoli e non-meritevoli. Tuttavia, tale carattere della modernità rischia di sembrare un preoccupante ritorno al passato, avvicinandoci al «Darwinismo sociale della fine dell'Ottocento[5]». Perciò, la democrazia deve essere ripensata al di là della mera rappresentanza elettorale per affrontare le conseguenze negative associate a concezioni di natura individuale ed elitaria.

Per quanto riguarda la costituzione, si può dire quindi che sia diventata una "*symbolic representation of collective unity*" [rappresentazione simbolica dell'unità collettiva], che va oltre l'idea di una mera "*philosophy of government*" [filosofia di governo][6]. Questo vuol dire che la costituzione predispone i valori cardine del diritto pubblico, pur operando in modo relazionale con altri sistemi, subsistemi e sopra-sistemi giuridici coinvolti, piuttosto che in modo meramente verticale e domestico.

Dunque, da un lato, tutto ciò ha il fine di evitare la discriminazione tra i cittadini, dall'altro di armonizzare le diverse dimensioni pubbliche che esistono nello stesso contesto. Dunque, la costituzione vuol dimostrare come la democrazia sia influenzata da tanti nuovi sviluppi — nei contesti della sovranità e della globalizzazione — e come essa debba realizzarsi ed essere resiliente dinanzi a qualsiasi difficoltà circostanziale.

Nell'attuale periodo storico, la costituzione promuove una sorta di coesistenza tra il suo lato giuridico e la sua dimensione politica. Infatti, a tal proposito, «ogni decisione sulla Costituzione, specie se inserita nel novero di quelle assunte con gli strumenti del diritto e della giurisdizione, ha conseguenze sul "politico", ovvero sulla sovranità e sull'organizzazione dei poteri, siano quelli della forma di governo, siano quelli che operano nella forma di Stato»[7].

In secondo luogo, il giudice costituzionale è chiamato ad agire come un attore che oscilla tra ciò che è considerato normativo e ciò che è riflessivo, con riguardo al suo ruolo di istituzione di garanzia. In questa circostanza, nello svolgere il controllo di legittimità, il giudice-custode esamina anche il modo tramite cui i diritti umani sono

---

[5] T. GROPPI, *Oltre le gerarchie…*, p. 61.

[6] M. LOUGHLIN, *Against constitutionalism*…, p. 193-195.

[7] A. MORRONE, Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della costituzione, in *Federalismi.it*, n. 12, 5 maggio 2021, p. 194.

protetti in modo più efficace — pur essendo la norma di base per tale diritto prodotta da una *governance* sovranazionale oppure da un meccanismo non-legislativo, per esempio il diritto giurisprudenziale.

Infatti, un "tribunale costituzionale" non si limita più a scrutinare le fonti normative, ma si impegna altresì ad analizzare la vita e la società. Ciò fa sì che operi con uno scopo che pendula da un atteggiamento più attivista a uno che lo è meno, a seconda del sistema costituzionale in cui si inserisce. Tuttavia, la corte si trova anche in un paradosso: se è meno presente, rischia di perdere il proprio prestigio, soprattutto in presenza di altri organi democratici rilevanti[8].

In questo contesto, l'importanza di considerare le relazioni tra i soggetti, al di là della mera connessione tra soggetto e oggetto, è stata plasmata dalla riconsiderazione del ruolo contro-maggioritario della giustizia. Durante il periodo fondativo degli Stati Uniti, i giudici erano investiti del compito di tutelare le "minoranze", intese dai *founding fathers* come i ricchi e i detentori dello *status quo* economico[9]. In seguito al secondo dopoguerra, tuttavia, il concetto di minoranza ha assunto un significato del tutto nuovo, poiché è stato arricchito dall'inclusione di categorie di persone che subiscono discriminazioni e vulnerabilità sociali (ad esempio razzismo, violenza di genere, sfruttamento lavorativo). Ciò significa che le minoranze, intese come soggetti sottorappresentati in termini di dignità, sono state progressivamente inserite all'interno del concetto stesso di giustizia contro-maggioritaria.

Il giudice non è più un mero osservatore passivo della realtà sociale, ma ha la possibilità di adottare un approccio attivo e comunicativo nella tutela dei diritti. Questo nuovo paradigma di giustizia è anche conosciuto come *mediated popular constitutionalism*[10], attraverso il quale Barry Friedman suggerisce che la *judicial review* non sia sempre contraria alla volontà della maggioranza, ma piuttosto sottoposta a incentivi reciproci dall'esterno della corte tramite la loro comunicazione pubblica. In

---

[8] T. SQUATRITO, *Judicial diplomacy: International courts and legitimation*, Review of International Studies (2020), p. 2-3.

[9] M. FARRAND (ed.), *The records the Federal Conventions*, New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1937, vol. 1, 152 e 155; vol. 3, 330, 454 e 617; R. GARGARELLA, Independencia judicial, medios constitucionales y motivaciones personales. Una nota, in Revista de Estudios Políticos, 198, octubre/diciembre, 2022, p. 224-228.

[10] B. FRIEDMAN, Mediated Popular Constitutionalism, *Michigan Law Review*, 2596, vol. 101, issue 8, 2003. Available at: https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss8/4.

altre parole, i giudici possono comprendere se i (reali) livelli di tutela delle minoranze e delle maggioranze sono rispettati dalla politica e, dunque, bilanciare, anche se indirettamente, la coerenza tra le decisioni dei giudici e l'opinione pubblica.

In aggiunta, ciò implica non solo la considerazione delle relazioni con le parti coinvolte nel caso, ma anche con i terzi intervenienti in giudizio e la valutazione delle dinamiche istituzionali riguardanti la separazione dei poteri. L'approccio del giudice non si limita alla mera applicazione della lettera della norma, ma tiene conto del contesto in cui si verifica la controversia. In tal modo, il giudice interpreta e applica il diritto in modo vivente, tenendo conto delle caratteristiche sociali, culturali e storiche che condizionano la comprensione e l'interpretazione del fenomeno giuridico.

In questo panorama, la giustizia costituzionale sperimenta una pratica di *open justice*, ma non solo: articolandosi con altri soggetti istituzionali, il giudice-custode scende dalla metafora gerarchica del potere per cercare di essere coinvolto in dialoghi più diffusi e orizzontali. Questa esperienza può essere delimitata, in quanto a tempo e spazio, nella fase di istruzione o di giudizio, senza ridurre tutto il potenziale comunicativo del tribunale. Anzi, questa apertura si affianca ad altre forme di comunicazione di cui il giudice costituzionale già si appropria, di natura più centralizzata e verticale[11].

Dunque, il giudice costituzionale è forse ormai un attore comunicativo strategico in termini di soggettività interna (a lui stesso) ed esterna (specie in confronto con altri soggetti dialoganti).

Per quanto riguarda la soggettività interna, la consapevolezza del giudice nell'esercizio della comunicazione strategica è rafforzata nella misura in cui è responsabile di porre rimedio a fallimenti politici o istituzionali, oltre che della tutela dei diritti delle imprese in situazioni delicate.

Inoltre, la seconda fase della modernità evidenzia una forte disuguaglianza dovuta all'ascesa dell'individualismo economico e dell'elitarismo contemporaneo, nonché all'intreccio delle varie sfere di potere. La dottrina costituzionalista può dunque

[11] T. GROPPI, *Oltre le gerarchie*..., p. 102-103.

fornire una possibile risposta: ritrovare il giudice-custode in un contesto[12] e in un luogo di molteplici interpretazioni dei diritti fondamentali[13], in modo da favorire le possibilità di condivisione più o meno intensa del contenzioso costituzionale e arrivare a una razionalità pratica[14].

Ciò vuol dire che l'apertura della ragione su dati della realtà rende una rinnovata sensibilità alla giustizia costituzionale, rendendola più decentrata e capillarizzata. Tania Groppi chiama tale quadro "Stato costituzionale diffuso", aggiungendo che «la metafora spaziale è divenuta la principale forma espressiva del principio di gerarchia, inteso quale principio di ordinazione delle cose attraverso una gradazione asimmetrica, e pertanto diseguale[15]».

L'espressione "Stato costituzionale diffuso" lascia dunque spazio, in effetti, a nuovi interrogativi sui confini concettuali riguardanti il rapporto tra il globale e il sovrano, tra il nazionale e l'internazionale, tra il pubblico e il privato, tra l'individuale e il collettivo. Tali intersezioni spingono all'utilizzo di "eterarchie", in cui non predomina un rapporto esclusivamente centralizzato, ma un ordine consensuale, esito di un'idea di costituzionalismo che va oltre lo Stato stesso[16].

Per quanto riguarda la soggettività esterna, l'apertura al pluralismo della corte può avvenire, innanzitutto, dal confronto con la società civile, ampliando in tal senso gli strumenti di accesso e la trasparenza prima, durante e dopo l'esito del contenzioso

---

[12] D. TEGA, La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia, Bononia University Press, Bologna, 2020.

[13] R. ROMBOLI, *Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial*, Palestra, Peru, 2019, p. 255.

[14] M.CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, Einaudi, 2016, pp. 463 ss.

[15] T. GROPPI, *Oltre le gerarchie…*, p. 9.

[16] D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States* (June 2008). U of Michigan Public Law Working Paper No. 111, Ruling the World? Constitutionalism, International law and global government, Jeff Dunoff, Joel Trachtman, edsCambridge University Press, Forthcoming, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1147769 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1147769.

costituzionale[17]. In seguito, rispetto ad altre istituzioni, il "tribunale costituzionale" sarà, invece, portato ad assumere un esercizio più diplomatico del suo potere, diretto alla cooperazione fra gli organi e a nuove modalità di esercizio delle proprie funzioni.

2. Il legame tra il giudice costituzionale e altri organi: una strada diplomatica?

È essenziale definire il focus tematico della presente ricerca. È materia d'interesse studiare come il giudice costituzionale si riavvicini alla società civile, dopo essersi isolato da secoli[18], analizzandone il rapporto con altre istituzioni democratiche verso una nuova comprensione del proprio ruolo giurisdizionale. Tale fenomeno implica osservare un organo più o meno centralizzante nel campo del controllo costituzionale nei confronti di altre istituzioni democratiche e se tale dinamica sia fluida, flessibile o pendolare a causa di circostanze intersoggettive. La contrapposizione dei poteri di cui sopra riveste una certa importanza, dal momento che mette alla prova la capacità della

---

[17] Oltre alla rigorosa motivazione del giudice costituzionale, la cui lettura è di solito affidata agli esperti giuridici, vi è anche il tentativo di variare il tono comunicativo, facendosi comprendere dall'esterno del giudizio, toccando più persone e player. Quindi, a sostegno del ragionamento della sentenza, si parla di ricerca del consenso pubblico, sia nei riguardi della società civile (persone) sia nei confronti dei rapporti interistituzionali (player).

Concernente l'apertura alla società civile, le modifiche delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale italiana, deliberate l'8 gennaio 2020, servono di esempio notevole di ciò che è ormai prassi di molte corti supreme e costituzionali di altri Paesi riguardo al tema di coinvolgere il proprio giudizio all'ascolto pubblico. In riferimento ad anzidetta norma integrativa, si permette che le persone partecipano del contenzioso come *amicus curiae*, vale a dire soggetti istituzionali, associazioni di categoria, organizzazioni non governative. Inoltre, le previsioni di istruttorie aperte ad esperti e l'ampliamento dell'intervento nel giudizio incidentale. A. SPERTI, Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative, in *Giurcost - Consulta Online*, 23 marzo 2020, Disponibile su https://www.giurcost.org/contents/giurcost//LIBERAMICORUM/sperti_scrittiCostanzo.pdf. Dall'altro lato, per quanto riguarda i player caso, concernente il rapporto tra istituzioni, si può intendere che un tribunale si eleva a un ruolo più comunicativo strategico, nella misura in cui, oltre a intervenire come arbitro, partecipa come un soggetto che entra in un dialogo o disputa inter-organica sul modo di tutelare i diritti nel contesto. P. MEYER, Judicial diplomacy of the German Federal Constitutional Court: bilateral court meetings as a novel data source to assess transnational communication of constitutional courts, in *Z Vgl Polit Wiss* 15, 295–323 (2021). https://doi.org/10.1007/s12286-021-00499-0

[18] Sull'idea di separare la giustizia della cittadinanza e le conseguenze che i *founding fathers* derivavano di tale circostanza, espone R. GARGARELLA (*Independencia judicial*…, p. 222-223): «Decía Madison, en el mismo Federalista n. 49: 'Los jueces [...] son pocos y solo pueden ser conocidos personalmente por una pequeña fracción del pueblo'. En su opinión, el virtual anonimato de los jueces y su separación de la ciudadanía favorecía la imparcialidad de los mismos en sus decisiones. Los jueces no serían capaces de decidir imparcialmente —asumía Madison— si ellos estuvieran sujetos a la tentación de satisfacer las preferencias de la mayoría. Por razones similares, los padres fundadores quisieron separar a los jueces de las ramas políticas del poder: reclamaron, entonces, su independencia política. Nuevamente, Hamilton (Hamilton et al., 1988) defendió este punto de modo claro en el Federalista n. 78, donde defendió la elección indirecta de los jueces, tanto como su estabilidad… De hecho, los padres fundadores temían la dependencia política de los jueces hasta tal punto que rechazaron la posibilidad de favorecer cualquier cooperación entre jueces y miembros del poder ejecutivo…».

giustizia costituzionale di comporre soluzioni a controversie costituzionali complesse tramite l'utilizzo di una dialettica funzionale. Non verrà invece studiato il rapporto immediato della corte con l'opinione pubblica, poiché ciò richiederebbe una disamina a parte.

In questo panorama si tiene conto del fatto che la diplomazia giudiziale che permette, ipoteticamente, al giudice costituzionale di ridefinire il proprio potere in base al rapporto inter-organico potrà darsi via diritto giurisprudenziale, ma non solo. Anche le norme integrative o la comunicazione informale (*meetings*) potranno portare una certa fluidità nella competenza della giustizia costituzionale. Il giudice-custode deve essere in grado di condividere chiaramente le difficoltà che si trova ad affrontare e di trovare soluzioni che preservino i soggetti coinvolti, compreso sé medesimo.

Le relazioni tra la giustizia costituzionale e gli altri organi, condotte in modo da non compromettere le dinamiche tra poteri, si rivelano altresì una modalità di accesso a quella[19]. Di conseguenza, serve come ulteriore strumento per proteggere l'indipendenza del giudice[20] in quanto inserito in un tribunale accessibile al mondo esterno, stabilendo un'attività relazionale diplomatica che adatti il proprio ruolo politico-istituzionale[21].

Ciononostante, tutto ciò non può sfuggire alla peculiarità legittimante della giustizia costituzionale: la presenza di una serie di regole nel processo costituzionale, della soggezione al diritto e, soprattutto, dell'obbligo di motivazione[22]. Infatti, fin dagli albori del costituzionalismo negli Stati Uniti, a patto che si crei la nozione di "legalità costituzionale", il diritto è sempre stato più, concettualmente parlando, di una "regola delle regole"; esso ha sempre posto sé stesso come "regola della ragione".

In questo senso, la giustizia costituzionale diventò un locus razionale per la preservazione del sistema giuridico tramite la *judicial review of legislation*. Inoltre, per frenare la volontà della maggioranza politica nei confronti della pluralità sociale, la

---

[19] P. RIDOLA, La Corte si apre all'ascolto della società civile, in *Federalismi.it*, Editoriale, 22 gennaio 2020, p. 3.

[20] P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*…, p. 3.

[21] W. F. MURPHY, *Elements oj Judicial Strategy*, The University of Chicago Press/Chicago & London, 1971, p. 123-155.

[22] R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale",* Torino, Giappichelli, 2017, p. 23.

motivazione concernente l'argomento costituzionale si rivelò un metodo di conformazione non solo possibile, ma anche indispensabile[23].

Seguendo questo archetipo, la tutela giurisdizionale dei diritti quale tecnica contro-maggioritaria, piuttosto che minacciare la libertà pubblica, la sostiene. Come affermato da Hamilton in *The Federalist,* articolo 78, il corpo giudiziale in tal senso sarebbe diventato la "cittadella della giustizia e della sicurezza pubblica" [*the citadel of the public justice and the public security*], nella misura in cui al potere giudiziario si affidarono l'unità e la stabilità della nazione.

Da questa prima congiuntura, la giustizia costituzionale si definisce, ulteriormente, come un elemento inerente al diritto costituzionale comparato e viene percepito da molteplici latitudini. Inoltre, con l'espansione geografica, oltre al controllo diffuso della costituzionalità (Marshall), derivante da casi giudiziari *inter-partes*, si è fatto notare come il controllo accentrato (Kelsen), spettato a una corte costituzionale specializzata, eserciti una metodologia più formale, basata meno sui casi; essa, quindi, agisce perlopiù come legislatore negativo riguardo al prodotto della legge (in astratto). Comunque, anche secondo Kelsen, pur predisponendo un approccio diverso sul tema della giustizia costituzionale, l'obbligo di motivazione si è altresì rivelato una garanzia per il corretto esercizio del ruolo di giudice-custode.

I tribunali — termine in cui sono compresi corti supreme, corti e consigli costituzionali —seguono quindi un metodo di lavoro aprioristicamente tecnico. Ma non appena operano in modo più politico, per esempio in sinergia con altre istituzioni, la legittimità sussiste?

E se, per supposizione, i giudici-custodi creano «i propri precedenti come una sorta di grande *acquis* normativo, che arricchisce e integra il contenuto precettivo delle

---

[23] Negli Stati Uniti, la sovranità appare inizialmente frazionata piuttosto che monolitica, a differenza dell'Europa. Di conseguenza, la forza morale e materiale che proviene dal popolo non potrebbe essere il risultato esclusivo del legislatore federale, soprattutto considerando le controversie che questa entità ha avuto con le legislature degli Stati membri americani, con il rischio e la possibilità di porre fine all'unione nazionale. Quindi, il rafforzamento del potere giudiziario, e in particolare il ruolo di una Corte Suprema incaricata di promuovere la *judicial review of legislation*, è al centro del legame tra giustizia costituzionale e pluralismo sociale, nonché dell'approfondimento del concetto di identità del popolo americano. A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, ediz. Ital. A cura di G. Candeloro, Milano 1992, 146 ss.

stesse norme costituzionali»[24]? A tal riguardo, sulla stessa linea, i precedenti costituzionali costituirebbero un contenuto relativamente vincolante per i giudizi dei casi individuali, «in modo che le singole decisioni — specie quelle sulle questioni politicamente più delicate — siano presentate agli interlocutori politici, e alla stessa opinione pubblica, come il naturale sviluppo di principi già esistenti e ben consolidati nel sistema»[25].

Tuttavia, un approccio tecnico eterodosso eventualmente adottato dalla corte può provocare una crisi epistemologica nel suo operato. Da un lato, di fronte al pluralismo, essa corre il rischio di essere influenzata da reazioni di natura politico-ideologica nel momento in cui adopera metodi di lavoro che non siano appropriati entro i canoni della giustizia costituzionale; dall'altro, qualora la corte stessa utilizzi il proprio metodo tecnico per entrare eccessivamente in questioni riguardanti istanze politiche o giurisdizionali diverse; oppure quando essa rifiuti la coesistenza con qualunque organismo democratico (es. una corte sovranazionale) che ritenga una minaccia per il suo compito di custode del sistema.

Alla luce di ciò, Roberto Romboli ricorda che negli ultimi anni nel sistema italiano è cambiato l'approccio della Corte costituzionale in direzione di un maggior protagonismo, ponendo così delle difficoltà per quanto riguarda i limiti della sua compresenza nel quadro della separazione dei poteri. *In verbis*:

> L'uscita del Giudice costituzionale da quel circuito (rilasciato interamente ai giudici) rischierebbe così di spingere il pendolo della natura della Corte costituzionale decisamente verso l'area della politica rispetto a quella della giurisdizione e di porre la Corte in una situazione di isolamento simile in qualche misura, *mutatis mutandis*, a quella in cui la stessa si è posta nei riguardi dell'interpretazione del diritto comunitario attraverso la decisione, giustamente criticata dalla dottrina assolutamente prevalente, di ritenersi non legittimata a proporre questioni pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo[26].

Sullo sfondo, l'anima politica del giudice-custode può indubbiamente essere utile per risolvere un contenzioso complesso, facendo egli un "uso" creativo delle regole

---

[24] F. VIGANÒ, *il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, 2021, p. 8.

[25] F. VIGANÒ, *il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*…, p. 8.

[26] R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in www. associazionedeicostituzionalisti.it, 2007, pp. 1 ss.

esistenti nel processo costituzionale. Tuttavia, la manipolazione della norma procedurale da parte del tribunale può incorrere in una "violazione" non legittima del processo costituzionale. Come avverte Alessandro Pizzorusso, se in questo caso la Corte costituzionale agisse in modo arbitrario, ad esempio usurpando il potere del legislatore, ci troveremmo di fronte non all'uso, ma a un “abuso” all’interno del processo costituzionale[27]. Dunque, fra l’uso e l’abuso, bisogna mettere in evidenza che, senza un'adeguata argomentazione e in mancanza di un approccio cauto alla questione, il giudice-custode corre il rischio di commettere abusi nel processo, minandone in tal modo la legittimità stessa.

Nel presente studio, la giustificazione della giustizia costituzionale sarà pensata attraverso comunicazioni inter-funzionali strutturate che, anziché ignorare il processo logico-argomentativo, lo utilizzeranno per concepire forme decisionali più elaborate e partecipate, come l’incremento della motivazione personale dei giudici attraverso la conversazione orizzontale con altre autorità, il che può essere causa di una motivazione giurisdizionale più bilanciata e in conformità con gli stessi valori costituzionali.

Inoltre, la legittimità del giudice-custode potrà essere sfidata riguardo al modo in cui un organo o un'autorità democratica rilevante riesca a modificare la linea di persuasione della giustizia costituzionale. A tal riguardo, è necessario comprendere che un'interpretazione eventualmente più creativa da parte dei giudici costituzionali può nascere non solo da una lettura testuale della costituzione, ma anche in virtù di un comportamento rivelato da altre corti nazionali o sovranazionali, o da autorità politiche.

La sentenza costituzionale, quindi, può essere data da una concessione o disposizione di una funzione che, fino a quel momento, era centralizzata o verticalizzata all’interno della corte e che ora viene ceduta a un organo che, *a priori*, occupa uno spazio periferico rispetto alla funzione medesima. D'altra parte, la corte-custode può riprendersi il potere “delegato”[28] a un altro giudice o a un altro organo di stessa concezione democratica, per esempio qualora quest’ultimo insista nell'ignorare

---

[27] A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 133 ss.

[28] T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2021, p. 129.

l'orientamento della giurisprudenza costituzionale. In tal caso, il giudice costituzionale potrà accentrare o verticalizzare il potere nelle sue mani.

La Corte costituzionale, in generale, cerca pertanto di armonizzare i propri obiettivi con quelli di altre organizzazioni, come si vedrà negli esempi analizzati. Ciò può accadere quando un annuncio ufficiale del collegio, da parte di uno dei suoi giudici, per l'attuazione di una politica costituzionale si affida alla sensibilità e alla collaborazione di soggetti esterni, che possono rendere più efficace il processo decisionale.

Al contrario, un giudice costituzionale, ad esempio, può avere il sostegno del suo collegio per una certa posizione, senza però convincere i giudici delle corti inferiori a seguire la stessa strada. In questo caso, la corte e i giudici ordinari hanno posizioni diverse. Indubbiamente, questa è una caratterizzazione tipica di una situazione di conflitto.

In generale, ciononostante, è possibile raggiungere un compromesso tra le due parti coinvolte, soprattutto per non indebolire la tutela giudiziaria stessa. Walter F. Murphy, nella sua opera *Elements of Judicial Strategy* (1964), avvertì che, nonostante le differenze, i concorrenti in questa situazione sono tutti giudici (nel senso ampio del termine), in competizione per il potere, che lo vogliano o meno, contro le autorità dei rami legislativo ed esecutivo. L'autore sottolinea qui che, per esempio, in relazione al sistema americano:

> I giudici che si mettono in discussione devono ricordare che il potere che la Corte Suprema perde non va ai suoi tribunali ordinari, ma al Congresso, al dipartimento esecutivo, alle agenzie regolatorie indipendenti, ai governatori degli Stati-membri o alle legislature. Dall'altro lato, i giudici della Corte Suprema devono tenere presente che un confronto prolungato con i giudici ordinari può rafforzare gli organi politici e indebolire l'intero sistema giudiziario. Inoltre, un conflitto importante tra giudici può incoraggiare l'opposizione alla politica della Corte Suprema in altri rami del governo. [*Judges have to keep in mind that the power which the Supreme Court loses may not accrue to their courts but to Congress or the executive department, or to some independent regulatory agency, or to state governors or legislators. For their part the Justices have to remember that a prolonged conflict with lower court judges may strengthen rival agencies of government and weaken the whole court system. Furthermore, a large-scale clash within the judicial system may encourage opposition to the Court's policy in other branches of government*[29].]

[29] W. F. MURPHY, *Elements of Judicial Strategy*, The University of Chicago Press/Chicago & London, 1971, p. 111.

Tale ragionamento può essere applicato per considerare altre correlazioni tra giudici costituzionali e sovranazionali. Questo vale anche per i sistemi giuridici legati a organi come la Corte interamericana dei diritti umani in America Latina, la Corte europea dei diritti umani e la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Per mantenere la propria legittimità e reputazione, il giudice costituzionale può conciliare diverse visioni dell'interpretazione costituzionale, riconciliarle e anche riciclarle al fine di proteggere i diritti fondamentali.

In aggiunta, questa prospettiva di retro-alimentazione ermeneutica può nascere dall'interazione diretta con il legislatore o il governo. Qualora si verifichino delle crisi tra la giustizia costituzionale e i poteri politici istituzionali, il collegio può optare per cercare soluzioni attraverso diplomatici e tacite negoziazioni. Ciò può significare una decisione di non pronunciarsi; il che comporta che la corte eviti di intervenire negli affari di altre autorità fino a quando la prova d'incostituzionalità non sia stata chiaramente dimostrata, dando all'autorità politica il tempo di correggere il problema stesso. In cambio, si spera che venga mostrato rispetto per l'autorità del "tribunale costituzionale". D'altronde, se una futura decisione della corte riguarderà il legislatore o il governo, ci sarà meno riluttanza da parte di questi ultimi a seguire la posizione giurisdizionale della Corte.

Se i poteri politici si oppongono alla giurisprudenza costituzionale, la diplomazia della giustizia costituzionale può essere gradualmente rivista a favore di "sentenze normative"[30] più raccomandate (*soft law*), quali le sentenze monitorie di rigetto, fino a giungere alle più incisive (*hard law*), quali le sentenze di accoglimento in senso diacronico o interventista.

In ogni caso, la condivisione dei compiti tra potere giudiziario e potere politico può essere una soluzione praticabile in vista di problemi complessi. In questo modo, il tribunale mantiene la propria autorità esercitando una giurisdizione basata su un principio di cooperazione tra i poteri, che includa l'esercizio di funzioni congiunte vedenti come protagonisti il legislatore e il governo.

---

[30] G. SILVESTRI, Le sentenze normative della Corte costituzionale, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, pp. 1684 ss.

3. “L'anima" politica che si nasconde nella fluidità dei modelli ed esperienze di giustizia costituzionale: i casi di Brasile, Francia e Italia

Poiché la giustizia costituzionale esercita un’attività di tipo decisionale in cui l'interpretazione è più approfondita e innovativa rispetto all'ordinamento, conviene dunque cercare, nella teoria costituzionalista, di distinguere l’"anima" politica della corte da una performance strettamente politica tipica del legislatore o di altri soggetti.

Pizzorusso insegna che una politicità legittima della giustizia costituzionale può riferirsi al ruolo di "supplenza" rispetto all'omissione o all'attuazione incostituzionale di un'altra istituzione democratica, specie il legislatore. In questo caso, sulla scorta del ragionamento che ne è alla base, si tratta di una linea di condotta senz'altro compatibile con lo scopo del processo costituzionale stesso. D'altra parte, invece, se dovesse sostituirsi al legislatore o a qualsiasi altro potere istituzionale, la "supplenza" diventerebbe "interferenza" e, di conseguenza, il giudice costituzionale stesso uscirebbe dai propri confini e si porrebbe come un organo non vincolato alla costituzione. In questa seconda prospettiva, dunque, vi sarebbe un abuso di natura politica da parte del tribunale[31].

Pertanto, l’attuazione in supplenza ad altri organi non è sempre semanticamente intesa come un concetto preciso dalla prassi. Poiché la giurisprudenza costituzionale consolidata (e, a volte, il lavoro di altri giudici[32]) ha consolidato il ruolo di supplenza legislativa quale via d'uscita ragionevole, ci si chiede se si tratti di una patologia sistemica o di un trasferimento *extra ordinem* di competenza.

Sebbene non manchino orientamenti giurisprudenziali il cui intervento è principalmente, ma non esclusivamente, criticabile da parte del legislatore, ciò non costituisce di per sé un problema per il funzionamento del sistema democratico e delle sue istituzioni. Sono infatti molti i dilemmi costituzionali che mettono sotto pressione la

---

[31] A. PIZZORUSSO, La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione, in *Il Foro Italiano*, Vol. 103, Parte quinta: Monografie e varietà, 1980, pp. 117/118-125/126.

[32] Cfr. Il Forum Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà, introdotto da Elena Malfatti, in *Gruppo di Pisa*, 2018, in cui è stato affrontato affrontato il ruolo di supplenza del legislatore svolto non solo dalla Corte costituzionale, ma anche dai tribunali ordinari, come ha fatto la Corte di cassazione in Italia nel 2007, nei casi Welby ed Englaro. Disponibile su: https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Il_Forum_-_L_ordinanza_Cappato_in_attesa_della_pronuncia_che_verra.pdf. Accesso l’8 gennaio 2023.

tutela dei diritti e che variano a seconda dei momenti della contemporaneità sociale, sia in un'ottica nazionale, sia sotto una prospettiva globale. Pertanto, si tratta di situazioni in cui è senz'altro richiesto un maggiore intervento del giudice-custode.

Il modello di giustizia costituzionale viene così ricombinato - a seconda della novità o della contesa in atto tra i poteri istituzionali - con altri modelli che hanno luogo in ordinamenti stranieri. In primo luogo, si inizia con un "avvicinamento" tra la tradizione di *common law* e quella di *civil law*: se da un lato ciò ha stimolato i giudici della cultura anglosassone a una lettura più formalista e basata su testi legislativi scritti, che invece non era svolta prima, dall'altro lato l'inverso ha permesso ai giudici di tradizione romano-germanica di ampliare l'idea di diritto giurisprudenziale come fonte o disciplina normativa, anche se estranea alla loro tradizione[33].

Inoltre, le esperienze dei tipi di controllo accentrato/diffuso nei Paesi democratici si sono allontanate dalla genuinità dei modelli originari, in modo da tale da variare a seconda delle proprie *nuances*, storia e cultura[34]. L'ibridismo tra modelli di controllo di costituzionalità ha dato adito a tecniche di istruzione e di giudizio non prevedibili *a priori*, al di là del sacro giuridico-dogmatico. In effetti, man mano che i tribunali costituzionali ricombinano in misura maggiore o minore gli attributi di entrambi i modelli classici (dall'accentrato al diffuso e viceversa), ciò diventa un portone per la nascita di tecniche decisorie nel contenzioso costituzionale, tramite cui il giudice si avvicina in ultima istanza a un compito politico-legislativo con maggiore discrezionalità[35].

Tre esperienze dimostrano che l'idea secondo cui il giudice costituzionale si limita a dare applicazione a quanto previsto dal legislatore è ormai obsoleta, anche se si considera la particolare tradizione di *civil law*, in cui — come accennato — la legge, e non la giurisprudenza, è la fonte primaria del diritto. Prendiamo come esempio Brasile,

---

[33] A. PIZZORUSSO, *Intervento del prof. Alessandro Pizzorusso al XIV Congresso nazionale di Magistratura democratica,* Roma, 24 gennaio 2003, disponibile su: https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/PIZZ/PIZZORUSSO-MD.pdf, accesso il 10 gennaio 2023.

[34] Cfr. L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, 1986 ; anche D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit», 1996.

[35] G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle*, Bologne, Bononia University Press, 2009; G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel…*, p. p. 1171-1212.

Francia e Italia: sebbene facciano parte della stessa famiglia giuridica romano-germanica, ognuna di esse presenta una tipologia e una storia peculiari di "tribunale costituzionale". Tuttavia, ciascuna corte si sta evolvendo in modo specifico, in base alla propria esperienza e al contesto nazionale, verso tematiche che in passato erano di esclusiva competenza del potere politico.

Il *Supremo Tribunal Federal* del Brasile è la massima corte per la giurisdizione comune e costituzionale nel Paese. Dopo il periodo del militarismo autoritario e con l'avvento della Costituzione del 1988, il Tribunale ha assunto un ruolo precipuo di "tribunale costituzionale" piuttosto forte, sia in base al bisogno di attuare un costituzionalismo trasformatore, sia grazie alla sua doppia faccia giudiziale (costituzionale e ordinario).

Al contrario, la Corte costituzionale italiana è un organo indipendente dell'ordine giudiziario ed è egemone nell'esercizio della giurisdizione costituzionale. Ciononostante, essa è ancorata all'essere un "legislatore-negativo", ossia, a differenza del caso brasiliano, in Italia l'atto del Governo non è oggetto di controllo di costituzionalità. La Corte italiana ha, comunque, un elevato grado di creatività giurisprudenziale in materia costituzionale dalla sentenza n. 1/1957, sebbene i suoi casi derivino principalmente da richieste contro atti legislativi.

Il *Conseil constitutionnel* francese è stato istituito nel 1958 come organo non giudiziario con l'obiettivo di ridurre l'egemonia del Parlamento. Tale organo è stato creato sulla base dell'espresso rifiuto di De Gaulle e del suo governo di accettare l'idea di una giurisdizione costituzionale. L'istituzione dei *Sages* nasce quindi come un paradosso, poiché non è né un organo politico-legislativo né un organo di giustizia costituzionale, in contrasto con la soluzione adottata da altri Paesi europei, ad esempio l'Italia. Tuttavia, dopo le decisioni storiche del 1971 e del 1974, il consiglio ha gradualmente acquisito maggiore attività di *juge*. A maggior ragione, dopo l'avvento della *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC, del 2008), esso ha iniziato a costruire soluzioni innovative — pur mantenendo una facoltà ancora ridotta di creatività

— dal momento che le sue decisioni cercano tradizionalmente di frenare il Parlamento senza impedirgli di essere il perno del sistema nazionale[36].

Attualmente, le tre corti si stanno impegnando nella ridefinizione del proprio potere, tenendo in considerazione le loro specificità storiche e caratteristiche. La tesi in questione si incentra in particolare su come ognuno dei tribunali in questione (corti e consiglio) conviva con l'interazione dei diversi tipi di controllo di costituzionalità, tra l'accentrare e il diffondere il proprio potere, coinvolgendo inevitabilmente, in chiave dialogica, i giudici comuni, regionali e gli attori politici.

Una corte può modulare informalmente il suo grado di assorbire potere rispetto al giudice comune, ad esempio. È il caso del sistema giudiziario brasiliano, che applica formalmente il controllo diffuso di costituzionalità in favore dei giudici comuni in tutti i casi *inter-partes*, ma dove il STF può avere influenza su una certa questione di contenzioso costituzionale (e contro l'operato del giudice nella singola causa individuale) a seconda del contesto. Il contrario è anche fattibile, ovvero che i sistemi con un profilo formale soltanto di controllo accentrato (o semi-accentrato) possano subire una diffusione informale. Possiamo citare controlli successivi di costituzionalità noti come la QPC francese e il giudizio in via incidentale di costituzionalità della Corte costituzionale italiana. In entrambi i casi, è il tribunale ordinario o amministrativo a sottoporre la questione di illegittimità al giudice "custode". Nonostante ciò, in Italia qualsiasi magistrato può rivolgersi alla Corte costituzionale, mentre in Francia ciò è possibile solo dopo il "filtro" effettuato dalla Corte di Cassazione o dal Consiglio di Stato.

Inoltre, in Brasile, Italia e Francia i giudici comuni sono autorizzati a esercitare l'interpretazione costituzionale, il che comporta una significativa capacità di decifrare il senso della legge nel caso concreto, in conformità con i parametri di controllo. A tal riguardo, anche quando una determinata questione è già stata debitamente decisa dal giudice costituzionale, in seguito a richieste di interpretazione presentate dai giudici

---

[36] D. ROSSEAU, Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional?, in *Direito Público*, n. 3, jan.-fev.-mar., 2004, p. 89-90: «A hesitação dos constituintes marca até a designação do órgão constitucional: nem "comité" ou "comissão", expressões demasiado prosaicas, nem "corte" [cour] ou "tribunal", demasiado nobres, mas "conselho"... que não exprima nada de preciso quer no plano jurídico, quer no plano político! Igualmente, exigir qualificações jurídicas aos futuros membros do Conselho significaria uma escolha clara: por isso, os constituintes preferiram não se comprometer, deixando às entidades responsáveis pela designação uma total liberdade na composição do Conselho».

comuni (fase ascendente dell'operato), il lavoro di interpretazione costituzionale svolto da essi consiste in una costruzione e non in una mera applicazione della legge (fase discendente dell'operato)[37].

Ciò significa che il precedente costituzionale — anche se all'interno della tradizione di *civil law* —sarà la fonte del principio di giudizio adottato dalla corte o dal consiglio, supremo o costituzionale; esso, d'altra parte, riceverà dal giudice comune, che lo applicherà al caso concreto, un certo apprezzamento discrezionale (additivo del principio).

Il giudizio sul contenuto costituzionale è un processo in corso, poiché si proietta o dal giudice costituzionale verso il giudice comune, o dal giudice comune verso il giudice costituzionale, fino a quando non si raggiunga una reale applicazione della costituzione nel caso concreto. La corte ricopre quindi un ruolo centrale, ma non ha il giudizio esclusivo di costituzionalità in senso pieno.

In questo schema, il ruolo del giudice sovranazionale non è secondario. Ad esempio, in relazione ai tre sistemi costituzionali sopracitati, vedremo che nel caso del Brasile la Corte interamericana dei diritti umani condivide e condiziona l'estensione del giudizio di costituzionalità. Qualcosa di analogo avviene in Francia e in Italia in riferimento ai dettami della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, soprattutto per quanto riguarda i diritti umani. In tal senso, vi è un movimento di diffusione che espande il potere di interpretazione dei valori fondamentali a soggetti più rilevanti, con il supporto del diritto internazionale. Per la cultura costituzionale le corti insegnano ai sistemi nazionali, ma imparano anche da essi a citare i casi in cui il giudice costituzionale riesce a convincere il giudice sovranazionale a rivedere la propria giurisprudenza, la quale può essere trattata come un movimento di maggiore concentrazione del potere dell'autorità nazionale.

Da tale commistione, proveniente dalla dogmatica o dalla performance empirica dei modelli di giustizia costituzionale, il cammino che il giudice-custode percorre verso il sindacato del legislatore (e, talvolta, del governo) si avvale di nuove tecniche decisionali. È questo, infatti, il caso della sentenza costituzionale in due tempi o fasi,

---

[37] R. ROMBOLI, Responsabilidad de los jueces, derecho jurisprudencial y legitimación del poder judicial en el Estado democrático, traducción del italiano por Silvia Romboli, in *Revista de Estudios Políticos*, 2022, 198, 153-185, p. 159.

adottata dalla Corte costituzionale italiana, che supera i confini delle pronunce di rigetto con appello al legislatore per un'azione che avanza progressivamente in forza cogente contro l'attività discrezionale legislativa. In altre parole, la corte emette un primo giudizio sulla questione, indicando al legislatore la strada che deve seguire e fissando un periodo di tempo in cui percorrerla. Se il Parlamento non risponde a questo proposito, la Corte produce la norma mancante, che avrà effetto fino a quando il legislatore non emanerà una legge successiva.

> La Corte, di fronte a queste mancanze di intervento, ha stabilito autonomamente gli elementi essenziali della regolamentazione, ovviamente fortemente influenzata da ciascun caso oggetto della causa a quo, lasciando al giudice ordinario l'interpretazione e l'applicazione dei principi stabiliti da essa che, per ovvie ragioni, non possono essere precisi e specifici come quelli di una legge. [*La Corte, ante esas faltas de intervención, ha dictado ella misma los elementos esenciales de la regulación, evidentemente siendo fuertemente influenciada por cada caso objeto del juicio a quo, dejando al juez ordinario la interpretación y aplicación de los principios por ella establecidos que, por razones obvias, no pueden ser precisos y específicos como los de una ley*[38].]

In relazione alla politica che emerge dai casi esaminati, attualmente, la dicotomia tra l'organo legislativo che crea il diritto e quello del giudice che lo interpreta è diventata sempre più sfumata. Si sta verificando una sorta di inversione o circolazione dei ruoli: non è raro che il giudice crei il diritto, mentre il legislatore si sottopone all'interpretazione della norma costituzionale. In altre parole, si osserva, da un lato, una sorta di meccanizzazione di *strong court* al fine di attuare nuovi diritti, non appena ciascun diritto non è previsto dalla legge, bensì dalla giurisprudenza.

D'altronde, l'evoluzione del tribunale potrebbe essere mitigata da una riduzione dell'influenza del giudice costituzionale sul controllo di legittimità, in base alla rilevanza della controversia in questione per l'equilibrio interistituzionale. Quindi, attraverso la cooperazione interistituzionale, una corte o consiglio "custode" potrebbe avere competenza in materia di contenzioso costituzionale, adottando però un atteggiamento di *weak court* per aprire ad altre istituzioni democratiche (in particolare il

---

[38] R. ROMBOLI, Responsabilidad de los jueces, derecho jurisprudencial…, p. 160-161. In nota associata al medesimo passaggio, il Professor Romboli aggiunge: «La técnica de la decisión en dos fases ha sido utilizada hasta ahora por la Corte constitucional en tres ocasiones: la de la regulación de la ayuda al suicidio (Auto n. 207 de 2018 y luego Sentencia n. 242 de 2019), la de la responsabilidad penal de los periodistas por difamación en la prensa (Auto n. 132 de 2020 y luego Sentencia n. 150 de 2021) y la de la regulación de la cadena perpetua, que acabará siendo una decisión en tres fases, tras un aplazamiento inicial de doce meses, la Corte decidió fijar otro lazo de seis meses (Auto n. 97 de 2021 y luego Auto n. 122 de 2022)».

Parlamento) la possibilità di respingere direttamente i precedenti costituzionali, purché ciò sia giustificato da una ragione pubblica. Ciò potrebbe aprire la strada a una discussione e a una riflessione costanti sulla validità dei precedenti costituzionali e sulla loro applicazione, favorendo la conversazione giuridico-costituzionale[39].

In alcune occasioni, il sistema che coinvolge soggetti dialoganti può ulteriormente sfumare il confine tra la sfera politica e quella giurisdizionale. Questo avviene durante la "decentralizzazione" di una certa facoltà/competenza del giudice costituzionale, qualora il *self-restraint* lasci spazio a un intervento della politica in un ambito precedentemente esercitato dalla giurisprudenza. Ad ogni modo, ciò non comporta necessariamente una perdita di legittimità della giustizia costituzionale, ma piuttosto indica che essa mira ad assicurare la corretta realizzazione dei valori fondamentali attraverso la promozione della cultura della costituzione, la quale non dipenderà da un intervento giudiziale futuro (come stabilito dalle sentenze 176, 177, 202, 203, 214 del 2022 della Corte costituzionale italiana).

In compenso, la "centralizzazione" (nota anche come attivismo giudiziario) viene percepita in teoria quando la sfera di influenza della politica riduce la propria attenzione o non si allinea al rigore dei principi. Gli effetti possono, in tal senso, variare in base all'ampiezza della loro portata: nel caso di un'aggiunta testuale, gli effetti saranno *erga omnes*, mentre nel caso di una manipolazione attraverso l'interpretazione mirata a un caso specifico, gli effetti si riverbereranno solo sulle parti coinvolte nel singolo caso.

Inoltre, il titolo che consente la variazione della tecnica decisionale, che può essere più o meno centralizzata, potrebbe non esistere formalmente o non essere sempre applicato in modo obbligatorio, ma, piuttosto, a seconda della discrezionalità del giudice costituzionale. Questo è un nodo irrisolto in relazione alla crisi della rappresentanza politica. A questo punto, esiste il rischio che il ricorso a modelli e ibridismi di giustizia costituzionale possa essere utilizzato come una sorta di foglia di fico per coprire la mancanza di un'adeguata giustificazione del tribunale costituzionale e che possa essere vista come una sfida per la democrazia e lo Stato di diritto, poiché la

---

[39] S. GARDBAUM, The New Commonwealth Model of Constitutionalism, in: *The American Journal of Comparative Law*, Autumn, vol. 49, n. 4, [Law in Japan], Oxford University Press, 2001, 707-711; M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008. 272p.

separazione dei poteri è un principio fondamentale della democrazia e della costituzione, volta a garantire il rispetto delle libertà individuali e la limitazione del potere del governo.

Pertanto, è importante acquisire una conoscenza e un'esperienza adeguate riguardo alle procedure che permettono di condurre una conversazione sulla teoria del processo costituzionale, in modo da esplorarla a fondo.

4. Tra momenti di accentramento e momenti di diffusione: il pendolo decisorio della giustizia costituzionale, alla luce del contributo del Professor Roberto Romboli

La dottrina costituzionale italiana, in particolare all'interno dell'Associazione dei costituzionalisti del "Gruppo di Pisa", evidenzia che la Corte costituzionale italiana ha agito e continua ad agire in modo dinamico rispetto all'espansione o dispersione del proprio potere, ridefinendolo tra due posizioni opposte, come un pendolo[40]. Inoltre, la teoria del (ri)accentramento, che prevede "momenti di accentramento" e di "diffusione", sviluppata dal Professor Roberto Romboli dell'Università di Pisa, descrive l'accentramento come un fenomeno descrittivo che indica il ritorno del potere al centro, in cui il tribunale costituzionale assume un ruolo centrale. Il Professore sostiene che l'utilizzo dei termini accentramento e diffusione in questa concezione vada intesa in senso "eterodosso", poichè esprime la polarizzazione tra centralizzazione/ concentrazione e marginalizzazione[41] del poter del giudice costituzionale.

Se il tribunale costituzionale si trova emarginato rispetto ad altri organi di livello primario all'interno del sistema, può comunque riorientare la questione del contenzioso al centro del proprio ambito di competenza attraverso il dialogo con tali organi. Tale capacità dialogica, e l'eventuale pendolo di potere verso la dispersione, non va interpretata come una limitazione dell'autorità del giudice costituzionale, bensì come un

---

[40] R. ROMBOLI (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella' giurisdizionale'. Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, Pisa, 15 dicembre 2016.

[41] Sebbene la dicotomia centralizzazione/accentramento isoli ciascuno degli scenari precedentemente rivelati, nelle pagine seguenti ci si occuperà del verbo “accentrare” per indagare entrambi i concetti, prestando la dovuta attenzione a quale significato sarà adoperato al momento opportuno.

meccanismo che consente di adattarsi al contesto in cui opera e di migliorare l'efficacia del diritto giurisprudenziale. Per esempio, l'ampliamento o la riduzione dei concetti di oggetto e parametro di controllo di legittimità, e la riduzione del margine di discrezionalità del legislatore, possono riorientare il contezioso costituzionale verso il momento del tribunale.

È fondamentale concordare sulla definizione del termine "accentrato" utilizzato nella teoria menzionata in precedenza. In particolare, il binomio accentrato/diffuso si riferisce al modello classico di giustizia costituzionale comparata. Nei sistemi accentrati, le leggi possono essere dichiarate illegittime solo dall'organo abilitato all'esercizio del controllo, ovvero da una corte specializzata; nei sistemi diffusi, invece, lo stesso compito è distribuito tra tutti i giudici dell'ordinamento giudiziario.

In questo scenario, il Professor Romboli ha giustamente evidenziato che una delle vie per il (ri)accentramento (in senso lato, quale teoria del potere) consiste nel miglioramento del sistema tecnico accentrato (in senso stretto, quale tipo di controllo di legittimità) nella giustizia costituzionale italiana e comparata. Tuttavia, l'utilizzo del termine "accentrato" per descrivere due scenari collegati non deve far perdere di vista l'importanza di considerarli come idee distinte dal punto di vista della dottrina costituzionalista[42].

In seguito, oltre a seguire il diritto giurisprudenziale, si può osservare uno schema, basato sull'empirismo delle scienze sociali, in cui la Corte italiana assume una posizione più influente, manifestando un assorbimento del potere degli altri giudici (comuni o regionali) o un fenomeno di centralizzazione rispetto agli organi politici (Parlamento e, in certe occasioni, il Governo)[43].

---

[42] R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020; T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione…*

[43] L'uso delle espressioni segue la proposta terminologica di Roberto Romboli, che utilizza la dicotomia tra centralizzazione e decentralizzazione per misurare il grado di potere che il giudice costituzionale detiene rispetto al Parlamento, e la dicotomia tra concentrazione e diffusione per riferirsi al giudice costituzionale in relazione al giudice comune o regionale (cfr. "Il sistema di costituzionalità tra 'momenti di accentramento' e 'di diffusione'" nella Rivista del Gruppo di Pisa, n. 2/2020). È importante notare che la dicotomia tra accentramento (concentrazione) e diffusione si occupa di esprimere una distinzione più tecnica riguardante i tipi di controllo costituzionale. In ogni caso, per quanto riguarda l'idea del pendolo, l'approccio teorico di Romboli prepara il lettore a comprendere un'analisi descrittiva del potere del giudice costituzionale rispetto alle dinamiche di potere all'interno della società.

Tale movimento pendolare del potere costituzionale può essere spiegato come un processo di accentramento e diffusione informale, in cui la Corte costituzionale italiana cerca di adattarsi alle esigenze dell'ordinamento giuridico in un dato momento storico[44]. Tuttavia, questo processo non deve essere visto come un semplice gioco di potere, ma come parte dell'evoluzione comunicativa della giustizia costituzionale.

Inoltre, è importante sottolineare che l'influenza inter-organica non può sostituire la fondamentale base di fiducia nei giudici costituzionali, rappresentata dall'obbligo di motivare le proprie sentenze. Quest'ultimo costituisce il criterio basilare della loro legittimità, e la collaborazione tra organi democratici deve essere considerata come complementare. Dunque, la teoria del (ri)accentramento risulta utile per comprendere l'evoluzione della giustizia costituzionale in un dato sistema facente capo alla figura del giudice-custode.

D'altronde, la missione noumenica della teoria romboliana del (ri)accentramento corrisponde a una metafora sulla *judicial diplomacy*[45], poiché man mano che il confine dell'interpretazione decisionale diventa più flessibile oppure meno intenso, la corte stessa sarà in grado di condividere il potere di decidere circa il contenzioso, purché conservi nel suo seno la facoltà di riprendere il potere affidato.

Ciò significa che, in alcuni casi, la corte può ritenere che il modo migliore per promuovere la fedeltà alla tutela dei diritti fondamentali sia decentrare la decisione costituzionale, creando un supporto alla diffusione(decentramento), riguardante il ruolo di custode del sistema. Altre volte, al contrario, il decentramento può predisporre un inaridimento del controllo di costituzionalità e l'incertezza del diritto, determinata dall'eccessiva delega del controllo (al giudice comune oppure ad altri organi rilevanti). In tal senso, il tribunale costituzionale forse sceglie di accentrarsi o decentrarsi.

Inoltre, è senz'altro materia d'interesse considerare in quale modo la diplomazia contribuisca alla legittimità della giustizia costituzionale, promuovendo, innanzitutto, la consapevolezza dell'esistenza del giudice come chiave di lettura dell'intero processo

---

[44] R. ROMBOLI, La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice, in *Il Foro italiano*, fasc. 10, 2014.

[45] P. MEYER, Judicial diplomacy of the German Federal Constitutional Court: bilateral court meetings as a novel data source to assess transnational communication of constitutional courts. *Z Vgl Polit Wiss* 15, 2021, 295–323. https://doi.org/10.1007/s12286-021-00499-0; cfr. altresì T. SQUATRITO, *Judicial diplomacy: International courts and legitimation…*

dialogico, creando così una comunità di sostegno intorno alla corte in virtù di attuazioni più o meno condivise.

In seguito, la diffusione del potere costituisce, a tal proposito, uno strumento fondamentale per l'avanzamento della conoscenza del sistema costituzionale, nota come *constitutional literacy*[46] nell'ambito accademico, prodotto dalla corte tramite riflessioni comunicative.

La collaborazione tra il tribunale costituzionale e gli altri organismi democratici può contribuire a un ampio supporto diffuso alla giustizia costituzionale. Da un lato, questa collaborazione consente al tribunale di evitare l'esposizione pubblica quando non è necessario, in un rapporto relazionale orizzontale in cui ogni soggetto influenza l'altro, salvaguardando la reciprocità. Perciò, il giudice costituzionale rappresenta la figura di riferimento nel caso in cui tale collaborazione sia rilevante per la successiva legittimazione del giudice stesso.

Basandosi su come ogni rapporto intersoggettivo impatti nell'intensità dell'attuazione da parte del giudice costituzionale, il presente lavoro traccia il passaggio dalla modalità tradizionale della pratica unidirezionale (in cui la corte risolve da sola le controversie costituzionali) allo sviluppo di strategie bidirezionali moderne, multiformi e interconnesse all'interno della stessa giurisprudenza (per cui la corte sperimenterebbe il confronto con attori di equivalente rilevanza per il sistema costituzionale, condividendo così diverse prerogative).

In sintesi, l'argomentazione secondo cui la giustizia costituzionale sarebbe un'istituzione predeterminata dalla dogmatica è ormai sempre più confutata. Al contrario, l'istituzione stessa si trova, nella prassi, a ripensare con costanza a come affrontare le controversie costituzionali che hanno recentemente coinvolto le società liberal-democratiche. Ogni volta, probabilmente, la situazione di fatto stessa offrirebbe uno schema di giustizia costituzionale più attivo o più ristretto, più aperto o più chiuso. Per cui, a differenza di situazioni che possono rimanere piuttosto ermetiche nel quadro della scienza giuridica, le dinamiche del lavoro dei giudici costituzionali possono ora essere meglio misurate dalla pratica o dall'esperienza di ciascuna Corte costituzionale, Corte suprema o Consiglio costituzionale nel contesto in cui si trovano.

---

[46] M. DE VISSER, Promoting Constitutional Literacy: What Role for Courts?, in *German Law Journal, 23*(8), 2022, 1121-1138. doi: 10.1017/glj.2022.73.

Nel novero delle considerazioni inerenti allo studio del diritto pubblico comparato, è essenziale ribadire che, alla luce dell'insieme di conoscenze sistematizzate all'interno di questa cornice teorica, la figura del giudice costituzionale assume il ruolo di attore contestuale, il cui potere, pur essendo sottoposto al vincolo della legge o del principio di legalità (fenomeno tipico delle corti di tradizione romano-germanica), è dinamico e di conseguenza si evolve in maniera progressiva nel corso del tempo.

Quindi, gli organi con cui la corte comunica sono istituzioni che, pur esercitando funzioni proprie, da non confondere con quelle della Corte, interpretano anche materialmente la Costituzione dal canto loro. In altre parole, nella vita di tutti i giorni, le succitate istituzioni si avvalgono, da diversi punti di vista, di svariati metodi di interpretazione per conferire alle loro attività un sempre maggiore rispetto dei diritti fondamentali. Tuttavia, le modalità con cui ciascuna di queste istituzioni attribuisce un significato ai diritti fondamentali possono, da un lato, divergere l'una dall'altra e, dall'altro, differire da (o collaborare con) le interpretazioni svolte dai giudici costituzionali.

5. Elementi di metodica della tesi dottorale

Sebbene questo lavoro si basi sulla ferma convinzione che esista una relazione descrittiva tra il giudice costituzionale e la volontà istituzionale degli altri organi democratici coinvolti nel processo di condivisione del potere pubblico, il punto più ampio risiede nel fatto che c'è molto che non capiamo di questo sistema dialogico e del suo funzionamento.

La presente ricerca porrà, quindi, la seguente domanda: considerando la pluralità numerica di interpreti che può verificarsi, i sistemi costituzionali devono essere ripensati alla luce di una pluralità materiale, tenendo conto del contesto di riferimento? A tal proposito si possono avanzare tre considerazioni: in primo luogo, un'efficace comunicazione interistituzionale sul significato della costituzione può influenzare le istituzioni pertinenti che agiscono all'interno dello stesso sistema, il che naturalmente influisce anche sull'evoluzione (accentramento o diffusione) del potere della giudice costituzionale. Infatti, la stessa corte dovrà sempre confrontarsi con altri interpreti

nazionali (nel caso dei giudici ordinari) o internazionali (nel caso dei giudici sovranazionali) per disciplinare la reale portata del sistema costituzionale.

In secondo luogo, la maggiore o minore intensità del controllo di costituzionalità su questioni politiche riservate alla discrezionalità legislativa dipende da come si stabilisce il rapporto tra tribunale costituzionale e legislatore in termini di tutela della democrazia. Nel caso in cui il legislatore tolleri spontaneamente che la Corte costituzionale risolva questioni politiche controverse, o nel caso in cui il legislatore resista al rispetto dei diritti fondamentali, il contenzioso costituzionale può prendere in considerazione un parametro di controllo sempre più ampio e approfondito. Tale situazione può portare a un controllo di costituzionalità più forte o a un'applicazione più intensa delle norme di diritto internazionale pubblico per dichiarare l'illegittimità degli atti legislativi.

In terzo luogo, in relazione ai contesti analizzati, il tribunale costituzionale può forse interpretare la realtà prendendo come riferimento gli elementi di distinzione che caratterizzano le situazioni soggettive utilizzate. Nonostante le spinte verso una performance sempre più globale delle corti costituzionali, i parametri di lavoro del tribunale suggeriscono che la dimensione dell'interpretazione costituzionale debba fare riferimento alle distinzioni e alle differenziazioni che caratterizzano gli spazi globali e gli elementi suscettibili di controllo di costituzionalità.

Il tema di una giustizia costituzionale plurale e più dinamica tende a essere maggiormente evidente in vista di due punti caldi: *in primis*, per la tutela dei diritti fondamentali; *in secundis*, per la ricerca della legittimità istituzionale da parte dei giudici costituzionali in un ambiente istituzionale sempre più complesso e globalizzato.

Il punto cruciale consiste nell’imparare come i giudici costituzionali comunichino con gli altri giudici (ordinari o sovranazionali) e come si interfaccino alle istituzioni politiche; se confondano dialetticamente i punti di vista degli interpreti, se definiscano l'ambito di applicazione della Costituzione e, infine, se decifrino le peculiarità di ogni contesto oggetto di contenzioso costituzionale.

È quindi importante esaminare come la pluralità influisca sul giudice costituzionale quando si confrontano sistemi costituzionali diversi. In tal senso, il presente studio non presuppone che il movimento dinamico dell'esercizio della

giurisdizione costituzionale sia un fenomeno uniforme in ogni sistema nazionale analizzato. Al contrario, suggerisce che si tratti di un fenomeno variabile e che si differenzi a seconda dei contesti presi in analisi.

Per tutti questi motivi, l'idea della mera applicazione della legge non è sufficiente per comprendere a pieno una situazione del genere. Perciò, è importante affermare che il presente lavoro consisterà in una ricerca di natura giuridica. Tuttavia, per penetrare a fondo nei fenomeni qui affrontati, sarà necessario l'aiuto delle scienze politiche, nonché delle scienze sociali. In altre parole, la figura del giudice abilitato a muoversi nel tessuto interistituzionale per legittimare e tutelare i diritti fondamentali non fa solamente capo a una questione di norme giuridiche, ma anche a un discorso concernente descrizioni sociali di varia natura.

Dunque, la parte preliminare della tesi è divisa in sezioni o temi che mostrano come il diritto costituzionale sia collegato a un approccio interdisciplinare per poter concepire il pluralismo e il dinamismo all'interno della giustizia costituzionale; queste definizioni non sono generalmente esplorate nella dogmatica giuridica.

Dopo questa giustificazione teorico-scientifica, si affrontino due premesse metodologiche per specificare come dovrebbe procedere la ricerca nel diritto pubblico comparato, cioè quali regole e procedure debbano essere applicate ai fini della conduzione della ricerca: *in primis*, infatti, la raccolta di dati descrittivi, bibliografici, normativi e giurisprudenziali rispetto ai sistemi costituzionali confrontati si avvarrà del metodo culturalista. Questo metodo si incentra sulle specificità culturali di ciascun oggetto di confronto, senza pretendere risultati omogenei tra loro.

In secundis, si cercherà di trovare spiegazioni scientificamente affidabili per la scelta dei sistemi costituzionali di Italia, Brasile e Francia quali oggetto di studio. È vero che altre corti costituzionali o supreme (o consigli) in tutto il mondo potrebbero essere ugualmente analizzate, in quanto potrebbero affrontare problemi relativamente simili a quelli qui delineati. Tuttavia, tale premessa fornisce un valore aggiunto, in modo da prevenire possibili obiezioni insinuanti una presunta scelta casuale dei sistemi costituzionali presi in considerazione.

Come sarà osservato meglio in seguito, la scientificità della scelta ha tenuto conto di due criteri: 1) che i tribunali costituzionali scelti sono parte della stessa

tradizione giuridica (romano-germanica), in cui i giudici storicamente hanno poco spazio per posizionarsi al di là del vincolo alla legge imposto all'interno dell'ordinamento; 2) che, pur essendo tre corti di *civil law*, si differenziano significativamente in termini morfologici. In particolare, la Corte costituzionale italiana, la Corte suprema brasiliana e il Consiglio costituzionale francese presentano tipi di struttura, di nomina dei giudici, di accesso alle procedure e di dottrina istituzionale molto diversi. Da tale diversità è possibile trarre molteplici esiti per la conoscenza della giustizia costituzionale comparata. In altre parole, l'elezione dei sistemi costituzionali è meno casuale quando si cerca di capire come queste diverse corti riposizionano il loro potere nel contesto.

Analizzando tre sistemi costituzionali che provengono dallo stesso modello di riferimento (*civil law*), ma che sono di specie così diverse, lo studio cercherà dunque di trarre conclusioni concrete circa le dinamiche istituzionali dei tribunali presi in esame nei loro rispettivi ambienti. L'obiettivo non è pertanto una standardizzazione dei risultati, bensì l'evidenziazione delle differenze di comportamento in ciascuno dei corpi costituzionali osservati.

6. Come la giustizia costituzionale si ridefinisce attraverso i rapporti inter-organici: esempi e critiche analizzate nell'argomentazione

Enunciate tali considerazioni e tali premesse introduttive, lo studio affronterà quattro temi principali, discussi in quattro capitoli.

Il primo capitolo tratterà la tesi italiana del (ri)accentramento, noto anche come momento di "concentrazione" o "diffusione" della giustizia costituzionale. Gli spunti forniti da tale tesi porteranno a trarre un modello con cui verranno delineati i criteri di confronto costituzionale.

Tra le caratteristiche principali di questa tesi, il presente studio si occuperà soprattutto del suo carattere dialettico: non è infatti possibile parlare della crescita o della diminuzione del potere di un'istituzione senza metterla in relazione con un'altra istituzione. Ora, il potere di un'istituzione non nasce da zero, ma viene sottratto, in modo permanente o temporaneo, da un altro organismo. È vero anche il contrario: il

potere istituzionale che si diffonde da un'autorità avrà sempre come destinazione un'altra autorità. Si può quindi notare come la dinamica della teoria del (ri)accentramento — pensata da Romboli — possa essere elaborata facendo riferimento a varie categorie comunicative e come possa nascere da più diverse considerazioni inerenti ai rapporti interistituzionali (ad esempio tensioni o collaborazione tra le istituzioni coinvolte).

Nel secondo capitolo, la tesi del (ri)accentramento verrà effettivamente messa alla prova attraverso la sua applicazione a sistemi nazionali a confronto. Il giudice costituzionale, infatti, si confronta con due istituzioni giurisdizionali: il giudice ordinario da un lato e il giudice sovranazionale o regionale dall'altro. Se da un punto di vista formale le tre categorie di giudici non si confondono, poiché ognuna di esse è istituita per esercitare funzioni giurisdizionali distinte e specifiche, da un punto di vista materiale o di reputazione istituzionale tale confusione diventa talvolta evidente. A tal riguardo, il capitolo affronterà il modo in cui i sistemi giuridici di Italia, Brasile e Francia trattano della seguente difficoltà dialettica: che i giudici ordinari e i giudici sovranazionali siano più o meno partecipativi nell'interpretazione costituzionale, a seconda di come interagiscono o perché sperino di promuovere una maggiore tutela dei diritti fondamentali (aspetto materiale). Porre l'indagine entro i confini concettuali di un tale confronto tra giudici non comporta che la ricerca si occupi necessariamente di processi di integrazione specifici, come dell'integrazione dei sistemi nazionali davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea o alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Tantomeno si occuperà dell'integrazione dei sistemi nazionali presso la Corte interamericana dei diritti umani. Al contrario, l'indagine sarà dedita alla comprensione dei discorsi comunicativi tra giudice (costituzionale) e giudice (comune o regionale), mirati a una costante ricerca di ridefinizione del potere, soprattutto da parte del primo.

Perché, dunque, i giudici costituzionali utilizzano la propria giurisdizione per decentrare (diffondere) il proprio potere a favore di un altro giudice? E perché a volte decidono di andare nella direzione opposta, ossia di appropriarsi (ri-accentrare) di alcuni poteri precedentemente riservati a un giudice ordinario o regionale? Ciò accade per proteggere i diritti fondamentali o per preservare la legittimità dei giudici costituzionali? Tali domande sono interessanti se poste all'interno di un'indagine circa

la dialettica tra giudici, ormai sempre più presente in ognuno dei tre contesti osservati. Pertanto, lo scopo di questo capitolo sarà proprio l'illustrazione delle modalità di comunicazione reciproca tra i giudici.

Il terzo capitolo analizzerà il (ri)accentramento da una diversa angolazione. Mentre nel capitolo precedente le considerazioni sulle dinamiche tra giudice (costituzionale) e giudice (comune o regionale) determineranno un dibattito sull'estensione dei poteri all'interno della funzione giudiziaria, il terzo capitolo esaminerà altresì il rapporto tra il giudice costituzionale e il legislatore. Sarà pertanto delineata una digressione circa i legami tra la funzione giurisdizionale e la funzione politica. In questo caso, il ruolo politico dei giudici costituzionali è discusso più apertamente qualora facciano uso di poteri che in realtà appartengono al legislatore e non propriamente ai giuristi. Quindi non si cercherà di costruire un'indagine specifica sulla giurisdizionalizzazione della politica, bensì di capire quali discorsi normativi sostengano una maggior partecipazione della giustizia costituzionale alla discrezionalità legislativa.

Si tratta di un dibattito affascinante poiché il legislatore, che *a priori* si assume la facoltà di creare la legge e di limitare lo spazio interpretativo che spetterebbe ai giudici, in questo scenario vede (con o senza il proprio consenso) migrare parte del suo potere legislativo verso il giudice costituzionale, il quale può a sua volta provocare il ritorno di questo al potere legislativo. Per accentrare e decentrare il potere, il giudice costituzionale deve costantemente attenersi alla missione istituzionale per cui il suo ruolo è stato designato, in quanto perno di un'istituzione: legittimarsi come custode del sistema costituzionale e favorire la massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali. Per questi due scopi, il giudice costituzionale delle suddette corti assumerà talvolta la funzione di creare diritto e di risignificare le norme materiali e procedurali della Costituzione. Per evitare che si incorra in un eccesso o in un abuso, la ricerca entrerà soprattutto nella qualità della comunicazione che il giudice costituzionale instaura usualmente con il legislatore.

Infine, le soscritte considerazioni iniziali contribuiranno a sviluppare le riflessioni che si troveranno nel quarto e ultimo capitolo, concernenti le modalità di interfaccia del giudice costituzionale nei confronti della gestione della crisi pandemica

del Covid-19. In particolare, verrà osservato il controllo di proporzionalità delle misure sanitarie restrittive adottate dal giudice costituzionale. In generale, la gestione delle crisi non è un'attività svolta dai giudici costituzionali, ordinari o sovranazionali, o dal legislatore. Si tratta piuttosto di un'attività che spetterebbe prettamente al ramo esecutivo. Tuttavia, i rapporti tra il ramo giurisdizionale e il ramo esecutivo non sono solitamente inseriti nei dibattiti che danno linfa alla tesi del (ri)accentramento. Per questo motivo, il capitolo può essere definito unico nel suo genere. L'intento di quest'ultimo è scoprire, pertanto, se il giudice costituzionale abbia assorbito o decentrato le attività di gestione dell'emergenza pandemica riguardanti gli organi esecutivi centrali e subnazionali.

In conclusione, lo studio non riguarda solo il ridisegno delle competenze della giustizia costituzionale, ma soprattutto il modo in cui il punto di vista interpretativo di altre istituzioni democratiche sfugge al suo margine di influsso. In effetti, la corte, in modo consapevole o meno, esercita una grande influenza sull'opinione su altre istituzioni, e viceversa, il che comporta un nuovo punto di equilibrio nel sistema di separazione dei poteri. La questione riguarda la posizione in cui si troverebbe il sistema di separazione tra poteri se i suoi attori ne fossero più consapevoli. Per riflettere su questo, è utile considerare i modi in cui — dato ciò che sappiamo sull'importanza e sul modo in cui i soggetti o gli attori dialogici ottengono le loro informazioni — le pratiche del giudice costituzionale influenzano effettivamente (o non influenzano) la pratica delle istituzioni costituzionali.

CAPITOLO I

APPROCCIO INTERDISCIPLINARE: LA COSTITUZIONE (IL SUO SISTEMA E I SUOI GIUDICI) VERSO UN INCONTRO CON LE SCIENZE POLITICHE

1. Dalla costituzione politico-tradizionale a quella normativa: il diritto costituzionale come un ramo non ermetico; 2. L'interpretazione dinamica della Costituzione: oggetti e soggetti coinvolti; 3. Ridefinizione dei termini del costituzionalismo: una panoramica attuale; 4. Il ruolo del giudice costituzionale in un sistema di interpretazioni normative concorrenti; 5. Costituzione, interculturalità e globalizzazione; 6. La costituzione come un sistema comunicante.

Nella presente parte del contributo si adotterà un approccio scientifico interdisciplinare per esplorare le dinamiche di ridefinizione dei sistemi costituzionali. In particolare, si analizzerà il ruolo dei giudici costituzionali e la loro interazione con gli altri organi democratici competenti nell'interpretazione dell'ordine costituzionale. Si inizierà con un'esplorazione del concetto di costituzione, partendo da una visione inizialmente politico-tradizionale, per poi seguire a una visione normativa e più recentemente arrivare a un terreno più politico-diplomatico.

Si evidenzierà come, per ogni concetto di costituzione, il sistema giuridico operi in modo più o meno dinamico. In particolare, nella fase finale di questo percorso, la costituzione politico-diplomatica permette un avanzamento verso livelli più intensi di comunicazione pubblica tra attori istituzionali, tramite il dialogo e la conversazione tra i soggetti dialoganti.

Vale la pena notare che, dato che diversi soggetti interagiscono sulla base di controversie costituzionali a livello locale, nazionale o regionale, l'intersoggettività del giudice costituzionale dev'essere considerata al fine di comprendere la variazione dei risultati ottenuti in base all'interpretazione vivente e alla variazione culturale.

In questo senso, il paradigma del ruolo di giudice costituzionale come mero applicatore del diritto risulta insufficiente per affrontare questa realtà. Pertanto, altre discipline, in particolare le scienze politiche, sono essenziali per esplorare le basi teoriche che giustificano un ruolo più descrittivo del giudice costituzionale, finalizzato a garantire la legittimità istituzionale della giustizia costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali. Dunque, l'approccio interdisciplinare implica l'utilizzo di una pluralità di discipline per analizzare un determinato oggetto di studio.

Per “approccio interdisciplinare alla costituzione” si intende l'adozione di una prospettiva che coinvolga non solo la dogmatica giuridica, ma anche le scienze politiche. L'obiettivo è studiare la costituzione, il suo sistema e i suoi giudici attraverso un'analisi che tenga conto delle dinamiche politiche che hanno portato alla sua creazione e che influenzano la sua applicazione e interpretazione.

L'inclusione delle scienze politiche nella ricerca costituzionale consente di considerare aspetti quali le dinamiche di potere, le preferenze dei partiti politici e la dinamica del cambiamento costituzionale, che possono influenzare la comprensione e l'applicazione della Costituzione. In questo modo, l'approccio interdisciplinare consente di ottenere una comprensione più completa e approfondita della costituzione e dei suoi giudici, superando i limiti della sola analisi giuridica.

1. Dalla costituzione politico-tradizionale a quella normativa: il diritto costituzionale come un ramo non ermetico

La nozione di costituzione normativa, che vede la costituzione come norma suprema del diritto, è considerata una misura tipica di un sistema costituzionale liberale giudizialmente custodito. Quest'idea ha avuto origine nei casi Marbury c. Madison (1803) e McCulloch c. Maryland (1819) della Corte suprema americana, presieduta dal *chief justice* John Marshall. La costituzione acquisisce quindi una natura di superiorità che costituisce il punto di partenza per la sua interpretazione e per il senso di giustizia del sistema[47].

Si tratta di un’idea che è altresì ricompresa nel concetto normativo del diritto proposto da Hans Kelsen[48], quale padre della Costituzione austriaca del 1920. Secondo l’autore, la costituzione rappresenta l'apice di un sistema giuridico costruito in forma di piramide normativa. Tramite l’attività interpretativa, la norma costituzionale si presenterebbe sovrastante sia per la sua capacità attiva di abrogare altre norme sia per la sua capacità passiva di resistere all’essere abrogata da qualsiasi altra regola di condotta.

---

[47] GRABER, M. A., *A new introduction to American constitutionalism*, Oxford University Press, 2013, p. 6 -7.

[48] Cfr. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Tübingen, 1934 (tr. it.: La dottrina pura del diritto, Torino 1960).

Tale definizione normativa, nonostante sia senz'altro prevalente nel mondo al giorno d'oggi[49], è in contrasto con quella politico-centrica del diritto costituzionale, che era dominante in Francia e in altri Paesi di *civil law*, secondo cui il costituzionalismo sarebbe un fenomeno politico e non dovrebbe essere sorvegliato dai giuristi, ma piuttosto dagli esperti di scienze politiche[50]. Tuttavia, tale prospettiva enfatizza maggiormente le istituzioni politiche a scapito di altri aspetti, ignorando l'importanza del diritto costituzionale normativo e sostanziale nella sua interpretazione.

La politologia della costituzione si basa su uno dei fondamenti più noti: la normatizzazione del diritto costituzionale rischia di renderlo ermetico, limitando

---

[49] Il controllo giudiziario di costituzionalità è una soluzione pratica adottata in varie parti del mondo, al di là degli approcci statunitense e austriaco, anche se il controllo si sviluppa in modo peculiare in ogni sistema costituzionale, diversamente da qualsiasi ipotesi di riferimento a un modello. L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, G. Giappichelli editore, Torino, 2019, p. 3. Secondo Pegoraro, un valido punto di partenza per seguire l'argomento sono le molte pubblicazioni – per lo più collezioni, come A. TUNC, ET AL. (eds), *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Larcier, Bruxelles, 1973 – che raccolgono scritti su esperienze nazionali specifiche, a volte precedute da un'approfondita panoramica comparativa e ricostruttiva. Inoltre, riguardo a esperienze regionali o locali, cfr. per l'Europa, C. STARK, A. WEBER (eds), *Verfassungsgerichtsbarkeit* in West-europa, 2 voll., Nomos, Baden-Baden, 1986; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene, Napoli, 2010; per 'Africa, G. CONAC (ed.), *Les cours suprêmes en Afrique*, I, Organisation, finalités, procédure, Economica, Paris, 1988; per l'Asia, T. GINSBURG, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge U.P, Cambridge-New York, 2003. Sull'Est europeo, M. VERDUSSEN (ed.), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruylant-Lgdj, Bruxelles-Paris, 1997; G. DE VERGOTTINI (ed.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 2000; W. SADURSKI (ed.), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Kluwer, The Hague, 2002. Con un'abbondanza di informazioni storiche e bibliografiche, cfr. M. MAZZA, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Cedam, Padova, 1999. Sull'America latina, per l'illustrazione di singoli sistemi: C. RESTREPO PIEDRAFITA (ed.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Un. Externado, Bogotá, 1984; J.M. LÓPEZ ULLA (ed.), *La justicia constitucional en Iberoamérica*. *Chile, Bolivia, Colombia y Cuba*, Uca, Cádiz, 2011; diversi saggi raccolti in F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Estudios de derecho constitucional latinoamericano*, Adrus, Arequipa, 2012. Anche con proposte di modellistica: E. FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, Querétaro, 2002; H. NOGUEIRA ALCALÀ, *Tendencias de la jurisdicción en los Tribunales Constitucionales de América del Sur en la alborada del siglo XXI*, in J. PEREZ ROYO, J.P. URÍAS MARTÍNEZ, M. CARRASCO DURÁN (eds), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, 2 voll., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, II, p. 347 ss.; A. RAMOS TAVARES, *Justiça constitucional e democracia na América Latina*, Fórum, Belo Horizonte, 2008.

[50] Sul diritto costituzionale nel sistema francese e sul rifiuto del centrismo politico, cfr. L. FAVOREU, *La constitution et son juge*, Ed. Economica, 2014, p. 19 -21 : « Cette approche est tout d'abord très étroitement hexagonale : les politistes raisonnent essentiellement sur la présentation (traditionnelle) française du droit constitutionnel et non sur celle qui prévaut aujourd'hui non seulement aux États-Unis mais dans la plupart des pays d'Europe occidentale dotés d'une justice constitutionnelle. On remarquera, è cet égard, qu'accuser les constitutionnalistes français d'utiliser un vocabulaire et un langage particuliers - sinon codés - pour «clôturer leu champ disciplinaire», revient à les soupçonner d'avoir, depuis au moins une quarantaine d'années, monté un vaste complot destiné à faire parler comme eux (et avec quelques années d'avance) les constitutionnalistes autrichiens, allemands, italiens, suisses et bien sûr américains, sans compter aujourd'hui les constitutionnalistes espagnols, portugais, grecs, belges, belges, etc.»

all’oggetto di ricerca l'osservazione di teorie, concetti, categorie, metodi, strumenti intellettuali, ragionamenti e argomenti riguardanti i testi scritti.

D'altra parte, la formula politica della costituzione, elaborata soprattutto dagli scienziati politici, non deve essere vista come un'operazione chiusa ai desideri semantici dei giuristi. Infatti, l'aspetto politico della costituzione mira giustamente ad impegnare il dibattito al di là del funzionamento dei rami ordinari del diritto, che esprimono di regola codici linguistici specifici, dominati quasi esclusivamente dalle scienze giuridiche. Pertanto, il diritto costituzionale dovrebbe essere considerato un fenomeno politico, guidato da altri esperti, in particolare dai politologi.

Nonostante ciò, l’idea di una costituzione non-normativa, come sostenuto inizialmente in Francia, sembra oggi incompleta per diverse ragioni. In primo luogo, gli scienziati politici, di solito, vedono una definizione giuridica del diritto costituzionale come essenzialmente edificata sull’esegesi dei testi e come era prevalente in Europa continentale prima della Seconda guerra mondiale. Questa prospettiva, d'altra parte, omette di notare che il diritto costituzionale è composto principalmente non solo dall'esegesi dei testi, ma anche da un'ampia interpretazione della giurisprudenza. Tale interpretazione, che in passato era sconosciuta sia in Francia sia in molti altri Paesi di tradizione romano-germanica, non è stata considerata dagli scienziati politici come oggetto di studio[51].

In secondo luogo, la definizione politica della costituzione considera il diritto solo finché si applica alle istituzioni politiche, cioè il sistema elettorale, i partiti politici, il Parlamento, l’esecutivo e la relazione tra di loro. Diversamente, il diritto costituzionale normativo e quello sostanziale sono sempre sfuggiti a tali ricerche. Di conseguenza, una visione politico-centrica tende a portare a conclusioni solo parziali e superficiali sul costituzionalismo tutt’oggi attuato[52].

Infine, bisogna considerare che la nozione di costituzione normativa non è così ermetica come pretende la definizione politica. Vi sono, effettivamente, teorie, concetti, categorie, metodi, strumenti intellettuali, ragionamenti e argomenti che devono essere

---

[51] L. FAVOREU, *La constitution et son juge*, *op. cit.*, p. 19-21.

[52] L. FAVOREU, *La constitution et son juge*, *op. cit.*, p. 19-21.

osservati, ma ciò non rende il diritto costituzionale più chiuso rispetto all'ipotesi in cui possa utilizzare solo le analisi, le comprensioni e le descrizioni delle scienze politiche[53].

Per esempio, non si possono confondere corti supreme, consigli o corti costituzionali: sono tipi di giustizia costituzionale ("tribunale costituzionale" rappresenta un termine generico) che provengono da modelli teorici diversi, come si vedrà più avanti. Lo stesso vale per il "sistema parlamentare" e il "sistema presidenziale", in quanto sono due tipi di regimi liberal-democratici. A causa di queste variazioni è necessario conoscere le classi di diritto in modo da evitare qualunque problema nella comprensione dei fenomeni. In ogni caso, la sistematizzazione della costituzione normativa non limita l'evoluzione o la mescolanza dei fenomeni giuridici stessi, né impedisce ad altri esperti o non esperti di partecipare al dibattito costituzionale. Sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo, gli atteggiamenti interpretativi sono abbastanza variabili, anche se il compito di specificare la norma costituzionale finisce nelle mani dei giudici.[54]

La transizione dalla costituzione politico-tradizionale a quella normativa ha rappresentato un passaggio importante per il diritto costituzionale. Nonostante la formula politica della costituzione, sviluppata dagli scienziati politici, abbia criticato la normatizzazione del diritto costituzionale, l'idea di una costituzione normativa come norma suprema del diritto ha avuto un impatto significativo sulla sua interpretazione e applicazione. È importante sottolineare, tuttavia, che il diritto costituzionale non è un ramo ermetico, poiché è composto non solo dalla esegesi dei testi, ma anche dall'ampia interpretazione della giurisprudenza.

In questo senso, il diritto costituzionale rappresenta un campo in continua evoluzione e sfida, che richiede un costante dialogo tra giuristi e scienziati politici per garantire una comprensione completa e accurata della sua natura e delle sue implicazioni pratiche. Solo attraverso un approccio interdisciplinare e una visione

---

[53] L. FAVOREU, *La constitution et son juge*, *op. cit.*, p. 19-21.

[54] Ciò che distingue l'interpretazione originata dalla partecipazione di esperti, giuristi e non-giuristi, e della società, da un lato, da quella elaborata dal giudice costituzionale, dall'altro, è la stretta relazione che quest'ultima ha con la costituzione normativa. In altre parole, solo una corte può operare/ manipolare i possibili significati che la norma costituzionale ha e, giuridicamente, darle l'effetto vincolante nel senso che meglio serve al controllo di legittimità delle leggi e di altri atti normativi. Cfr. A. R. TAVARES, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 464-465.

integrata del diritto costituzionale è possibile coglierne appieno le complessità e le dinamiche in costante mutamento.

In definitiva, la transizione dalla costituzione politico-tradizionale a quella normativa rappresenta solo uno dei molti sviluppi che il diritto costituzionale ha subito nel corso della sua storia. Tuttavia, l'importanza della norma costituzionale come strumento di protezione dei diritti fondamentali e di garanzia della stabilità istituzionale è stata ribadita dalla sua evoluzione verso un modello normativo. E solo attraverso un approccio interdisciplinare e una costante attenzione alle sfide e alle opportunità che emergono sarà possibile mantenere viva la vitalità e la rilevanza del diritto costituzionale nella società moderna.

2. Interpretazione dinamica della Costituzione: oggetti e soggetti coinvolti

La Costituzione normativa è effettivamente uno strumento per giustificare la discrezionalità politica dei giudici o rappresenta un passo avanti nella tutela dei diritti fondamentali dei cittadini? Il diritto costituzionale è sempre più orientato all'interpretazione, il che ha portato a una maggiore libertà decisionale da parte dei giudici e a una pluralità di oggetti e soggetti dell'interpretazione. In questa sezione, ci concentreremo sulla dinamicità dello spazio interpretativo, cercando di comprendere i limiti della discrezionalità dei giudici nel passaggio dal concetto politico a quello normativo di costituzione.

A differenza della precedente definizione politica, l'idea di supremazia della norma costituzionale è stata a lungo considerata la chiave di lettura del costituzionalismo. Non solo i giuristi hanno rivestito un ruolo fondamentale nella comprensione del diritto costituzionale all'interno dei sistemi giuridici, ma anche i giudici, in particolare quelli costituzionali, hanno guadagnato un posto di rilievo nell'individuazione della portata del diritto positivo. Tuttavia, alla luce dei recenti fenomeni globali e internazionali, che hanno incentivato il dialogo tra diversi sistemi giuridici, l'idea della costituzione come fonte suprema e dei giudici costituzionali come custodi privilegiati di ogni sistema potrebbe risultare insufficiente per comprendere

appieno la portata della giustizia costituzionale. In questo contesto, tre argomenti sono utili per chiarire tale questione.

> In primo luogo, a volte, l'estensione della giurisdizione del giudice costituzionale non sembra trovare il dovuto sostegno nel diritto costituito – spicca l'ipotesi in cui un potere 'costituito' (cioè, l'esecutivo, il giudiziale e il legislativo) agisce quale potere 'costituente' (proponendo, per supposizione, che all'interno della costituzione stessa la separazione dei poteri avvenga in modo nuovo) o anche quale potere 'sovrano' (non solo ridefinendo il quadro della separazione dei poteri ma anche assorbendo in modo specifico le competenze degli altri poteri costituiti).[55]

In tal senso, si afferma talvolta che la separazione dei poteri può essere intaccata dall'iniziativa dei poteri politici, come quando un governo intende – sulla base della maggioranza qualificata nel Parlamento – trasformare il regime di Stato in modo illegittimo[56] (sia approvando una legge o un emendamento costituzionale)[57] oppure

---

[55] Mi attengo qui all'approccio teorico che distingue la sovranità dal potere costituente (Cfr. KALYVA, A., *Popular sovereignty, democracy, and the constituent power*, Constellations, 2005, p. 223-226; COLÓN-RÍOS, J., *Constituent power and the law*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 26; ROZNAI, Y., *The sovereign is he who holds constituent power?*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, XXIII, 2021, 3, pp. 247-260), secondo il quale il primo può creare un nuovo contenuto costituzionale liberamente e senza rispettare la separazione dei poteri. Il secondo, invece, pur essendo un elemento della sovranità, deve rispettare la separazione dei poteri. In altre parole, il potere costituente può avvenire all'interno di un ordine costituzionale esistente per inserire nuovi contenuti costituzionali, ma non può servire come istrumento per interferire con i poteri che sono ordinariamente affidati ai poteri esecutivo, giudiziario e legislativo organicamente installati. Qualsiasi riforma che faccia uso della forma di potere costituente non solo per ristrutturare l'organizzazione dello Stato ma anche per invadere le competenze ordinarie dei poteri costituiti, sarà, come minimo, una disposizione illegittima. Vale la pena affermare che se il potere costituente non può invadere l'esercizio del potere costituito, sarebbe vero anche il contrario; generalmente l'attuazione del potere costituente che avviene all'interno di un ordine costituzionale esistente spetta a una commissione speciale la cui funzione cerca di allontanarsi dalle funzioni ordinarie degli organi democratici stabili.

[56] Anche se ciò viene fatto per mezzo di un emendamento costituzionale, sarà possibile dichiararlo incostituzionale, in quanto viola aspetti fondamentali del sistema. ROZNAI, Y., Unconstitutional constitutional amendments – The limits of amendment powers, Oxford University Press, 2017. In questo senso, le costituzioni portano di solito la possibilità di *judicial review* rispetto alle emende costituzionali. Le corti (supreme o costituzionali) di Tunisia, Romania, Ucraina, Kirghizistan, Kosovo, Moldavia e Angola sono espressamente autorizzate a verificare se le modifiche costituzionali promulgate rispettano i limiti del potere di riforma della Costituzione, sia formale che materiale (ROZNAI, Y., *Unconstitutional constitutional… op. cit.*, p. 197-198). A loro volta, le corti di Germania, Brasile e Repubblica Ceca sono competenti nel controllare materialmente le modifiche costituzionali, anche senza un'espressa autorizzazione in tal senso (ROZNAI, Y., *Unconstitutional constitutional… op. cit.*, p. 203), mentre le Corti di Norvegia e Francia hanno declinato la competenza a controllare materialmente le modifiche costituzionali, nonostante le loro costituzioni prevedano clausole lapidarie che limitano la riforma costituzionale in relazione a determinati contenuti (ROZNAI, Y., *Unconstitutional constitutional… op. cit.*, p. 207-208).

[57] JACOBSOHN, G.; ROZNAI, Y., *Constitutional revolution*, Yale University Press, 2020, p. 75-101. Vale la pena illustrare il caso di governi populisti che acquisiscono la maggioranza qualificata nel Parlamento in modo da controllare il potere di emenda costituzionale per fare in modo che un regime liberale diventi non-liberale. A questo riguardo, cfr. il discorso del primo-ministro dell'Ungheria Viktor Orbán, il 30 luglio 2014, in cui chiarisce il suo intento di fare della Ungheria un Stato illiberale: https://2015-2019.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp. Accesso il 29 gennaio 2021.

quando il legislativo si rifiuta di rispettare i diritti fondamentali. In ogni modo, anche la possibilità che tale trasformazione provenga dai giudici è significativa e fattibile, in modo particolare se si prende come oggetto di analisi il giudice costituzionale. Dal momento che, in capo a esso, si appunta il compito di salvaguardare il sistema dagli eventuali eccessi (o carenze) di altri organi democratici egli può, con il pretesto di preservare l'identità della costituzione, espandere il suo potere al di là di quanto previsto dalle norme di processo costituzionale. In questo senso, sostiene Pegoraro che:

> L'accostamento diacronico allo studio della giustizia costituzionale interseca ineludibilmente quello sincronico. I sistemi di giustizia costituzionale evolvono, come evolvono gli ordinamenti complessivi: chi ieri rifiutava l'idea di un giudice delle leggi "terzo", indipendente, può giungere a prevederlo; chi ne accentuava una stretta derivazione politica può allentarla; chi optò per la giurisdizionalizzazione del controllo, può mitigarla a vantaggio di strumenti e forme discrezionali di esercizio; chi ne contemplava un esercizio ristretto, esercitato da pochi soggetti, può allargare il ventaglio dell'accesso. Di volta in volta, possono crescere o diminuire gli spazi interpretativi assegnati ai giudici o ad altri soggetti che, con modalità non giurisdizionali, sono incaricati di garantire la costituzione[58].

Perciò, la giustizia costituzionale deve essere studiata per quello che è ora e non per quello che è stato idealizzato: il diritto prescrittivo deve essere compreso assieme al descrittivo o empirico e a come - e da chi - si interpreta *de facto* la norma giuridica. Tuttavia, sorge un paradosso: per evitare che altri organi costituiti interferiscano nella separazione dei poteri o violino i diritti fondamentali, la corte (suprema o costituzionale) interferisce a sua volta in modo più o meno intenso. Di conseguenza, l'interpretazione della costituzione data dal giudice costituzionale tende a innovarsi progressivamente a ogni nuovo evento di questo tipo.

In secondo luogo, i confini dell'interpretazione costituzionale vengono estesi dalla pluralità sistemica: pertanto, la costituzione deve ormai fare i conti con la rilevanza giuridica di altri sistemi coesistenti[59] (costituzionalismo multilivello, subnazionale, transnazionale ecc.). Le intersezioni tra diversi sistemi operativi e le

---

[58] L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 2.

[59] Attualmente, questo modello non ha un potenziale sufficiente per catturare la rilevanza giuridica del diritto internazionale e del diritto comunitario come sistemi che coesistono con il sistema costituzionale. Non vi è un apice con una norma superiore esclusiva: al vertice vi sono diversi ordini superiori - ordine costituzionale, ordine internazionale e ordine comunitario – la cui articolazione offre difficoltà inequivocabili, specialmente quando uno qualsiasi di questi ordini sfida la supremazia normativa o, almeno, l'applicazione preferenziale delle sue norme e principi. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2000, p. 675.

tensioni che ne derivano portano l'interpretazione del testo costituzionale verso un confronto con altri testi altrettanto rilevanti[60]. Anche se dipendesse da un solo interprete per sintetizzare i testi interconnessi (ciò che non accade, come verrà commentato nell'argomento successivo), vi sarebbe senz'altro un cambiamento nel paradigma costituzionale classico, poiché gli elementi storici e culturali dei nuovi — e dei vecchi — testi condurrebbero lo stesso interprete a una ricomprensione del sistema costituzionale domestico e, in alcun modo, del proprio interprete in sé.[61]

In terzo luogo, la crescente co-interpretazione della costituzione porta a risultati interpretativi sempre più sorprendenti: questo fenomeno è direttamente legato alla progressiva pluralità del foro di discussione sul sistema costituzionale. In altri termini, anche se il giudice costituzionale ha il dovere di aver l'ultima parola sulla norma

---

[60] Per l'assenza di gerarchia tra diversi sistemi nessuna soluzione chiara è possibile. La situazione si complica ancora di più, e con maggiori tensioni, quando una delle molteplici sfere costituzionali si afferma sull'altra, richiedendo il compimento delle sue esigenze (come la primazia del diritto dell'Unione Europea), mentre il più delle volte si richiede il contrario, quando il secondo sistema è pronto ad avanzare pretese sul primo. In ogni caso, bisogna tener presente che i sistemi coinvolti hanno normalmente elementi di armonia tra loro. Nel loro insieme, non è raro che i sistemi prevedano le due funzioni tipiche del costituzionalismo liberale, cioè la limitazione del potere pubblico e la tutela dei diritti fondamentali. Questo in qualche modo porta i diversi sistemi a un possibile coordinamento, e sempre in conformità con l'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. ("Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione"). TUSSEAU, G. (ed.), *Debating legal pluralism and constitutionalism: new trajectories for legal*, Springer, 2020, p. 7.

[61] Nonostante lo sforzo dell'interprete di ricostruire la sua comprensione del diritto alla luce delle nuove normatizzazioni (internazionali, sovranazionali, subnazionali e transnazionali ecc.) con cui entra in contatto, bisogna notare che tutte queste realtà saranno comprese sulla base dell'autocoscienza storica (un pregiudizio linguistico, culturale, politico, sociale che compone un orizzonte di riferimento) dell'interprete. L'interpretazione è un risultato del tutto nuovo, in quanto «en vérité ce n'est pas l'histoire qui nous appartient, c'est nous au contraire qui lui appartenons». GADAMER, Has-Georg, *Vérité et méthode*, 4e éd., trad. Par Pierre Fruchon, Jean Grondin et Gilbert Merlio, Paris, Le Seuil, 2006, 1986, p. 298. In questo senso, il seguente passaggio di Gadamer è degno di nota «Quand notre conscience historique se transporte dans des horizons historiques, cela ne signifie pas qu'elle s'évade dans des mondes étrangers sans rapport avec le nôtre. Au contraire, tous ensemble, ces mondes forment l'unique et vaste horizon, de lui-même mobile, qui, au-delà des frontières de ce qui est présent, embrasse la profondeur historique de la conscience que nous avons de nous-mêmes. C'est donc en réalité un seul horizon qui englobe tout ce que la conscience historique contient». GADAMER, H.-G., *op. cit.*, p. 325-326.

suprema, ciò non lo rende l'unico polo di riconoscimento della volontà costituzionale[62]. Piuttosto, la condizione di custode che egli assume è conciliabile con il fatto che altri organi rilevanti, interni (w, giudice comune, enti territoriali ecc.) o esterni (corti sovranazionali e internazionali e altri organi che completano il diritto interno per mezzo di trattati o convegni internazionali) concorrono all'esito della comprensione e osservanza della costituzione[63].

Questo scenario dà elasticità alle corti (supreme o costituzionali) a tal punto che implica un cambiamento definitivo e permanente delle loro giurisdizioni. A proposito, questa ricerca è interessata a esplorare come una corte (suprema o costituzionale) ridefinisca il suo potere istituzionale tramite la sua interazione con le altre istituzioni democratiche. Sebbene non si ignori l'influenza che i fattori interni al collegio dei giudici costituzionali (come il numero e le modalità di ingresso dei suoi membri e anche l'ideologia personale di ogni giudice) producono sulle decisioni istituzionali, l'enfasi della ricerca risiede nei fattori che sono organicamente esterni a esso. Ovvero, in ordine a una possibile influenza reciproca, si intende che i sistemi costituzionali domestici sono riletti nei loro aspetti fondamentali e, soprattutto, nella separazione dei poteri. Anche se tale fenomeno espansivo e inter-organico non è stato concepito a partire dal concetto standard di costituzione è probabile che, in termini descrittivi, si riposizioni il quadro

---

[62] Per quanto riguarda la questione della dinamica comunicativa di chi ha la prima parola e di che ha l'ultima, Diletta Tega affronta l'idea di Anne-Marie Slaughter e Maria Rosaria Ferrarese (Cfr. SLAUGHTER, A. M., A., *A global community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 1, 2003, pp. 191 ss.) secondo cui la differenza tra corti nazionali e corti sovranazionali è sempre più sfumata, dunque la valenza de-gerarchizzante del dialogo intergiudiziario viene meno. «In questo contesto avere l'ultima parola può significare qualcosa di molto diverso dal significato che tradizionalmente ha avuto nel contesto nazionale: qui, l'esistenza di soggetti istituzionali legittimati a pronunciare l'ultima parola, tipicamente rivolti a stabilire temporanee chiusure del senso della comunicazione, serviva a garantire una corretta semantica del diritto; nel dialogo costituzionale intergiudiziario, invece, chi pronuncia l'ultima parola si trova in una situazione simile a quella di chi partecipa a un dialogo o a una conversazione, in cui l'ultima parola è tale non nel senso di suggellare una situazione definita, ma solo nel senso di fungere da anello terminale di una catena di parlanti che però è incompiuta ed è destinata ad allungarsi ancora». TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, p. 252.

[63] Tushnet, in riferimento al diritto statunitense, sostiene che un sistema che limita il suo significato unicamente dall'interpretazione prodotta dal giudice costituzionale incoraggia un comportamento irresponsabile (*anticipatory disobedience*) nella conformazione della costituzione da parte dei legislatori. Secondo l'autore, i legislatori, in un modello di supremazia giudiziaria [in senso forte], consapevoli che l'onere di valutare la validità dei loro atti ricadrà necessariamente sulla Corte suprema, sono incoraggiati a emanare leggi palesemente incostituzionali come strategia politica. TUSHNET, M., *Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 101. Nell'ottica di Tushnet, si può notare che alcuni discorsi eccessivi e ingiustificati della giustizia costituzionale possono ormai incorrere in reazioni altrettanto eccessive e ingiustificate da parte di altri organi che ricevono la fiducia del sistema per manifestare i loro interessi istituzionali circa la costituzione.

delle competenze statali secondo una disputa su chi sia l'interprete predominante nel sistema e quale senso normativo debba governarlo.

In conclusione, l'interpretazione dinamica della Costituzione coinvolge una pluralità di oggetti e soggetti, e richiede un costante dialogo tra giuristi e scienziati politici per garantire una comprensione accurata della sua natura e delle sue implicazioni pratiche. È dunque importante considerare come l'evoluzione del diritto costituzionale e l'importanza crescente dei fenomeni globali e internazionali rendano ancora più cruciale l'approccio interdisciplinare nella sua interpretazione e applicazione.

3. Ridefinizione dei termini del costituzionalismo: una panoramica attuale

Il costituzionalismo è un concetto centrale del diritto pubblico, ma il suo significato e la sua portata possono variare notevolmente a seconda del contesto in cui viene utilizzato. In particolare, nell'attuale panorama del diritto costituzionale, ci sono diverse interpretazioni del concetto di costituzionalismo, e ciò può portare a confusione e incertezza. Per questo motivo, in questa sezione, si cercherà di ridefinire il termine, distinguendo tra costituzionalismo normativo e costituzionalismo diplomatico, in modo da avere una comprensione più chiara dello scenario attuale del diritto costituzionale.

Nel contesto attuale del diritto costituzionale, caratterizzato dalla presenza di molteplici istanze democratiche (tra cui il giudice costituzionale, il giudice sovranazionale, il giudice ordinario e il legislatore) che contribuiscono alla definizione normativa di un contesto sociale, non si può parlare né di una prospettiva puramente politica, né di una visione strettamente normativa. Infatti, il sistema costituzionale non può essere più riassunto in una struttura gerarchica di interpretazione guidata da un unico asse (il tribunale costituzionale). Al contrario, si sta verificando una frammentazione interconnessa del costituzionalismo o un pluralismo giuridico, in cui due o più sistemi normativi coesistono nello stesso spazio e tempo, imponendosi con indipendenza e autonomia tra loro, spesso senza essere legittimati dagli assiomi tradizionali delle leggi approvate dal Parlamento[64].

[64] P. POPELIER, *Le droit constitutionnel en contexte*, in *Revenue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/1 (v. 70), p. 149-156.

Di conseguenza, non esiste una relazione verticale tra i suddetti sistemi normativi, poiché la loro intrinseca operatività non emerge da un unico concetto di fonte, né da un unico metodo o disciplina[65]. Questa diversità di discorsi giuridici diversi genera la definizione di "etero-gerarchia", che può diventare un nuovo paradigma teorico per il diritto costituzionale[66].

Ciononostante, vi è una chiara distinzione tra pluralità e pluralismo che non va ignorata in questo studio: infatti, non ogni pluralità giuridica è necessariamente associata a una dimensione di pluralismo giuridico, in quanto:

> Il pluralismo giuridico implica un impegno per il riconoscimento e la sistemazione comune delle varie parti, nonostante la loro diversità. Questo è il fattore cruciale che distingue il pluralismo dalla pluralità: la pluralità rimane mera pluralità quando i diversi siti di autorità sono concepiti come separati, frammentati in regimi autoconclusivi e autoreferenziali. Invece, la pluralità si trasforma in pluralismo se le diverse espressioni del potere pubblico sono considerate legate tra loro e gli attori di questa pluralità sono consapevoli che la loro stessa esistenza dipende dalle loro relazioni reciproche[67].

A tal riguardo, il fenomeno così definito "pluralismo giuridico" porta a una nuova attività ermeneutica per trovare soluzioni pratiche sia dentro che fuori il diritto positivo, attraverso la legislazione, la giurisprudenza sovranazionale o straniera[68] e altri

---

[65] T. GROPPI, *Oltre le gerarchie…*, p. 61.

[66] G. TEUBNER, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, in *Cardozo Law Review*, 1992, pp. 1443-62, at p. 14; B. DUPRET, *Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices: theories, Critiques, and Praxiological Re-specification*. European Journal of Legal Studies, 2007, 1 (1), pp.1-26; M. NEVES, *(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões*, in *Lua Nova*, São Paulo, 93: 201-232, 2014, p. 212; G. TUSSEAU (ed.), *Debating legal pluralism and constitutionalism…, op. cit.*, p. 7.

[67] L. PALANDRI, *Theoretical reflections on legal pluralism and global constitutionalism: their possible reconciliation in an alternative model of plural constitutionalism*, in *Acta juridica hungarica* 54, n. 1, pp. 58-72, 2013, p. 63.

[68] Benché il tema dell'applicazione del diritto straniero non sia l'oggetto di questa ricerca, va notato che in un mondo globalizzato e interconnesso, appare sempre più probabile che un tribunale faccia uso di una giurisprudenza di un altro Paese, il che rappresenta un'opportunità di ragionamento dialogico tra sistemi normativi. Ma tale applicazione può accadere in modo implicito, ovvero quando il precedente straniero non è menzionato nella motivazione del giudizio. Da questo punto in poi, l'interdipendenza dei sistemi normativi può diventare opaca e illustrare un basso ragionamento dialettico tra giudice trasmettitore e giudice ricevitore del precedente. Così, valutare questo tipo di influenza implicita incontra difficoltà ancora maggiori rispetto al misurare il riferimento esplicito alla giurisdizione straniera, oltre a richiedere anche un'indagine extragiudiziale. T. GROPPI and M.-C. PONTHOREAU, *Introduction. The Methodology Of The Research: How To Assess The Reality of Transjudicial Communication?*, *in* T. GROPPI – M.-C. PONTHOREAU (eds.), *The Use Of Foreign Precedents By Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2013, p. 7.

canali che possono essere emanati dalla società civile.[69] Come risultato, il costituzionalismo tradizionale e il pluralismo giuridico sembrano offrire punti di vista o strategie in contrapposizione per affrontare le sfide dell'era contemporanea.

In ogni caso, ci sono autori che propongono una riflessione intermedia o di riconciliazione tra le due prospettive, proiettandosi così verso un costituzionalismo pluralista. Ciò consiste, da un lato, nel riconoscere la costituzione come criterio base di autocomprensione dell'ordine giuridico statale, non dovendo essere posta al margine dagli interpreti applicatori del sistema - soprattutto dal giudice costituzionale[70].

D'altra parte consiste anche nel riconoscere che, sebbene la costituzione condizioni normativamente i suoi interpreti, essa è permanentemente ricostruita nel significato dagli stessi interpreti, nella misura in cui si "intreccia" con altre sfere o livelli giuridici che non sempre mantengono una relazione gerarchica tra loro (rispetto ai sistemi sovranazionali)[71] oppure, anche se esiste una gerarchia o quando il livello giuridico non deriva da un'istituzione statale, può promuovere risultati normativi d'avanguardia: il significato della costituzione che viene ricostruito da un livello

[69] G. TUSSEAU (ed.), *Debating legal pluralism and constitutionalism…, op. cit.*, p. 10.

[70] M. NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Pontes, 2009, p. 295-298.

[71] M. NEVES, *Transconstitucionalismo...op. cit.*, p. 295-298.

normativo "inferiore" (sistema subnazionale o giustizia comune)[72] da un livello politico[73] o ancora da un livello normativo "non statale" (sistema etnico-indigeno).[74]

La ricerca pluralista deve quindi servire come punto di partenza per riconoscere che la costituzione è oggi immersa in — e forse emersa da — una rete di sistemi giuridici interdipendenti che devono rispettare ogni singolo *locus* costituzionale — nazionale, sovranazionale, internazionale, subnazionale, transcostituzionale, ecc. Ogni soggetto è coinvolto nel compito di interpretare in particolar modo in riferimento al giudice costituzionale, al giudice sovranazionale, al giudice ordinario e al legislatore.

Il costituzionalismo pluralistico impone, infatti, il superamento del costituzionalismo normativo piramidale ed è assolutamente dipendente della

---

[72] Anche guardando all'interno di un sistema nazionale, è possibile osservare prove di pluralismo: anche se a prima vista il sistema costituzionale si pone come gerarchicamente superiore ai sistemi giudiziari ordinari, come quello penale, amministrativo e civile, le norme che provengono da questi ultimi possono presentare argomenti che portano il sistema costituzionale a ripensare il suo ruolo: i giudici ordinari, per esempio, possono dimostrare che dal caso concreto la norma che dovrebbe prevalere non è necessariamente quella presente nei precedenti del giudice costituzionale, ma una nuova, derivata dall'interpretazione del giudice ordinario stesso, portando il giudice costituzionale ad attenersi ad essa. In questa occasione, non si tratta di ignorare la gerarchia disegnata dal costituzionalismo tradizionale, ma di ripensarla dal punto di vista dell'argomento più pertinente alle peculiarità della situazione giuridica in esame.

[73] Inoltre, in uno stesso sistema nazionale, la norma prodotta dal giudice costituzionale può essere diversa dalla norma politica fatta dal legislatore e, sebbene si ritenga che giuridicamente sia la corte a detenere la prerogativa dell'ultima parola sull'interpretazione della legge, in pratica, questa prerogativa può cedere il passo all'autolimitazione delle corti, per esempio, se la decisione parlamentare si rivela essere protettiva dei diritti e non dannosa per il sistema o per un'attività di cooperazione interistituzionale. In questi termini, anche all'interno di un sistema nazionale, l'etero-gerarchia può verificarsi in senso materiale, portando il giudice costituzionale a non trovarsi come titolare della verità su ciò che è il diritto costituzionale.

[74] A questo proposito, anche se questo tema non è trattato direttamente nel corpo di questa tesi, vale la pena leggere la tensione tra il sistema costituzionale e i sistemi indigeni non statali che esistono nel territorio brasiliano, M. NEVES, *(Não) solucionando problemas constitucionais...*, op. cit., p. 225: «Há, então, um entrelaçamentos pluridimensional em torno de direitos humanos. A respeito, é relevante a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, cujo art. 8º, nº 2, prescreve: 'Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos [...].' Esse preceito torna mais complicada a colisão das ordens locais nativas com a ordem dos direitos fundamentais estatais e dos direitos humanos internacionais. Uma interpretação literal desse dispositivo, em nome da proteção absoluta da vida dos recém-nascidos, levaria tendencialmente a um etnocídio contra as respectivas comunidades indígenas. Parece- -me que os argumentos apresentados no item anterior não perdem o seu significado em virtude dessa referência ao direito internacional. Nesses casos, cabe não apenas uma releitura complexamente adequada tanto das normas estatais de direitos fundamentais quanto das normas internacionais de direitos humanos. Um universalismo superficial dos direitos humanos, baseado linearmente em uma certa concepção ocidental ontológica de tais direitos, é incompatível com um 'diálogo' transconstitucional com ordens nativas que não correspondem a esse modelo. Ao contrário, a negação de uma comunicação transversal com ordens indígenas em torno dessas questões delicadas é contrária aos próprios direitos humanos, pois implicaria uma 'ultracriminalização' de toda a comunidade de autores e coautores dos respectivos atos, afetando-lhes indiscriminadamente corpo e mente mediante uma ingerência destrutiva».

interpretazione del giudice costituzionale su cosa sia la costituzione quale prodotto dal costituente sovrano. Sebbene il giudice costituzionale continui a rivestire il ruolo centrale di custode del sistema costituito gli spetta capire che, nelle condizioni attuali della società mondiale, di una tendenza alla decolonizzazione e di una maggiore attenzione alle realtà locali o culturali, il giudice stesso dovrebbe capire che, di fatto, il suo ruolo consiste nell'essere in costante ricerca di legittimazione, anche se da dottrine meno tradizionali, oltre a quelle basate puramente sulle teorie di Marshall e Kelsen. Occorre concepire una trasformazione del costituzionalismo che vada oltre il costituzionalismo tradizionale. A questo punto:

> Lo Stato non è più l'unico luogo privilegiato di soluzione dei problemi costituzionali. Anche se fondamentale e indispensabile, è solo uno dei vari luoghi di cooperazione e competizione nella ricerca del trattamento di questi problemi. La crescente integrazione sistemica della società mondiale ha portato alla deterritorializzazione dei casi-problemi giuridico-costituzionali, che si sono, per così dire, emancipati dallo Stato. Questa situazione non deve però portare a nuove illusioni nella ricerca di 'livelli inviolabili' definitivi: internazionalismo come *ultima ratio*, secondo una nuova gerarchia assoluta; sovranazionalismo come panacea giuridica; transnazionalismo come frammentazione che ci libera dalle catene dello Stato; localismo come espressione di un'etica definitivamente inviolabile[75].

Contro le tendenze verso nuove gerarchie o nuovi stereotipi per dissolvere i vecchi cliché del costituzionalismo normativo, è necessario proporre che i diversi sistemi giuridici coinvolti nella soluzione di un problema costituzionale rilevante — cioè i diritti fondamentali o umani e l'organizzazione legittima del potere — debbano trovare nuove forme trasversali di articolazione per risolvere il problema. Ognuno di questi sistemi deve osservare l'altro per capire i propri limiti e le proprie possibilità di contribuire alla soluzione.[76]

Assieme alle peculiarità culturali locali, il giudice costituzionale deve salvaguardare il sistema essendo un lettore attento del contesto politico e non distaccandosi dalla realtà sociale, in modo da vedere ciò che la sua giurisprudenza non ha potuto vedere finora ma che, ormai, viene messa in pratica da una prospettiva diversa:[77] «il punto cieco di un osservatore è visibile a un altro osservatore».[78]

---

[75] M. NEVES, *Transconstitucionalismo...op. cit.*, p. 297.

[76] M. NEVES, *Transconstitucionalismo...op. cit.*, p. 297.

[77] P. POPELIER, *op. cit.*, p. 149-156.

[78] M. NEVES, *Transconstitucionalismo...op. cit.*, p. 298.

4. Il ruolo del giudice costituzionale in un sistema di interpretazioni normative concorrenti

Il compito del giudice costituzionale in un sistema di interpretazioni normative concorrenti è un tema di grande importanza all'interno del diritto costituzionale contemporaneo. In un contesto di pluralismo giuridico, in cui coesistono più sistemi normativi nello stesso spazio e nel medesimo tempo, il giudice costituzionale si trova ad affrontare sfide sempre più complesse e delicate. In questa sezione, verrà analizzato il ruolo del giudice costituzionale in un sistema di interpretazioni normative concorrenti, esplorando le sue implicazioni teoriche e pratiche in merito a questo tema controverso.

La questione della "giudiziarizzazione" è sempre più presente nella giurisdizione costituzionale e va oltre la comune opinione — soprattutto in Brasile[79] — che la supremazia del giudice si estenda solo in caso di inerzia o inadeguatezza del legislatore o di altre istituzioni simili. Anzi, dal punto di vista della "concorrenza" inter-organica, l'espansione della giurisdizione può anche essere causata dal comportamento attivo di un altro organismo, che può portare a una rilegittimazione della corte. In altre parole, i fattori che spingono all'espansione della giustizia costituzionale non devono necessariamente provenire da un organo omesso, ma possono altresì provenire da un organo che collabora con la corte, entra in conflitto con i precedenti del giudice

[79] Una parte della dottrina brasiliana, d'altra parte, considera già la vacuità legislativa come un sofisma, cioè una falsa premessa a sostegno della relazione tra la Corte suprema e il legislatore. In questo senso, l'espansione dell'implementazione della Corte suprema brasiliana non sarebbe basata sul posto vacante lasciato dal Congresso nazionale. Di fatto, la legislatura brasiliana è piuttosto produttiva e, in generale, le decisioni su cui la Corte si manifesta riguardano questioni già trattate dal Parlamento. T. POGREBINSCHI, *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*, Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 2012; v. R. B. ARANTES, *Judiciário: entre a Justiça e a Política*, in L. AVELAR; A. O. CINTRA (org.), *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*, 3 ed., Rio de Janeiro; São Paulo: F Konrad Adenauer; Editora UNESP, 2015, p. 45 ss.

costituzionale, oppone resistenza ad essi o è in grado di indurre la corte a rivedere la sua posizione su una questione particolare[80].

Se questa linea di condotta è vera, sarà anche vero sostenere che i poteri del giudice costituzionale sono più dei poteri formali che le sono costituzionalmente attribuiti. Magari i poteri formali *do not tell the whole story*[81] [non raccontano tutta la storia]. Una corte è, in termini di misura e spiegazione, un prodotto non solo della dogmatica ma anche dell'ambiente in cui è inserita.

Il tribunale costituzionale viene dunque inteso come un attore istituzionale rispetto ai risultati costituzionali e politici, in costante interazione con altri attori istituzionali rilevanti. Sebbene una tale concezione giurisdizionale sia più disordinata e difficile da quantificare, si vedrà in seguito che approcci teorici di questo tipo sono in grado di fornire una definizione forse più completa e realistica della giustizia costituzionale, a differenza delle alternative unidimensionali comunemente usate, che si limitano alla prefigurazione di un tribunale da parte di un ordine politico, sia nazionale sia internazionale.[82]

La mobilità dei giudici costituzionali si basa su tre grandi categorie di variabili: regole e poteri formali, pratica giurisdizionale e contesto politico[83]. Queste aree interagiscono per plasmare i poteri istituzionali del giudice costituzionale, inclusa la

---

[80] A titolo di curiosità, bisogna tener conto di come Tania Groppi si riferisce alla sua esperienza personale come assistente di studio (1993-2001) della Corte costituzionale italiana. In quella epoca, l'attuale professoressa dell'Università di Siena ci testimonia che la corte italiana si mostrava senz'altro interessata a non prendere posizioni rispetto a questioni costituzionali che, secondo i suoi giudici, potevano essere decise dai giudici comuni. Dunque, le domande che all'epoca la corte si faceva in questi casi erano «Come ne usciamo? Ovvero, come ne usciamo senza decidere? Come ne usciamo senza esporci, senza prendere posizione?» La risposta è stata, per molti casi, la "delega" ai giudici comuni di una parte sempre più significativa del controllo di costituzionalità (una competenza che, come riprenderò più avanti, doveva a priori appartenere in Italia solo alla Corte costituzionale). Ciò che importava al giudice costituzionale in quel momento era, soprattutto, di mantenersi fuori dal pericolo di esposizione, rimanendo auto-contenuto in sé fino a quando non ci fosse stata una ragione sufficiente per agire in un modo più attivista. Tuttavia, ella racconta che oggi la situazione è invertita; la corte italiana si interroga su «Come ci entriamo?», in quanto è più disposta a risolvere questioni complesse, trattate da altri organi e che fino a poco tempo fa non erano trattate dalla giustizia costituzionale. T. GROPPI, *Il ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia (a trent'anni dalla fondazione del Gruppo di Pisa)*, in G. GONZALES MANTILLA (coord.), *Cultura constitucional y derecho vivente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, Tomo I, Tribunal Constitucional del Perù, 2021, p. 81.-82.

[81] GARDBAUM, S., *What Makes for More or Less Powerful Constitutional Courts?*, 29, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1-40, 2018, p. 1. Available at: https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol29/iss1/1. Accesso il 03 dicembre 2021.

[82] GARDBAUM, S., *What Makes for More or Less Powerful...*, *op. cit.*, p. 39-40.

[83] GARDBAUM, S., *What Makes for More or Less Powerful...*, *op. cit.*, p. 4.

natura, la portata e il contenuto della costituzione che viene applicata per risolvere le controversie costituzionali. In sostanza, la presenza di una corte o consiglio supremo o costituzionale può essere più intensa in un caso in cui altre istituzioni non cooperino nella protezione dei diritti o siano lente nell'adattare le loro funzioni alle nuove aspettative della società. I fattori che determinano l'autonomia e i poteri del giudice costituzionale includono la scelta del disegno costituzionale, la cultura giuridica e il contesto politico più ampio[84].

Tuttavia, ciò non significa che le azioni del tribunale costituzionale siano illimitate. In un mondo interconnesso emergono nuove dinamiche di *checks and balances* per tenere sotto controllo qualsiasi organo che esageri nell'esercizio del suo potere, compresa la corte stessa. Nessun soggetto dialogico può pretendere di essere un organo assoluto, e a livello di democrazia dialogica gli altri organi risponderanno e tenderanno a conformarsi a qualsiasi abuso di potere rivelato. In questo contesto, il controllo del potere potrebbe essere descritto come neo-madisoniano[85], alla luce di una rilettura di *The Federalist* n° 51 di Madison, in quanto il potere si organizza in una nuova dinamica in risposta alle cause dei fenomeni empirici.

---

[84] A questo riguardo, «Despite the fact that the U.S. Supreme Court (most likely) lacks the power to review the substantive constitutionality of amendments, the near-sacred character in which the Constitution is held further adds to the difficulty, and helps to explain the infrequency, of formal constitutional amendment such that in practice this does not significantly affect its overall power. Moreover, as the widely perceived primary or distinctive "guardian" of the near-sacred Constitution, the Supreme Court gains added cultural prestige and legitimacy relative to the other institutions of government». GARDBAUM, S., *What Makes for More or Less Powerful...*, *op. cit.*, p. 23-24.

[85] Il dibattito sui poteri assoluti di un singolo organo di Stato è stato intenso nel contesto della regolamentazione della pandemia di Covid 19. Secondo un filone della dottrina costituzionale, la nuova crisi del Coronavirus sarebbe caratterizzata da una forma di *governance* shmittiana o post-madisoniana, guidata soprattutto dall'esecutivo, poiché si ritiene che lo schema ideato da Madison in The Federalist No. 51, in cui i vari organi statali sono incentivati a controllarsi a vicenda, non funzioni più in circostanze estreme. V. K. ROTH, *How authoritarians are exploiting the COVID-19-19 crisis to grab power*, N. Y. Rev. Books (Mar. 31, 2020). Thomas Jefferson, Letter from Thomas Jefferson to John B. Colvin (20 September 1810) in 11 THE WORKS OF THOMAS JEFFERSON 146 (The Knickerbocker Press ed. 1905) ("The laws of necessity, of self-preservation, of saving our country when in danger, are of higher obligation. To lose our country by a scrupulous adherence to written law, would be to lose the law itself, with life, liberty, property and all those who are enjoying them with us; thus, absurdly sacrificing the end to the means"). E. A. Posner – A. VERMEULE, *The executive unbound: after the Madisonian Republic*, 2011; E. A. Posner – A. Vermeule, *Terror in the Balance,* 2007. Tuttavia, ci sono anche voci che contraddicono questa visione e vogliono trattare l'emergenza pandemica come un fenomeno che permette controlli ed equilibri tra i poteri, forse in un approccio più flessibile del concetto classico di *checks and balances* di cui parla Madison, ovvero più adattato alla situazione sanitaria estrema e non secondo lo schema praticato in tempi di normalità. T. GINSBURG – M. VERSTEEG, *The bound executive: emergency powers during the pandemic*, July 26, 2020, disponibile su: https://ssrn.com/abstract=3608974, accesso il 22 marzo 2022.

In questo senso, quello che ci interessa è, giustamente, il modo in cui il giudice costituzionale si muove di fronte ai nuovi margini decisionali e ai nuovi limiti *de facto* derivanti dalla materialità delle relazioni di potere a livello nazionale, sovranazionale o internazionale[86].

In conclusione, il ruolo del giudice costituzionale in un sistema di interpretazioni normative concorrenti è un tema di grande importanza e complessità. Come abbiamo visto, l'autonomia e i poteri del giudice costituzionale sono influenzati da una serie di fattori oltre la *statute law*. Tuttavia, è importante notare che il giudice costituzionale non agisce in un vuoto normativo o istituzionale, ma fa parte di un sistema interconnesso di organi che devono lavorare insieme per garantire un'adeguata protezione dei diritti costituzionali. Inoltre, la giudiziarizzazione non deve essere vista come una minaccia per la democrazia, ma come un modo per garantire la tutela dei diritti fondamentali in un mondo in cui le aspettative sociali cambiano rapidamente.

5. Costituzione, interculturalità e globalizzazione

In un mondo sempre più incentrato sulla diversità, sull'argomento della globalizzazione e sulla crescente frammentazione delle politiche nazionali, l'idea di una "costituzione pluralista", cioè di una narrazione della parola costituzione che postula l'esistenza di una molteplicità di valori fondamentali per la tutela dei diritti, non si riferisce solo agli elementi intrinseci a uno Stato sovrano (governo, territorio e popolo). La «*souveraineté*», *qui est une puissance de droit engendrant l'unité du corps politique*[87]» [sovranità, che è un potere di diritto che genera l'unità del corpo politico], ormai non è affatto autosufficiente per determinare il fenomeno di cosa sia la norma

---

[86] M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, p. 5.

[87] D. BARANGER, *Chapitre II - La souveraineté et l'État*, in D. BARANGER éd., *Le droit constitutionnel*. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, Que sais-je?, 2017, p. 34-51, disponibile su: https://www.cairn.info/--9782130789277-page-34.htm, accesso il 16/05/2022: secondo questa visione, la sovranità non ha attualmente un potere assoluto perché il popolo sovrano ha esaurito questo potere massimo con la creazione di una costituzione. Se il popolo non torna in scena per adottare una nuova costituzione, ciò che rimane come autorità costituente sovrana è la costituzione, ossia un oggetto creato che è sovrano quanto il soggetto creatore. In questo senso, esiste un'identità tra l'autorità della costituzione e l'autorità del sovrano.

giuridica suprema: sulla base del pluralismo giuridico, la parola costituzione va gradualmente oltre lo Stato stesso, grazie ad almeno due argomenti.

In primo luogo, l'esistenza di una visione macro-sistemica, che fa riferimento ad aspetti regionali o globali in termini di possibili rischi per il diritto e la legittimazione del potere[88]. Va notato, tuttavia, che qualsiasi percorso internazionale o transnazionale deve essere bilanciato con gli aspetti interni di ciascun Paese, poiché le risposte giuridiche non possono mai essere assolutamente universalistiche[89].

In secondo luogo, troviamo visioni meso e micro-sistemiche, in cui il pluralismo permea il sistema nazionale ed esamina i suoi dettagli più specifici — ancora invisibili agli occhi della sovranità — per includere la cultura locale, l'influenza di aspetti come la scolarizzazione, la famiglia, la religione e le specificità sociologiche ed etniche[90]. Le variazioni intra-culturali, generalmente studiate al di fuori delle scienze giuridiche, valutano che la caratterizzazione di una cultura nazionale dovrebbe essere un genere in cui le variazioni culturali sono sempre più suddivise, cioè più specifiche o individualizzate, in base all'esperienza degli individui che compongono il concetto di cittadinanza. Inoltre, non bisogna dimenticare che anche gli immigrati vanno presi in considerazione nel diritto costituzionale, soprattutto quando fanno parte della vita nazionale quotidiana[91].

---

[88] Per quanto riguarda le nuove dimensioni del fenomeno macroterritoriale della costituzionalizzazione materiale dei poteri e dei diritti, cfr. P. LOGROSCINO, *Spazi macroterritoriali e coesione*. *Premesse di comparazione costituzionale*, Pensa, Lecce-Cavallino, 2007.

[89] È interessante vedere come i Paesi africani interessati a sviluppare la tutela dei diritti vedono il confronto tra le norme occidentali standard in materia di diritti umani e la cultura o le tradizioni sociali prevalenti nel loro contesto locale. Si tratta ovviamente di un processo interattivo in cui si possono osservare movimenti di persuasione e di dialogo, forse seguendo un sistema *cross-fertilization*: una fertilizzazione reciproca tra i due canti: il globale e il glocale. In questo senso, «The universalization of human rights, however, has not precluded attempts to temper the modern content of "universal" rights with the specific cultural experiences of various societies. In the case of Africa, this desire has led to calls for a regime of human rights founded on the basic universal human rights standards but also enriched by the African cultural experience. The challenge, therefore, is how to achieve this balance of values: how to uphold national human rights standards while resolving the apparent conflict between them and the dominant cultural traditions of the constituent communities within the state». B. IBHAWOH, *Between culture and constitution: evaluating the cultural legitimacy of Human Rights in the African State*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 22, n. 3, august 2000, pp. 838-860, p. 839. V. anche, sull'idea di identità costituzionale nazionale di fronte alla regionalizzazione degli standard giuridici in Europa, F. BALAGUER CALLEJÓN, *A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu*, in *UNIO - EU Law Journal*, vol. 3, n. 1, janeiro 2017, p. 11.

[90] C. M. MARTINS NOGUEIRA – M. A. NOGUEIRA, *A sociologia da educação de Pierre Bourdieu: limites e contribuições*, in *Educação & Sociedade*, ano XXIII, n. 78, Abril/2022, p. 18-27.

[91] R. W. SHRAUF, *Intracultural variation in cross-cultural gerontology*, in *Journal of cross-cultural gerentology*, 24, 2009, p. 115-120.

Tra l'altro, le categorie giuridiche applicano spesso distinzioni rigide tra cittadini e stranieri o tra gli stranieri stessi, al fine di creare una comunità immaginaria all'interno della quale certi stranieri sono ignorati. Che si tratti di immigrati clandestini, di profughi fuggiti da guerre civili ancora in attesa di rifugio, o di persone razzialmente o etnicamente diverse dallo stereotipo normalizzato come specchio della società nazionale. Questi stranieri emarginati risuonano talvolta nel costituzionalismo puramente normativo come persone invisibili a vari fini, sia perché sono al di fuori della protezione dei diritti fondamentali, sia perché le loro pratiche non sono considerate come *standard* culturali. La cultura che descrive l'esistente e le interazioni interpersonali merita di essere considerata un vero pluralismo perché è obbligata a prendere sul serio l'intero contesto di ciò che è realtà, vale a dire ciò che è in contrasto con l'immaginario o la finzione su cui il diritto a volte si limita a fare affidamento. Ai fini dell'interpretazione costituzionale, la comunità culturale dovrebbe quindi includere persone e gruppi che partecipano effettivamente alle esperienze locali e che, nel loro insieme, influenzano il modo di vivere della società[92]. Infatti, così come una visione puramente prescrittiva del diritto non è sufficiente a illustrare l'intera realtà costituzionale in uno spazio geografico, nemmeno tale visione può da sola risolvere i conflitti tra testo e contesto, ad esempio i conflitti tra tradizioni culturali e standard sui diritti umani[93].

Quindi, dato che possiede un concetto polisemico, la comunità nazionale rischia di rimanere una *fiction juridique*[94], invece di apparire come parte di una ricerca della realtà. Nel tentativo di trovare una soluzione più soddisfacente a tale situazione,

---

[92] Per una riflessione sul discorso dei giudici costituzionali sugli stranieri, consultare l'argomento della tesi di dottorato a Sciences Po di L. Imbert, supervisionata da S. SLAMA e G. TUSSEAU, tramite il testo *Les étrangers imaginés par le droit constitutionnel*, 16 novembre 2020, disponibile su https://www.sciencespo.fr/research/cogito/home/les-etrangers-imagines-par-le-droit-constitutionnel. Accesso il 26 maggio 2022.

[93] B. IBHAWOH, *Between culture and constitution…op. cit.*, p. 857.

[94] B. K. SCHRAMM, *La fiction juridique et le juge. Contribution à une herméneutique de la Cour internationale de justice*, Bruylant, 11/2017.

crescono manifesti giuridici che difendono una cittadinanza della Terra[95], per quanto riguarda le massicce violazioni dei diritti umani che non possono essere trattate come questioni ristrette a una nazione sola, per esempio la pace nel mondo, la lotta contro la povertà, il genocidio delle minoranze culturali.

Per essere efficace, tuttavia, un progetto di questo calibro deve necessariamente coinvolgere unitariamente le società del pianeta e, da quel momento in poi, riconoscere che è improbabile che qualsiasi idea di cittadinanza planetaria diventi indifferenziata – a meno che le peculiarità di ogni segmento culturale presente sulla Terra non debbano scomparire o svanire durante questo processo di confluenza. Una comprensione globale di alcuni diritti che trascendono i confini nazionali può certamente condurre a un maggiore sostegno per l'inclusione delle culture discriminate, per esempio. Tuttavia, senza un'effettiva partecipazione dei diversi contesti nazionali all'attuazione delle novità internazionali nei loro sistemi costituzionali o sub-costituzionali, si lascia ampio spazio affinché l'occasionale riformulazione di ciò che è la cittadinanza (se si tratta di un concetto riservato ai Paesi o se va ben oltre) influisca poco o nulla su ciò che oggi è inteso, dialetticamente, come interculturalità.

D'altra parte, non è raro che quello che si intende per comunità o identità nazionale si diluisca in una varietà di comunità multiculturali e interculturali. Mentre il multiculturalismo è radicato nelle storiche differenze intra-nazionali che caratterizzano le maggioranze e le minoranze popolari, principalmente in termini di razza e aspetti economici, l'interculturalismo si apre a un nuovissimo dominio della diversità, ovvero il risultato della globalizzazione e delle recenti migrazioni, ma anche dell'avanzamento della tutela dei diritti. Ovvero, si parla ormai di cittadinanza Lgbtqia+, di pluralità di *gender*, di diritti riproduttivi, così come dell'intersezione o dell'incrocio di diversi elementi discriminatori in un unico soggetto (come la razza, il genere e altri fattori) in modo da rilevare un'amplificazione della vulnerabilità umana e, in risposta, far valere

---

[95] F. MARTINSEN, *Menschenrechte - Kanon und Kontestation*. F. MARTINSEN, *Grenzen der Menschenrechte. Staatsbürgerschaft zugehörigkeit partizipation*, Edition Politik, 2019, p. 35; J. M. Ramírez-Sáiz, Ciudadanía mundial. Tlaquepaque, Jalisco: ITESO, Universidad Iberoamericana León, p. 59-104; L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, 2022; v. anche V. de O. MAZZUOLI, *Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China*, in *Revista Jurídica Portucalense / Portucalense Law Journal*, n. Especial, 2021, soprattutto nel paragrafo c.d. *A Globalização de joelhos e a lição de Ferrajoli*, p. 17-19.

una tutela giuridica più attenta alla riduzione dell'ingiustizia[96]. In questo contesto, la nozione di interculturalità tiene conto della possibilità che una stessa persona o gruppo appartenga contemporaneamente a due o più prospettive culturali diversi e che venga identificata come tale per ricevere eventualmente la protezione delle istituzioni di garanzia contro le ingiustizie a cui è esposta[97].

Ciò significa che il senso di comunità è innanzitutto una verità costruita e non di rado consiste in un discorso umano imperfetto, poiché ciò che è vero o reale richiede all'interprete di adattarsi a esperienze sociali in continua evoluzione[98]. Questo panel forse rompe con lo stereotipo secondo cui ogni Paese ha un'identità sociale uniforme. In realtà, così come il pluralismo implica un concetto plurale di costituzione, implica anche un concetto plurale di società.

In particolare, l'interculturalità è l'incontro tra il locale e il globale, così come il locale e le sue versioni interne, e il locale e le diverse percezioni dell'esterno. Tanti concetti che interferiscono sulla comunità sociale implicano il riconoscimento di nuovi diritti. Ciò spiega forse perché le istituzioni pubbliche democratiche si comportano sempre più come meccanismi aperti socialmente, per comunicare tra loro e adattarsi alla realtà in modo più preciso e attento.

In questo, la rappresentanza elettorale forse non è sufficiente per determinare effettivamente gli individui o le collettività le cui cultura e prospettiva non sono ancora comprese dalla democrazia maggioritaria, sebbene la costituzione pluralista li protegga[99].

A partire da questo punto, si può sostenere che pensare alla costituzione non significa sottrarsi a comprenderla come un quadro di tutela dei diritti che si estende a vari livelli sistemici (internazionale, regionale, nazionale e settoriale) che cooperano tra

---

[96] Su questi argomenti, si consiglia la lettura dei capitoli tematici della seguente pubblicazione in portoghese: M. MACIEL RAMOS, P. A. GRAVATÁ NICOLI, G. CAMPOS ALKMIN (a cura di), *Gênero, sexualidade e direito: perspectivas multidisciplinares*, 1ª edição, Initia Via, 2017, disponibile su: https://www.academia.edu/41551176/G%C3%AAnero_sexualidade_e_direitos_humanos_perspectivas_multidisciplinares.

[97] T. CANTLE, *National identity, plurality and interculturalism*, in *The Political Quartely*, vol. 85, n. 3, July-September, 2014, p. 312.

[98] B. K. SCHRAMM, *La fiction juridique et le juge. op. cit.*, p. 33-36.

[99] T. CANTLE, *National identity, plurality and interculturalism*…, *op. cit.*, p. 312.

loro e si controllano reciprocamente[100]. A tal riguardo, i problemi sociali complessi esibiscono un'innegabile interdipendenza sociale e possono essere un modo per formare un discorso normativo in grado di cogliere la diversità dei parametri costituzionali. Materialmente, tale parametro è molto più robusto del testo costituzionale di un dato Paese e può condurre il diritto alla soluzione di dilemmi ancora irrisolti[101].

In realtà, la varietà degli assi di orientamento costituzionale derivanti dalla pluralità giuridica può variare, da un lato, tra un'ottica di globalizzazione della tutela del diritto o un'ottica di glocalizzazione (pensiero locale), e dall'altro lato, tra un'ottica di percepire il diritto sotto il suo significato giuridico (giuridicità) o sotto il suo significato politico (politicità). Tuttavia, nella pratica, poiché il pluralismo non raccomanda necessariamente un'unica via metodica di interpretazione, possono esserci molti disaccordi in considerazione delle varie istituzioni che si impegnano in questo quadro (giudici comuni, costituzionali, sovranazionali e legislativi, per esempio).

In considerazione dell'importanza dell'interculturalità e della globalizzazione nella definizione dei parametri costituzionali, si apre la questione sulla comprensione della costituzione come un sistema comunicante. Infatti, la pluralità giuridica, che si riflette nella diversità di prospettive culturali e di esperienze sociali, implica la necessità di un continuo dialogo tra le diverse istituzioni e livelli di governo, al fine di adattarsi alla realtà in continuo mutamento. In questa prospettiva, la costituzione deve essere vista non solo come un quadro di tutela dei diritti, ma anche come un sistema conversazionale, che si estende a livelli internazionali, regionali, nazionali e settoriali, in cui cooperazione e controllo reciproco sono fondamentali.

6. La Costituzione come un sistema comunicante

---

[100] T. CANTLE, *National identity, plurality and interculturalism*…, *op. cit*., p. 312.

[101] Vale la pena menzionare problemi relativi alla difficoltà di tutela della cosa pubblica lo sfruttamento della privatizzazione dei servizi pubblici volto a commercializzare la cosa pubblica e a ridurre le garanzie collettive (H. J. SULLIVAN, *Privatization of public services: a growing threat to constitutional rights*, in *Public Administration Review*, Nov. - Dec., Vol. 47, No. 6, 1987, p. 461-467), l'attuale insufficienza dell'idea di costituzione normativa per far fronte alle pressioni derivanti dal potere economico internazionalizzato (L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo oltre lo Stato*, Piccole Conferenze, Modena, Mucchi Editore, 2017) e la mancata inclusione di questioni come la lotta alla fame e la tutela dell'ambiente nell'agenda prioritaria dei governi (L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra… op. cit.*).

La comunicazione pubblica nel contesto di un sistema costituzionale pluralista è notevolmente importante. In questo tipo di sistema, le istituzioni e gli attori della società sono diversi e possono avere interessi e prospettive divergenti. Per garantire la stabilità del sistema e il rispetto della *rule of law*, è fondamentale che vi sia una comunicazione efficace e trasparente tra queste diverse parti. La comunicazione pubblica, in un quadro di questo tipo, può aiutare a creare un dialogo aperto e costruttivo tra le istituzioni e i cittadini e a promuovere la comprensione e il rispetto dei principi costituzionali e legali. In questo modo, la comunicazione pubblica può contribuire alla formazione e alla trasformazione delle logiche di *rule of law* e alla costruzione di un sistema costituzionale più solido e giusto[102].

Secondo Habermas, la solidità della comunicazione sociale dipende dalla capacità dei soggetti di non solo cercare di persuadere gli altri, ma anche di essere persuasi dal soggetto con cui comunicano[103]. In altre parole, «*the only regulations and ways of acting that can claim legitimacy are those to which all who are possibly affected could assent as participants in rational discourses*[104]».

La costituzione come un sistema comunicante si basa quindi sulla pragmatica universale, che considera l'atto comunicativo come un processo di scambio di informazioni tra due o più soggetti. In questo senso, nella comunicazione costituzionale, l'attenzione non è solo rivolta ai contributi forniti dalle istituzioni pubbliche alla definizione e all'interpretazione del sistema costituzionale, ma si estende anche alla partecipazione delle persone nel processo decisionale.

Per esempio, le opinioni e i contributi dei cittadini sono presi in considerazione nell'interpretazione decisionale, assicurando che il sistema costituzionale sia costruito in modo trasparente e giusto per tutti i membri della società. La promozione dell'inclusione della società nella vita politica è un valore importante per la teoria

---

[102] T. PROSSER, *Constitutions as communication*…, op. cit., p. 1039-1065 ; M. TOUFAYAN, *Identity, effectiveness, and Newness in Transjudicialism's coming of age*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, issue 2, 2010, p. 315.

[103] J. HABERMAS, *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society*, Thomas McCarthy trans., 1984, p. 286-319.

[104] [gli unici regolamenti e modi di agire che possono rivendicare legittimità sono quelli a cui tutti coloro che sono eventualmente interessati potrebbero dare il loro assenso come partecipanti a discorsi razionali]. J. HABERMAS, *Between Facts and Norms* (Original *Faktizität und Geltung*, 1992), trans. W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA, 1996, p. 458.

democratica, in quanto garantisce che tutte le voci vengano ascoltate e che la formazione delle decisioni pubbliche sia il risultato di un processo partecipativo e trasparente[105].

In regola, l'apertura democratica è meglio sintetizzata attraverso incarnazioni specifiche in ambito politico, siano esse il corpo della democrazia rappresentativa o il corpo della democrazia diretta. Per quanto riguarda il primo tipo di corpo, sebbene le costituzioni valorizzino indubbiamente la figura del cittadino e quasi tutte — liberali e non liberali — affermino il principio del "governo del popolo dal popolo e per il popolo", nella pratica non è raro, a seconda delle realtà locali, che la tesi della rappresentanza venga utilizzata per spogliare il popolo del suo potere, organizzando e legittimando l'esistenza e il discorso dei rappresentanti e, di conseguenza, l'assenza e il silenzio dei rappresentati[106].

A sua volta, per quanto riguarda il secondo tipo di corpo, è sensibilmente difficile contenere i rischi che il discorso della sovranità popolare venga utilizzato per minare la democrazia stessa. «*Comme Dieu, le peuple est supposé ne pas pouvoir mal faire*» [Come Dio, il popolo dovrebbe essere in grado di non sbagliare][107].

Nonostante ci siano alcune obiezioni che suggeriscono che la democrazia costituzionale potrebbe essere meglio sintetizzata attraverso incarnazioni specifiche, come la democrazia rappresentativa o diretta, la realtà dimostra che entrambe le forme presentano rischi di manipolare l'ascolto sociale. Nel primo caso, la tesi della rappresentanza viene spesso utilizzata per spogliare il popolo del suo potere e, di conseguenza, l'assenza e il silenzio dei rappresentati diventano una norma.

Nel secondo caso, è difficile contenere il rischio che il discorso sulla sovranità popolare venga utilizzato per minare la democrazia stessa, in quanto la validazione popolare degli atti di governo riduce il sistema di *checks and balances* istituzionale e aumenta le probabilità di concretizzazione di un populismo di governo.

---

[105] Cfr. J. HABERMAS, *Communication and the evolution of society*, 1979.

[106] D. ROSSEAU, *Six Thèses pour la démocratie continue*, Paris, Odile Jacob, 2022, p. 59-64. Sustenta ainda o autor que o argumento da incompetência irremediável do povo para governar é regularmente utilizado pelos teóricos do sistema representativo para legitimar o empoderamento e a plena delegação, o que torna possível que a vontade geral expressada pelos representantes seja às vezes pouco fidedigna aos anseios constitucionais da sociedade.

[107] D. ROSSEAU, *Six Thèses pour la démocratie continue*…, op. cit., p. 43.

In questo senso, oltre al populismo elettorale o politico, che perpetua il potere del governante, vale la pena sottolineare l'attuazione del populismo penale in cui si diffondono misure punitive soprattutto contro gli immigrati, al fine di sostenere una narrativa maggioritaria, determinando così un abbassamento della tutela dei diritti umani[108]. Bisogna, inoltre, sottolineare anche i fenomeni che mirano a manipolare il disegno della popolazione nei referenda o nei plebisciti attraverso la *misinformation* e la *disinformation*, e a far sì che la società delegittimi gli stessi diritti che la proteggono dalle pressioni politiche o economiche.

> Ce qui compte n'est pas tant la supériorité de l'homme sur le droit, ou du droit sur l'homme, que le lien profond qui les unit. Car l'histoire nous montre que l'on tend à restaurer l'autorité du droit quand il s'agit de faire cesser les abus du pouvoir personnel, et qu'inversement la volonté des hommes est nécessaire pour faire régner le droit. « Là où les lois ne peuvent plus être exécutées, a dit un grand philosophe, c'est comme s'il n'y avait plus de lois.» Et, pourrait-on ajouter, il faut des hommes pour faire les lois[109].

In ogni caso, l'esercizio del potere che coesiste, a diversi livelli lungo assi verticali e orizzontali, sia livello politico, sia a livello giurisdizionale, rende una capacità più sindacabile e suscettibile di maturazione argomentativa. Questa cura interpretativa, che non si limita alla relazione soggetto-oggetto, ma espande questo paradigma a soggetto-soggetto-oggetto, rende possibile che all'interno di un'idea di sistema normativo sempre più plurale, l'interazione in molteplici dimensioni per l'atto di interpretazione diventi sempre più utile per ottenere una "verità consensuale", in grado sia di massimizzare la tutela dei diritti, sia di preservare le legittimità istituzionali.

Nell'azione comunicativa che si svolge all'interno della visione di costituzione — o di macro-costituzione, nella misura in cui questo termine comprende contenuti espliciti o impliciti che derivano sempre più propriamente da convenzioni e trattati internazionali sui diritti umani —, la disposizione di un oratore a cambiare la propria

---

[108] L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-populismo-penale-nell-eta-dei-populismi-politici_627.php, accesso il 12/05/2022.

[109] [Ciò che conta non è tanto la superiorità delle persone sul diritto, o del diritto sulle persone, quanto il profondo legame che le unisce. La storia ci mostra infatti che l'autorità del diritto tende a essere ripristinata quando si tratta di porre fine agli abusi del potere personale, e che al contrario la volontà umana è necessaria per far trionfare il diritto. "Dove il diritto non può più essere eseguito", ha detto un grande filosofo, "è come se non ci fossero più leggi". E, si potrebbe aggiungere, ci vogliono persone per fare le leggi].

opinione alla luce di ciò che ascolta, spesso in risposta a ciò che egli stesso dice, è la premessa per un "vero ragionamento"[110].

Un pensiero comunicativo sul diritto costituzionale non si presta a costruire alcuna teoria di fertilizzazione transculturale e di normalizzazione dei diritti umani in termini unitari, poiché, come sarà illustrato più avanti, i metodi di coordinamento interistituzionale per interpretare e applicare la costituzione, specialmente dal punto di vista della coesistenza e della concatenazione di ordinamenti giuridici plurali, sono legati a premesse contestuali a priori sull'organizzazione sociale propria di ogni Paese, che sono insuperabili nonostante ogni intenzione globalizzante sul diritto costituzionale.

In questo senso, l'interpretazione costituzionale oggi presuppone di comprendere i livelli di comunicazione dei soggetti istituzionali rilevanti del sistema, in particolare quello che si stabilisce tra il giudice costituzionale e gli altri organi democratici.

Sebbene l'idea di costituzione comporti la tutela dell'individualità della persona umana, essa tende anche a essere un motore propulsore per la condivisione di valori fondamentali per quanto riguarda il sistema domestico e anche per quanto concerne altri sistemi che interagiscono direttamente con esso e la cui giurisdizione comprende il sistema giuridico nazionale di riferimento, come per i casi dei giudici sovranazionali dei diritti umani (interamericani o europei) o di integrazione continentale (dell'Unione europea).

In un tale contesto pluralista o macro-sistemico i valori comuni condivisi che compongono una concezione costituzionale collettiva, denominata "patriottismo costituzionale" da Habermas, non si riducono al solo sistema nazionale, ma richiedono un aspetto sempre più coesistente tra il nazionale e l'internazionale per valutare l'idea di identità comune. In questo senso, c'è un innegabile aumento della tutela dei diritti dei suoi destinatari, il che impone alle istituzioni di garanzia (primarie e secondarie) una maggiore comunicazione tra di loro per garantire la creazione di uno spazio pubblico in cui il corpo e le idee di ogni essere umano possono circolare liberamente, così come entrare in una tensione argomentativa con le idee degli altri esseri umani. In questo contesto, i diritti umani non sono libertà chiuse, ma libertà di relazione, prendendo

[110] J. HABERMAS, *The theory of communicative action:..., op. cit.*, p. 286-319.

anche in considerazione come questa tutela debba essere massimizzata istituzionalmente[111].

Inoltre, accanto al contributo dei giuristi, oggi v'è un ritorno marcato dell'esercizio interpretativo-scientifico svolto dagli scienziati politici per comprendere il diritto costituzionale. A differenza della fase di costituzione politica, in cui lo spettro intellettuale degli scienziati politici era rivolto esclusivamente alla comprensione delle istituzioni politiche, nella fase attuale le istituzioni giudiziarie sono osservate anche da questi professionisti, integrando il ruolo ermeneutico svolto dai giuristi. Gli scienziati politici tendono a dedicarsi all'importanza dei giudici anche per quanto riguarda questioni spesso ignorate dai giuristi, come quelle relative al contesto di legittimità del potere delle corti[112].

Per quanto riguarda la costituzione comunicativa, i seguenti concetti meritano di essere fin da subito chiariti, in quanto daranno supporto allo sviluppo della tesi: "comunicazione", "dialogo", "conversazione", "condivisione di potere" e "diplomazia giudiziale ". La parola "dialogo" sarà utilizzata nell'accezione di "dibattito" tra due autorità o organi, che non sempre avverrà con l'intenzione di stabilire uno scambio comunicativo orizzontale tra i soggetti, in quanto potrebbe anche avvenire tra soggetti che si relazionano in modo disuguale, posti, dunque, in una situazione in cui uno tra i due sui pone su un livello di potere superiore rispetto al livello di potere esercitato dall'altro. In altre parole, questa parola sarà comunemente impiegata in questa ricerca per classificare le comunicazioni che si manifestano come relazioni materialmente verticalizzate, in cui c'è imposizione argomentativa e avversione all'idea prodotta dall'altro soggetto con cui viene stabilita la relazione. In contrasto, la parola "conversazione" è utilizzata indicando "scambio di idee", ovverosia un dialogo che è necessariamente orizzontale o in cui i soggetti si concedono a influssi reciproci. In contrasto, la parola "conversazione" viene utilizzata al fine di sottintendere uno "scambio di idee", un dialogo che è necessariamente orizzontale o in cui i soggetti - anche se formalmente gerarchicamente relazionati - si pongono come pari o aperti all'influenza reciproca su un dato argomento. Questa è una sottile e fondamentale

---

[111] D. ROSSEAU, *Six Thèses pour la démocratie continue*, Paris, Odile Jacob, 2022, p. 33.

[112] C. LEFORT, *Droit de l'homme et politique*, Livre, 1979, p. 7.

differenza tra i termini “dialogo” e “conversazione”, che la ricerca si concentrerà ad approfondire. Infine, vale la pena sottolineare che la comunicazione può rivelarsi una condivisione del potere, ovvero un trasferimento di potere da un'autorità o istituzione a un'altra. Tale condivisione può avvenire attraverso un dialogo verticale o una conversazione orizzontale. In termini di flessibilità, il potere condiviso è dinamico, in base alla lettura giurisprudenziale del giudice-paradigma (nel caso, il giudice costituzionale). Per quanto riguarda lo scopo, la condivisione del potere mira a promuovere la collaborazione nell'esercizio della massima protezione dei diritti o a preservare la legittimità dell'autorità che trasferisce il potere nel contesto istituzionale.

In ogni caso, è attraverso le vie comunicative, ma soprattutto attraverso la conversazione, che la giustizia costituzionale ha l'opzione di esercitare ciò che a volte chiamiamo "diplomazia giudiziaria": in situazioni di tensione, l'attività diplomatica consiste nel conciliare interessi istituzionali controversi o conflittuali e incoraggiare la collaborazione reciproca per soddisfare interessi comuni.

Per quanto riguarda il dilemma per cui il termine "diplomazia giudiziale" si riferisca al campo delle relazioni domestiche o solo alle relazioni con l'ambiente estero, si può argomentare quanto segue: in primo luogo, essere diplomatici presuppone la capacità di un'autorità o di un organo di mantenere relazioni normali con soggetti di altri Paesi o organismi internazionali[113]. È forse per questa caratteristica intrinseca al fenomeno diplomatico che parte della dottrina del diritto costituzionale comparato tende a riconoscere la diplomazia giudiziaria come un esercizio finalizzato a definire i limiti delle capacità istituzionali dei tribunali al di là dell'ambiente domestico, a partire da un'attività di relazionamento giurisprudenziale soprattutto con tribunali stranieri, alla ricerca di influenza e prestigio internazionali[114]. Tuttavia, anche con l'avanzamento del diritto costituzionale continua a essere difficile per i tribunali (supremi o costituzionali) essere totalmente globali sia in influenza sia in portata internazionale. Ciò si spiega per almeno due motivi. In primo luogo, i tribunali, in quanto attori che operano contestualmente, non sono suscettibili a trasformarsi in organi totalmente globali

---

[113] D. LAW, *Judicial comparativism and judicial diplomacy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 163, 2015, p. 945.

[114] TRECCANI, *Voce diplomazia*, disponibile su: https://www.treccani.it/enciclopedia/diplomazia. Accesso il 09/05/2022.

l'aspetto glocale è decisivo per comprendere la particolare cultura del giudice costituzionale all'interno del sistema giuridico in cui è inserito.

In secondo luogo, i tribunali sono soliti essere meglio confrontati a (o identificati con) tribunali che appartengono alla stessa famiglia o tradizione giuridica di cui fanno parte. Questo, sebbene non impedisca la realizzazione di una forma di diplomazia giudiziaria tra un giudice costituzionale di *civil law* e uno facente riferimento, ad esempio, alla *common law*, rappresenta un ostacolo per fare in modo che istituti o esperienze ermeneutiche che sono particolari a quest'ultima tradizione giuridica abbiano una vera e propria utilità rilevante per investigare fenomeni propri dei giudici della prima tradizione (*civil law*); di conseguenza, la relazione tra tribunali di diverse famiglie giuridiche può consistere perlopiù in un'attività diplomatica figurativa che in un'azione propriamente costruttiva, data la maggiore difficoltà nel trovare elementi comuni tra le loro culture e i loro metodi di lavoro[115]. La relazione tra tribunali di diverse tradizioni giuridiche non sempre, quindi, è sfruttata ai fini di una vera e propria diplomazia, o meglio, al raggiungimento di una conoscenza comune; mancano aspetti di diritto processuale o materiale che sono, in termini più dettagliati, di interesse sia per il tribunale nazionale sia per quello straniero. Ciò implica richiedere al tribunale di apprendere il diritto straniero, oltre a dipendere dal fatto che gli avvocati e i giudici assimilino sempre di più l'abitudine di consultare il diritto straniero oppure di impiegarlo in liti o decisioni strategiche. In definitiva, la diplomazia giudiziaria è un'attività fondamentale per la giustizia costituzionale, che può essere svolta sia a livello nazionale, sia internazionale, ma che richiede una comprensione accurata delle diverse culture giuridiche e una costante ricerca di collaborazione reciproca per il raggiungimento di interessi comuni.

---

[115] Vi sono istituti giuridici stranieri che, nonostante la loro importanza per l'insegnamento del diritto costituzionale globale, non corrispondono affatto a quanto avviene in altri sistemi. Questo sembra essere il caso dell'originalismo americano, che contribuisce a fini didattici a spiegare, grosso modo, una parte della congiuntura dei metodi di interpretazione costituzionale degli Stati Uniti, ma che, come istituto, è poco notato in altri Paesi, soprattutto quei di civil law, e viceversa. Dunque, l'originalismo è diventato un argomento di dibattito giuridico-accademico e persino popolare negli Stati Uniti, ma, come ha osservato un ex giudice della Corte Suprema canadese, "in un altro contesto semplicemente non è al centro del dibattito e nemmeno un punto di discussione". C. L'Heureux-Dubé, *The importance of dialogue: globalization and the international impact of the Request Court*, 34, TULSA L. J. 15, 33, 1998; D. LAW, *Judicial comparatives and judicial diplomacy*…, op. cit., p. 932.

CAPITOLO II

APPROCCIO METODOLOGICO: LA RICERCA DI UNA MISURA COMUNE PER CONFRONTARE I SISTEMI COSTITUZIONALI DIVERSI TRA LORO

1. Adattamento e flessibilità della giustizia costituzionale in funzione delle particolarità di ogni corte o consiglio (supremo o costituzionale); 2. La sfida dell'equiparabilità nel diritto costituzionale comparato: un'analisi delle corti o consigli (costituzionali o supremi) di Italia, Brasile e Francia; 3. Comparare oggetti (sistemi costituzionali, corti e culture) incommensurabili nell'ottica del diritto straniero: uno spunto sul pensiero di Pierre Legrand; 4. L'ostacolo dottrinale dell'interpretazione creativa: sfide e confronti tra la tradizione della *civil law* e quella di *common law*; 5. Oltre il principio di legalità: convergenza e distinzione nelle tradizioni giuridiche di *civil law* e *common law* nell'era dell'attivismo giudiziario in base al metodo di comparazione culturalista.

Nel presente capitolo si affronta l'approccio metodologico adottato nella ricerca, che si focalizza sull'analisi di tre tribunali costituzionali nei loro contesti specifici. L'obiettivo principale è comprendere come si verificano le dinamiche di potere di accentramento, decentramento e ri-accentramento della giurisdizione del giudice costituzionale, un attore istituzionale dinamico nel quadro della tradizione di *civil law*. Tuttavia, confrontare i sistemi costituzionali diversi tra loro rappresenta una sfida metodologica importante, poiché ogni corte costituzionale, corte suprema o consiglio costituzionale opera in un suo contesto istituzionale, politico e sociale. In questo capitolo, dunque, si andrà alla ricerca di una misura utile per confrontare i sistemi costituzionali diversi tra loro, allo scopo di comprendere meglio come ogni tribunale svolge il proprio ruolo dinamico nel diritto contemporaneo.

Il giudice costituzionale detiene una posizione di assoluta preminenza all'interno del sistema giuridico di numerose nazioni, poiché rappresenta un meccanismo di salvaguardia della democrazia che, in alcune circostanze, può risultare inviolabile perfino di fronte a un emendamento costituzionale[116]. Nel quadro costituzionale contemporaneo, tuttavia, il giudice costituzionale si confronta con nuovi diritti e nuove sfide, tra cui la tutela dei diritti umani, in un contesto istituzionale sempre più complesso e globalizzato.

In questo contesto, l'idea della "ri-accentuazione" della Corte costituzionale, elaborata dai professori Roberto Romboli, Tania Groppi e Diletta Tega, illustra in maniera esemplare come il giudice costituzionale, al di là della sua supremazia, debba

[116] R. ALBERT, How court becomes supreme: defending the constitution from unconstitutional amendments, in *Maryland Law Review*, volume 77, issue 1, article 7, 2017, p. 182-183.

essere un attore istituzionale dinamico. In caso di eventuali attriti con altri soggetti con cui interagisce (come il giudice ordinario, il giudice sovranazionale o il legislatore), il giudice costituzionale può decidere di decentrarsi o di riconcentrarsi, influenzando in tal modo la giurisprudenza costituzionale.

La presente ricerca analizza le dinamiche di potere di accentramento, diffusione e riaccentramento della giurisdizione all'interno di tre prestigiose corti costituzionali: la Corte costituzionale italiana, il *Supremo Tribunal Federal* (STF) brasiliano e il Consiglio costituzionale francese. Si intende esaminare come ciascun tribunale interagisca con le altre istituzioni democratiche coinvolte nel proprio contesto sistemico, al fine di valutare l'adattamento del costituzionalismo pluralista alla realtà del giudice costituzionale nella tradizione di *civil law*. Va sottolineato che, in senso metodologico, non si mira ad affermare che tale fenomeno sia omogeneo, ma, anzi, si desidera studiarlo come un fenomeno che si differenzia in ciascuno dei tre tribunali oggetto di studio.

La presente tesi si propone di osservare come i medesimi tribunali stiano subendo una sorta di ri-misurazione in base al rapporto interistituzionale, animati dalle domande sul ruolo del giudice costituzionale nell'attuale contesto democratico. Tali tribunali, presenti in Brasile, Italia e Francia, pur appartenendo alla stessa tradizione giuridica, offrono prospettive differenti che arricchiscono ulteriormente il confronto tra i sistemi costituzionali in questione.

In tal senso, va evidenziato come ogni giudice costituzionale possieda un insieme organico di elementi che si distinguono da quelli degli altri, sia per quanto riguarda l'origine, per quanto concerne l'esperienza istituzionale. Il confronto tra la Corte costituzionale italiana, il *Supremo Tribunal Federal* brasiliano e il Consiglio costituzionale francese, pertanto, rappresenta un'opportunità unica per esaminare i modi in cui i giudici costituzionali eventualmente si adattino ai rispettivi contesti istituzionali, contribuendo così a comprendere il ruolo di questi importanti attori del sistema giuridico.

1. Adattamento e flessibilità della giustizia costituzionale in funzione delle particolarità di ogni corte o consiglio (supremo o costituzionale)

I tribunali costituzionali possono differire notevolmente nella loro struttura e nel loro rapporto con le altre istituzioni democratiche, determinando un grado di tendenza di accentramento o decentramento variabile a seconda del Paese di appartenenza.

L'analisi comparata delle corti supreme, dei consigli o delle corti costituzionali costituisce un'opportunità unica per comprendere le specificità di ogni sistema costituzionale e per individuare eventuali similitudini e differenze tra di essi.

Per comprendere appieno le specificità e le dinamiche in gioco, è indispensabile non limitarsi all'analisi del funzionamento del principio di legalità all'interno del sistema di giustizia costituzionale in sé, ma occorre altresì considerare la relazione intrattenuta con l'ambito esterno al tribunale (compresi gli altri poteri dello Stato a livello nazionale e internazionale) per quanto riguarda i limiti e le possibilità del controllo costituzionale. Infatti, il pragmatismo di una corte non sempre si riflette nell'analisi teorica della tipologia di tribunale[117].

In questo senso, nel contesto dei sistemi giuridici italiani, francesi e brasiliani, e.g., è possibile osservare la possibilità di un fenomeno descrittivo in cui il giudice costituzionale assume un ruolo centrale nella tutela dei diritti fondamentali. Questo si verifica quando altri organi statali non sono in grado di fornire una protezione sufficiente ai cittadini. Tuttavia, va notato che questo fenomeno non è sempre contemplato nelle leggi scritte (*statute law*).

È cruciale riconoscere che i membri delle corti costituzionali in diversi contesti politici nazionali adottano una pluralità di approcci dogmatici ed epistemologici, ma un elemento comune che unisce questi giudici è la loro eventuale capacità di adattarsi al ruolo di istituzione incline a manifestare una posizione di forza o debolezza in relazione agli altri attori democratici all'interno del sistema giuridico.

Questo fattore rappresenta un criterio imprescindibile per l'analisi comparata dei sistemi di giustizia costituzionale in ambito transnazionale e costituisce una giustificazione solida per l'approccio comparativo proposto riguardo al modo in cui il giudice di vertice o specializzato si inserisce nel contenzioso costituzionale. Infatti, analizzare come i giudici costituzionali si adattano al loro ruolo all'interno del sistema

---

[117] Cfr. il terzo capitolo di G. TUSSEAU, *Contentiex constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, 2021.

giuridico e interagiscono con altri attori democratici fornisce una visione più completa e dettagliata del funzionamento dei sistemi di giustizia costituzionale.

L'ambito di intervento dell'autorità giurisdizionale in una controversia può risultare significativamente circoscritto a seconda del peculiare modello di giustizia costituzionale adottato e implementato. Il Consiglio costituzionale francese, ad esempio, segue un modello distintivo e singolare, il cosiddetto modello francese, il quale si differenzia dai due modelli preponderanti presenti nei sistemi giuridici italiano, improntato sul modello austriaco, e brasiliano, influenzato dal modello statunitense.

Riguardo al modello francese, è degno di nota come il meccanismo preventivo di verifica di legittimità impiegato dal Consiglio Costituzionale abbia costituito una sfida considerevole per la stabilità e la sicurezza giuridica, dimostrando al contempo la sua efficacia rispetto alle normative già in atto, a netto contrasto con i modelli italiano e brasiliano, nei quali le disposizioni vigenti sono costantemente sottoposte a un controllo di costituzionalità[118].

Tuttavia, il modello francese ha subito una sorta di ibridazione nel 2008, con l'introduzione della questione prioritaria di costituzionalità (QPC), che prevede un controllo *ex post facto* delle leggi già in vigore, avvicinandosi al prototipo "semi-accentrato" italiano. Infatti, l'uso del controllo in via incidentale dalle parti coinvolte nel caso individuale è passato a essere sollevabile al Consiglio costituzionale, a condizione che superi il filtro dell'ordinamento giudiziario. Ciononostante, in Francia, oltre al filtro del giudice ordinario della causa individuale, si aggiunge un secondo filtro rappresentato dall'ammissione da parte di una delle corti supreme (*Conseil d'Etat* o *Cour de Cassation*).

Il criterio dei due filtri incidentali in Francia si differenzia dal controllo incidentale che caratterizza il sistema italiano, in cui qualsiasi giudice della causa — e non solo —, senza dipendere dalle corti supreme, può rinviare una questione costituzionale alla Corte costituzionale. Lo stile francese è ancor più diverso del sistema brasiliano, per cui la questione costituzionale giunge solitamente alla Corte Suprema senza passare attraverso il filtro del giudice ordinario (ipotesi di controllo accentrato al STF), tranne che per il ricorso giudiziario (ipotesi di controllo incidentale al STF), in

[118] E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*. Paris: PUF, 1999, p. 181.

cui si impone una sorta di *rule of four*, chiamata in Brasile ripercussione generale del ricorso giudiziale straordinario.

Tuttavia, è importante sottolineare che nessuna delle tre esperienze segue un modello puro di giustizia costituzionale. Piuttosto, sono oggi pratiche mescolate sotto i profili formali, ossia duttili per quanto concerne l'accesso, i tipi di decisioni e gli effetti[119]. Tale posizione intermedia in senso formalistico contribuisce all'espansione sostanziale della giurisdizione al di là della legalità costituzionale. In altre parole, con più istituti operativi ad agire al di là di quelli anticipati dalla dottrina dei modelli puri, l'evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale persegue un equilibrio pragmatico tra stabilità e adattabilità alle esigenze della società.

Sebbene le teorie convenzionali di legittimazione possano costituire un impedimento all'interpretazione creativa da parte dei giudici costituzionali, la flessibilità formale potrebbe essere legittimata da teorie di legittimazione più descrittive, le quali, in alcune situazioni, anche se non completamente condivise dall'autore, potrebbero giustificare l'esistenza di una giurisdizione dinamicamente variabile e creativa.

Succede che, se si adotta una prospettiva più ampia e meno legata al contesto specifico, il tema dello sconfinamento della giustizia costituzionale viene spesso inibito dalla critica di una *counter-majoritarian difficulty*[120] [difficoltà contro-maggioritaria], vale a dire la postura della corte, un organo non-eletto che è messo in contraddizione con il ruolo della maggioranza democratica[121].

Per molti, la critica di natura contro-maggioritaria sembra sufficiente per ridurre qualsiasi analisi della giustizia costituzionale che si manifesta come un fenomeno che amplia il ruolo del tribunale corrispondente negli spazi politici e sociali. Tuttavia, non ogni accrescimento del potere del giudice costituzionale in un contesto corrisponde a ciò che accade in un sistema giuridico omologo parallelo. Piuttosto, ogni corte tende ad affermarsi oltre le competenze giurisdizionali tradizionalmente stabilite sulla base della

---

[119] G. DELLEDONNE, *Constitutional Courts, Relation to Supreme Courts*, Forthcoming, Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law, il 16 maggio 2017, p. 1-3, disponibile su SSRN: https://ssrn.com/abstract=3065471 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3065471, accesso il 21 Maggio 2023.

[120] Cfr. BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2d ed., 1986, 16-18.

[121] GINSBURG, T., *Constitutional law and courts*, *op. cit.*

propria storia nazionale o regionale, e non per contraddire un dogma teorico generico e universalista.

In effetti, ogni concetto locale può essere in qualche modo correlato al fenomeno contro-maggioritario, ma ciò non esclude l'interesse tecnico nello scrutare ciascun sistema costituzionale e la sua soluzione pragmatica, dal momento che, innanzitutto, i fenomeni contestuali, sebbene possano mantenere somiglianze, non sono mai identici. In secondo luogo, perché, in alcuni casi, determinati eventi che espandono il potere della corte in una data realtà possono persino essere giustificati alla luce di una ripensata teoria della giustizia costituzionale, non soltanto in una dimensione globale, ma anche glocale, trans-glocale o internazionale comparata (non universalista).

Analizziamo dunque quattro concetti distinti che incarnano ciascuno un aspetto peculiare del fenomeno contro-maggioritario della giustizia costituzionale. Essi descrivono la politicizzazione dei giudici che, pur estendendosi oltre i confini geografici e politici, mantiene radici profonde nel contesto locale. In primo luogo, il "*gouvernement des juges*", un concetto introdotto dal filosofo politico e storico del XIX secolo Alexis de Tocqueville nella sua celebre opera "La democrazia in America"[122]. Lo stesso autore francese nutriva preoccupazione riguardo al potere in crescita dei giudici all'interno della democrazia americana, con particolare attenzione alla Corte Suprema degli Stati Uniti. Egli paventava che un eccesso di potere giudiziario potesse condurre a un accentramento di potere nelle mani di un elitario gruppo di giudici, i quali avrebbero potuto, in ultima analisi, esercitare un controllo sull'intero sistema politico.

Il concetto di "*gouvernement des juges*", sebbene originariamente coniato con riferimento al caso statunitense, risulta particolarmente eloquente nel contesto francese, dove il pericolo di un elitismo giudiziario avrebbe potuto ostacolare il progetto di sovvertimento dello *status quo* politico. Tale progetto mirava a porre fine all'assolutismo monarchico e alla preminenza della nobiltà, fattori che caratterizzavano il panorama politico della Francia prerivoluzionaria. Pertanto, il giudice in carica evidenzia la potenziale minaccia di un'oligarchia giudiziaria nel processo di trasformazione radicale del sistema politico francese. Ciò mette in luce, dunque, le

[122] A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, ediz. Ital. A cura di G. Candeloro, Milano 1992, 146 ss.

ragioni per cui il giudice costituzionale ha cominciato soltanto di recente in Francia a manifestare un ruolo politico più incisivo all'interno.

In secondo luogo, il "suprematismo" è un concetto raffinato sviluppato da Andrea Morrone, professore italiano di diritto costituzionale presso l'Università di Bologna. Esso si riferisce all'influenza preponderante del tribunale costituzionale in Italia, il quale incarna un peculiare concetto "politico" di costituzione, oltre a quello meramente normativo, profondamente radicato nel senso di comunità e nella dinamica evolutiva del Paese. Come interpreti di questa dimensione, i giudici costituzionali detengono il potere di adottare decisioni politicamente significative senza essere eletti in base non solo ai principi giuridici, ma altresì a quelli di identità politica.

Sebbene riconosca il volto politico del diritto costituzionale, Morrone critica il suprematismo giudiziario, sostenendo che il ruolo di protagonista in merito alla politicità dovrebbe essere attribuito al Parlamento[123]. Tuttavia, l'esperienza innovativa della Corte costituzionale italiana dimostra, secondo questa prospettiva, che quando essa va oltre l'aspetto giuridico della costituzione, lo fa in virtù del suo legame con l'elemento vivente e politico della costituzione italiana stessa.

In terzo luogo, il concetto di "*supremocracia*[124]", introdotto dal professore brasiliano di diritto costituzionale Oscar Vilhena Vieira, si ricollega all'idea del

---

[123] Andrea Morrone usa questo termine in modo provocatorio per affermare, alla fine, che sarebbe troppo banale considerare che la Corte costituzionale conserva la sua legittimità finché la sua attività rimane nei limiti della carta fondamentale. Questa dichiarazione non chiuderebbe il problema ma, piuttosto, lo aprirebbe. Cfr. MORRONE, Andrea, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in Quaderni costituzionali, Fascicolo 2, giugno 2019, p. 252, 279. Tale critica è in linea con l'approccio dottrinario di autori come Gustavo Zagrebelsky che ha sostenuto che esiste una chiara distinzione di ruoli tra la corte e il legislatore, nella misura in cui la natura politica della corte è molto diversa da quella del Parlamento e l'attività della prima, attualmente, è essenzialmente di natura giurisdizionale, in quanto non è un mediatore di interessi ma un garante dei valori e dei principi dell'insieme, in cui la mediazione degli interessi deve rimanere inclusa. ZAGREBELSKY, G. *La Corte costituzionale e il legislatore*, in BARILE, CHELI, GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 103 ss., 1981. Cfr. anche A. MORRONE, Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della costituzione, in *Federalismi.it*, n. 12, 5 maggio 2021, p. 194.

[124] Mi riferisco a quanto scritto nel saggio di Vilhena Vieira attraverso cui l'autore affronta il ciclo di arricchimento politico in cui si è trovata la Corte suprema federale dopo la Costituzione del 1988, basato principalmente su una sorta di fragilità del sistema rappresentativo nazionale e, inoltre, sull'ampio quadro di competenze che la Corte ha ricevuto dal potere costituente. A tal fine, la giurisdizione del STF è stata trasformata in una vera forza politica, cioè un creatore di norme con un profilo quasi-legislativo e in grado di produrre un cambiamento evolutivo del sistema. VILHENA VIEIRA, O., *Supremocracia*, in *Revista Direito GV* [online], 2008, v. 4, n. 2 [accesso il 10 novembre 2021], pp. 441-463. Disponibile su: [https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005]. Questo scenario è senz'altro in netto contrasto con la visibilità politica della Corte durante il periodo precostituzionale, durante il quale l'istituzione stessa ricevette raramente l'attenzione della stampa. Cfr. BALEEIRO, Aliomar, *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido*, 1ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1968, 216 p.

predominio dei giudici, benché si riferisca al contesto in Brasile. Tale nozione descrive un sistema politico in cui il *Supremo Tribunal Federal* (STF) detiene un potere eccessivo sulla politica e la legislazione, poiché il panorama politico locale ha concesso agli stessi giudici l'opportunità di agire contro le strutture politiche che avrebbero dovuto essere riformate dal processo politico intrapreso a partire dalla Costituzione del 1988 — quali il militarismo, l'immaturità della democrazia rappresentativa civile e la stratificazione sociale che evidenzia profonde disuguaglianze. Ciononostante, Vieira sostiene che la *supremocracia* potrebbe condurre a un'eccessiva interferenza del potere giudiziario nel processo politico, con ripercussioni negative sulla democrazia[125].

Preso atto di quanto sopra, si può affermare che la critica circa la centralità del tribunale all'interno del sistema politico non risulta essere estranea a tali sistemi costituzionali nominati. Tuttavia, appare possibile che tale critica sia divenuta insufficiente a spiegare la vivacità contemporanea del controllo di costituzionalità a livello mondiale[126].

L'attivismo giudiziario globale, pur coinvolgendo la giurisdizione di numerosi paesi, si manifesta in modi diversi a seconda del contesto giuridico e culturale di ciascuna nazione. Pertanto, la dottrina è chiamata a impiegare strategie e tattiche adeguate alle peculiarità locali, mettendo in evidenza la complessa interazione tra fenomeni globali e realtà locali e sottolineando il ruolo cruciale del diritto costituzionale internazionale oggi[127].

---

[125] È interessante notare che non sono solo i casi costituzionali che sono stati responsabili dell'ascesa della Corte Suprema negli ultimi due decenni in Brasile. In realtà, alcuni casi penali inizialmente processati e giudicati dal STF stesso hanno avuto un impatto ancora più forte in questo senso, vale a dire l'azione penale n° 470, cosiddetta "ação do Mensalão" (2005-2014), nonché "l'operazione Lava-jato" (2014-2021). Dal primo caso citato, il STF ha fatto un passo definitivo nell'affermare il suo potere di controllo sulle alte autorità della Repubblica, in modo da risuonare nella visibilità del tribunale nell'opinione pubblica. Questo è stato rafforzato dal secondo caso. Da allora, la STF ha iniziato un intenso lavoro di contropotere politico che si è esteso a tutte le sue competenze. Cfr. VILHENA VIEIRA, O., *A batalha dos poderes. Da transição democrática ao mal-estar constitucional*, Companhia das Letras, São Paulo, 2018, p. 291 ss.

[126] GINSBURG, T., *Constitutional law and courts*, *op. cit.*

[127] Cfr. T. GINSBURG — A. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, 2018; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2004; S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (And How We the People Can Correct It)*, Oxford University Press, 2006; V. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, 2010; P. KAHN, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago Press, 1999.

In questo proposito, Ran Hirschl ha condotto un'analisi approfondita sul fenomeno denominato "*juristocracy*", che esplora l'ascesa di un sistema in cui le scelte politiche e giuridiche sono affidate a giudici non eletti, piuttosto che a rappresentanti democraticamente eletti, mettendo in luce le sfide e le dinamiche che ne scaturiscono in un determinato contesto. Hirschl, tuttavia, enfatizza l'importanza fondamentale delle culture locali nel legittimare tale fenomeno, poiché influenzano i processi decisionali che, a volte, vengono esaminati solo alla luce dei fattori globali[128].

In particolare, la *juristocracy* tende a manifestarsi in misura maggiore nei sistemi democratici non ancora consolidati, vale a dire nelle realtà in cui la partecipazione della società civile nella sfera politica risulta limitata e la capacità di influenzare le decisioni adottate è compromessa. Al contrario, nei sistemi democratici consolidati, i meccanismi di partecipazione politica sono già ben integrati e funzionanti, il che rende la giuristocrazia meno diffusa. In sintesi, l'opera di Hirschl sottolinea l'importanza di tenere in considerazione le specificità culturali locali nell'analisi della giuristocrazia e delle dinamiche decisionali in ambito politico e giuridico[129].

Nell'ambito degli studi giuridici, è emerso il riconoscimento dell'importanza del ruolo svolto dai fattori extra-giuridici, come la pratica e il carisma dei giudici, nell'influenzare l'evoluzione delle giurisprudenze e i cambiamenti introdotti nella normativa vigente[130]. Questo fenomeno è stato osservato in diversi sistemi giuridici, come quelli di Francia, Italia e Brasile, e ha portato a una crescente consapevolezza dell'influenza della giuristocrazia nella configurazione del diritto[131].

In considerazione di questa pervasiva presenza del fenomeno giuristocratico, è fondamentale una profonda e articolata riconsiderazione del ruolo del tribunale

---

[128] R. HIRSCHL, *Comparative Matters*, Oxford, Oxford University Press, 2014. 304 pp. ISBN 978-0-19-871451-4.

[129] R. HIRSCHL, *Comparative Matters*…

[130] B. Z. TAMANAHA, A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism, in *Journal of Law and Society*, 27(2), 2000, p. 296-321; cfr. altresì R. A. POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008.

[131] T. GINSBURG; M. VERSTEEG, Why do countries adopt constitutional review?, in *Journal of Law, Economics, and Organization*, 30(3), 2014, p. 587-622.

costituzionale alla luce delle sfide contemporanee[132]. Un tale processo di riformulazione dovrà necessariamente avvenire attraverso un approccio dottrinale che vada al di là dei fattori di misurazione, delle fonti e delle spiegazioni tipiche del paradigma classico[133].

In particolare, il giudice costituzionale dovrà essere in grado di interpretare e applicare le norme costituzionali in modo flessibile, attraverso un'attenta analisi del contesto politico, sociale e culturale in cui tali norme vengono applicate. Solo così sarà possibile superare il rischio di un'interpretazione statica e dogmatica delle norme costituzionali, che rischia di limitare la capacità di adattamento del sistema giuridico alle sfide *de facto* del presente[134].

In conclusione, l'analisi politologica del ruolo dei tribunali costituzionali nel contesto delle sfide emergenti e delle questioni complesse richiede un approccio dinamico e situazionale, tenendo conto delle diverse interpretazioni, prospettive e dilemmi globali e locali che influenzano la loro funzione. L'adattamento e la flessibilità dei tribunali costituzionali sono cruciali per bilanciare l'attivismo giudiziario con le prerogative delle istituzioni democratiche e garantire un coinvolgimento adeguato delle istituzioni democratiche e dei cittadini nella definizione del profilo della giustizia costituzionale[135]. Questo approccio consente di affrontare efficacemente i conflitti e le sfide che emergono nel contesto politico contemporaneo, garantendo al contempo legittimità e responsabilità nella gestione delle questioni giuridiche e politiche[136].

---

[132] L. R. BARROSO, The Americanization of Constitutional law and its paradoxes: constitutional theory and constitutional jurisdiction in the contemporary world, in *American Journal of Comparative Law*, 57(3), 2009, p. 657-711.

[133] R. HIRSCHL, The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Court, in *Annual Review of Political Science*, 11, 2008, p. 93-118.

[134] T. A. ALEINIKOFF, Constitutional Law in the Age of Balancing, in *Yale Law Journal*, 100(5), 1991, 943-1005; V. JACKSON; M. TUSHNET, *Comparative constitutional law*, 3rd ed., Foundation Press, 2017.

[135] R. D. KELEMEN, The Political Foundations of Judicial Independence in the European Union, in *Journal of European Public Policy*, 19(1), 2012, p. 43-58; G. N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2nd ed., University of Chicago Press, 2008.

[136] Secondo Alessandro Pizzorusso, i sistemi di *civil law* stanno sperimentando una crescente tendenza a utilizzare la giurisprudenza in modo più rilevante, come già avviene nella realtà di *common law*. Dalla fine del XX secolo, l'autorità dei precedenti nei Paesi di "civil law" si è avvicinata sia qualitativamente che quantitativamente a quella sviluppata negli Stati Uniti e negli altri Paesi che seguono lo spirito della *common law*. Per maggiori dettagli sul rafforzamento del diritto giurisprudenziale nei Paesi di civil law nell'Europa continentale, cfr. PIZZORUSSO, A., *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI° secolo*, 2006; Gorla, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffré, 1981; PIZZORUSSO, A., *Sistemi giuridici comparati*, 2a edizione, Milano, Giuffrè, 1998, 307 ss.; Rordorf, R., *'Stare decisis': osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro italiano*, 2006, 279 ss.

2. La sfida dell'equiparabilità nel diritto costituzionale comparato: un'analisi delle corti o consigli (costituzionali o supremi) di Italia, Brasile e Francia

La riformulazione del ruolo del tribunale costituzionale rispecchia una tendenza emergente nel diritto costituzionale comparato globale, in cui la *juristocracy* si presenta come una sfida equiparabile, seppur con peculiarità specifiche, per tutti i sistemi giuridici democratici. In questo contesto, l'adattamento e la flessibilità dei tribunali costituzionali sono fondamentali per affrontare le diverse sfide che emergono in ciascun sistema giuridico, preservando al contempo i principi democratici e garantendo una giustizia costituzionale efficace e responsabile[137].

Nel diritto costituzionale comparato, il termine "equiparabile" implica che due oggetti o sistemi possono essere confrontati in termini di funzioni, principi e struttura, ma non necessariamente che abbiano la stessa misura o siano identici in ogni aspetto. In altre parole, l'equiparabilità suggerisce che esistano somiglianze e analogie tra i sistemi giuridici o i principi costituzionali che possono essere oggetto di confronto e analisi.

Nel diritto, è inadeguato sostenere che l'oggetto del diritto straniero, seppur corrispondente, sia comune riguardo a quello dell'oggetto nazionale. Infatti, i contesti giuridico-culturali diversi sono incommensurabili, ossia non avranno mai la stessa misura. Ne consegue che, in termini di confronto, oggetti incommensurabili che, dall'altro lato, si equiparano, riguardano, ai sensi del metodo di comparazione, potenzialità di relazionarsi tra loro per individuare temi generali che interessino

---

[137] Cfr. GARDBAUM, S., *op. cit*. In Israel, a proposito, si discute una nuova dottrina di posizione e giustificabilità per spiegare l'espansione della Corte suprema del Paese. Come illustrazione, la corte ha attraversato un'espansione su questioni di diritti fondamentali durante gli anni '80. In particolare, la corte ha ampliato i tipi di situazioni che permettevano l'accesso alla propria giurisdizione. La corte non soltanto ha assunto più poteri in relazione ad altri rami pubblici (come esecutivo e legislativo), ma anche ha dato più poteri ai potenziali ricorrenti per mettere in discussione gli atti da questi rami. Quindi, in questo caso, la corte amplia la propria giurisdizione per assicurare una maggior "isonomia giudiziaria" tra i cittadini e lo Stato, un'isonomia che, invece, all'esterno del processo giudiziario, per quanto riguarda la tutela dei diritti, non era possibile. Inoltre, vale la pena osservare il seguente estratto: «In any country, government institutions and the public administration obviously have relatively more power than anyone in dispute with them in their relationships. Bourdieu's analysis shows that they lose some of that power when the dispute is shifted to the judiciary. The broadening of the Supreme Court's jurisdiction in the 1980s through the expansion of the doctrines of standing and justiciability resulted in a transfer of power from government institutions and the public administration to social groups that sought to oppose the policies and decisions of the government and the administration by submitting petitions to the Court – above all, the LFH». MAUTNER, M., *Law & the culture of Israel*, Oxford, 2011, p. 144-145.

entrambi i sistemi giuridici. Ad ogni modo, è fondamentale mantenere una consapevolezza critica delle differenze e delle specificità che distinguono ciascun sistema giuridico e costituzionale, per evitare generalizzazioni eccessive o l'applicazione acritica di soluzioni estranee al contesto locale.

Una questione preliminare, di natura teorico-metodologica, da sollevare in questo studio è se sia davvero possibile fare un vero e proprio confronto tra le corti o consigli (supremi o costituzionali) di Italia, Brasile e Francia. Il dubbio non deriva soltanto dalle singolarità inerenti alla natura giuridica delle istituzioni indicate. In termini ipotetici, un giudice brasiliano — laureato in giurisprudenza nel suo Paese — potrebbe capire la giustizia costituzionale italiana dal punto di vista di un giudice italiano? In altre parole, un tale magistrato, confrontando il suo diritto interno con il diritto straniero, si dedicherebbe alla comprensione del diritto italiano come se fosse un giurista cresciuto e formato in Italia o, piuttosto, si dovrà porre sempre dal punto di vista del diritto brasiliano? Si può riconoscere che entrambi i percorsi siano validi ma, in tal caso, va osservato come ci si trovi di fronte a metodi di diritto pubblico comparato molto diversi.

Il primo percorso si rivolge al metodo positivista o funzionalista di comparazione, secondo il quale un sistema giuridico è in grado di avvicinarsi a un altro se sussistono le stesse misure tra essi in termini di problemi e possibili soluzioni. In questo senso, quando i due sistemi si trovano di fronte a un problema comune, possono anche condividere la stessa soluzione e lo stesso meccanismo per addivenire a una risoluzione soddisfacente, anche trapiantandola dal diritto straniero al diritto nazionale. Di conseguenza, il contesto da cui parte l'interprete (per esempio, se dal contesto brasiliano, italiano e francese, in una ricerca sui tre) sarebbe un fattore indifferente per raggiungere una soluzione equanime o comune.

Da questa prospettiva funzionalista, la ricerca di identità tra forme giuridiche simili situate in ordinamenti diversi consiste nel carattere predominante della comparazione: la connessione con il diritto straniero si stabilisce individuando una o più categorie giuridiche a esso appartenenti che si identificano con quelle presenti nel diritto

nazionale, a seconda dell'obiettivo dello studio che si vuole realizzare[138]. Su questa base metodologica non è insolito che la comunicazione tra gli oggetti di analisi avvenga, in particolare, come un tentativo di omogeneizzare la disciplina del diritto positivo che si

[138] Cfr. A. WATSON, *Legal Transplants*, 2e éd., Athens, University of Georgia Press, 1993; A. WATSON, *The Making of the Civil Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 14. Cfr. altresì Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997, pp. 101-121.

caratterizza per un passaggio alla globalizzazione del diritto (quale sostiene Ferrajoli[139]) o alla preminenza di principi universali (quale sostengono Dworkin[140] e Alexy[141]).

Inoltre, tale comunicazione può avvenire in base a un'identità delle giurisprudenze tra corti o consigli, nazionali o internazionali, che risulterebbe in

---

[139] Ferrajoli nota il costituzionalismo globale come un tipo di espansione del paradigma costituzionale che, sebbene importante ed urgente, è difficile e improbabile che si concretizzi de facto. Secondo l'autore, nell'era della globalizzazione, vi è una tendenza progressiva a spostare il luogo del potere decisionale fuori dai confini nazionali. In questo senso, tra le molte esperienze socioeconomiche recenti che vanno al di là dell'interesse esclusivamente domestico, emerge una visione critica e pessimista in cui il rapporto tra la democrazia rappresentativa e il popolo, che è alla base del diritto occidentale, è stato messo in crisi. Inoltre, Ferrajoli comprende che, anche se si vuole considerare il diritto nazionale come un *corpus* autonomo, la realtà si oppone a tale nazionalismo, in quanto il diritto il diritto vigente – in effetti – è sempre influenzato dal potere economico globale, cioè esercitato dalle grandi potenze, dagli organismi internazionali da esse controllati – la Banca Mondiale, il Fonda Monetario, G20, Consiglio di sicurezza dell'ONU ecc… – e dalle grandi imprese multinazionali. Secondo l'autore, la soluzione al problema della crisi degli Stati e della sfera pubblica nazionale sarebbe l'espansione del costituzionalismo in una misura che corrisponde alla dimensione del globalismo economico. In altre parole, Ferrajoli propone una matrice globale di diritto pubblico che sarebbe in grado di introdurre limiti e vincoli contro il poter economico per la tutela della pace e dei diritti umani. A proposito, l'adozione della Carta dell'ONU e di altre convenzioni internazionali sui diritti da parte degli Stati è stato un primo tentativo di estendere il paradigma del diritto in una direzione globale. Tuttavia, l'assenza di leggi di attuazione in grado di stabilire istituzioni di garanzia a livello mondiale – su questioni come la salute, l'istruzione, la protezione sociale e l'ambiente – dotandole di forza e indipendenza sufficienti è stata osservata dall'autore come un passo indietro verso la realizzazione del costituzionalismo globale. In ogni modo, al di là dello scopo promettente dell'idea di Ferrajoli, bisogna sottolineare che un tale di costituzionalismo globale parte senz'altro dalla premessa che il diritto è capace di essere omogeneizzato, nonostante le differenze tra i sistemi giuridici e i tra valori culturali esistenti. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi Editore, 2017, p. 45-53.

[140] Dal punto di vista di Dworkin, è possibile osservare la presenza di un'idea di verità assoluta o universale nel diritto, che porta l'interprete a sostenere tutta la sua analisi alla ricerca di un risultato oggettivamente vero. A questo proposito, vale la pena citare il seguente passaggio dell'opera dell'autore statunitense: 'a scholar who labors for years over a new reading of Hamlet cannot believe that his various interpretive conclusions are no more valid than the contradictory conclusions of other scholars […]. […] [I]f [interpreters] have come to think that one interpretation of something is best, they can also sensibly think that that interpretation meets the test of what defines success in the enterprise, even if they cannot articulate that test in much or any detail. So they can think there is objective truth in interpretation'. Cfr. Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, 151. Dunque, i principi giuridici in Dworkin – che, al di là delle regole, costituiscono per lui un secondo tipo di norma giuridica – consisterebbero in valori giuridici 'assoluti', capaci di essere applicati indipendentemente dalla particolarità culturale che può essere coinvolta nel caso concreto. Tuttavia, questa oggettivazione del diritto proposta da Dworkin, pur pretendendo di essere universale, è in qualche misura legata a una percezione riducibile a una cultura giuridica anglosassone. Di conseguenza, ciò è in contrasto con un'idea più attenta alla pluralità culturale esistente nel mondo sociale, in cui l'interpretazione giuridica trova non un'unica verità, ma sì uno sviluppo coeso e coerente, raggiungendo la soluzione più accurata per il contesto. Cfr. LEGRAND, Pierre, *Negative comparative law*, JCL 10:2, p. 433.

[141] Alla base della proposta di Alexy dei principi come mandati di ottimizzazione vi è la percezione dell'espansione del concetto di diritto tramite i principi. Anche se i principi sono norme di qualità diversa dalle regole giuridiche e, a differenza di queste ultime, devono seguire una dinamica di bilanciamento quando sono in conflitto con altri principi (cfr. ALEXY, Robert, *Theory of Constitutional Rights*, 2002, p. 47 ss.), ciò non affronta realmente la relatività della storia, dei luoghi, delle culture e dei valori di ogni costituzione. Al contrario, la visione di Alexy è anche quella che aderisce a a un pregiudizio dell'autore stesso. Cfr. PEGORARO, Lucio, *Comparación y globalización (las categorías del derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del derecho comparado)*, in *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje A Jorge Carpizo*, México, Unam-Iij, 2013, pp. 265 – 343, p. 304.

accordo con un *true judicial dialogue*[142], vale a dire la pratica di condividere la comprensione giurisprudenziale per arrivare a un miglior senso dei diritti. In questa prospettiva, avere in comune lo stesso diritto, o trapiantare il diritto da un sistema giuridico in un altro, sarebbe non solo possibile, ma anche socialmente fattibile[143].

La seconda via, d'altronde, si rivolge al metodo culturalista di comparazione, il quale appare scettico circa la circolazione pura di concetti o categorie giuridiche. In particolare, tale approccio ritiene che un'operazione di trapianto del diritto straniero non sarebbe possibile, dal momento che comporterebbe a una rinuncia della contestualizzazione della norma.

In alternativa alla mera circolazione giuridica, il significato originale della legge si perderebbe dal momento in cui fosse confrontato con l'ambiente culturale dell'interprete. Questo viene precisato da Pierre Legrand (*Paris 1 – Pantheón Sorbonne*), quando afferma che il pensiero non può controllare o apprendere totalmente il diritto straniero secondo il suo significato originale, in quanto «*the self cannot be the other*[144]» [il sé non può essere l'altro].

In realtà, quando l'interprete si propone di traslare, nella propria lingua e nel proprio pensiero, il diritto straniero fa, anzi, una trasformazione dall'opera originale, in quanto «*foreign law (being foreign) does not exist in the interpreter's language or*

---

[142] Il dialogo nella congiuntura dei diritti umani equivale alla promozione della *cross-fertilization* degli standard costituzionali e internazionali tra tribunali di varie giurisdizioni. Per questo motivo, il dialogo potrebbe essere praticato in differenti livelli, cioè tra corti domestiche, tra corti internazionali o tra corti domestiche e internazionali. In questi casi, la dialettica dipende da una deferenza reciproca che autorizza l'esistenza di un'interazione libera e vivace tra le corti. Cfr. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, *What do we mean when we talk about judicial dialogue?: Reflections of a judge of the Inter-american Court of Human Rights*, in *Harvard Human Rights Journal*, v. 30, 2017, p. 91. Le intese costruite dal *judicial dialogue* tendono ad essere elevate alla posizione di principi assoluti, che, di conseguenza, non possono essere modificati, sia da una clausola espressa che vieta loro di essere soggetti a qualsiasi tipo di riforma, sia per un divieto implicito derivante dal diritto giurisprudenziale. Cfr. G. HALMAI, *Perspectives on global constitutionalism: the use of foreign and international law*. Eleven International Publishing, Netherlands, 2014, pp. 286, p. 247. Dal prisma del dialogo giudiziale transnazionale, forse la caratteristica più significativa è il suo impatto trasformativo sull'identità del giudice. Da attori nazionali che si occupano principalmente della sfera giudiziale domestica, i giudici delle corti che assumono un ruolo attivo nel dialogo si vedono sempre più come attori veramente transnazionali, nella misura in cui sono in grado di interagire e partecipare del regime giuridico internazionale dei diritti umani. In modo graduale, i giudici nazionali assumono una nuova identità propria come mediatori chiave tra le norme internazionali sui diritti umani e i loro sistemi giuridici nazionali. Cfr. WATERS, Melissa A., *The Future of Transnational Judicial Dialogue*, in *American Society of International Law*, vol. 104, International Law in a Time of Change, 2010, pp. 465-468, p. 466.

[143] Cfr. Watson, A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Athens: University of Georgia Press, 1993, p. 95.

[144] LEGRAND, P., *Negative comparative law*, *op. cit.*, p. 412.

according to this though»[145] [il diritto straniero (essere straniero) non esiste nella lingua dell'interprete o secondo questo pensiero].

Dunque, non appena viene interpretato il diritto straniero, esso viene istantaneamente rivisto e mutato dall'interprete. Infatti, «*toute étude juridique comparative se fonde sur un acte de traduction*[146]»[qualsiasi studio giuridico comparato si fonda su un atto di traduzione]. In questo senso, la traduzione rischia senz'altro di conservare solo delle vestigia del testo originale o, d'altronde, di alterarne la portata espressiva. Qualunque sia la trasformazione effettuata, è certo che non si può dire che la traduzione sia identica all'opera originale. Anzi, l'interpretazione del diritto straniero comporterà sempre un confronto tra due o più universi linguistici eterogenei che, comunque, non possono essere ricondotti all'omogeneità[147].

Perciò, il metodo comparatistico-culturalista si basa sulla ricerca di un'interpretazione "affidabile" del diritto straniero[148], secondo cui il "dialogo" tra due sistemi giuridici sarebbe, in pratica, il verificarsi di "due monologhi", soprattutto in considerazione degli ostacoli che minacciano l'incapacità dell'interprete di comprendere il diritto straniero come se fosse un nativo.

Ciò premesso, all'interno di questo lavoro si proverà a seguire un percorso intermedio. Da un lato, la ragione che ha motivato l'inizio della ricerca è stata la volontà di trovare un livello di simmetria tra le esperienze delle corti (supreme o costituzionali) in Italia, in Francia e in Brasile nella tendenza a espandere la loro autorità normativa a causa della tensione con altri organi democratici.

Per approfondire la comprensione delle dinamiche tra queste nazioni e delle possibilità di dialogo tra queste situazioni, è necessario considerare ulteriori aspetti, come le loro istituzioni politiche, i sistemi economici, gli atteggiamenti sociali, i processi di globalizzazione e il sistema giuridico comune.

---

[145] LEGRAND, P. *Negative comparative law*, *op. cit.*, p. 412.

[146] S. GLANERT, Comparaison et traduction des droits : à l'impossible tous sont tenus, in P. LEGRAND (sous la direction de), *Comparer les droits, résolument*, 1er édition, Paris, 2009, p. 215.

[147] LEGRAND, P. *Negative comparative law*, *op. cit.*, p. 412.

[148] No sentido de que o interesse do direito comparado é ter uma visão estrangeira do direito estrangeiro, cfr. LEGRAND, Pierre, *Pour la relevance des droits étrangers*, Paris, IRJS Editions [coll. «Les Voies du droit»], 2014).

A livello politico, le tre nazioni hanno sistemi istituzionali diversi: la Francia è una repubblica semipresidenziale[149], il Brasile è una repubblica federale presidenziale[150] e l'Italia è una repubblica parlamentare[151]. Le differenze istituzionali possono influenzare la capacità dei governi di affrontare questioni come la disuguaglianza, la partecipazione sociale e la stabilità politica. A tal proposito, adottano meccanismi diversi per il ristabilimento della stabilità politica, ad esempio attraverso l'istituto della *destitution* in Francia (art. 68, Cost.), della sfiducia in Italia (art. 94, Cost.) e dell'*impeachment* in Brasile (art. 86, Cost.).

In termini economici, Francia e Italia sono economie avanzate del "*global north*", mentre il Brasile è un'economia emergente del "*global south*"[152]. Tuttavia, è importante sottolineare che il Brasile è un Paese rilevante in termini di Prodotto Interno Lordo (PIL) e fa parte del gruppo BRICS, che comprende alcune delle principali economie emergenti a livello mondiale.

È importante notare che le economie avanzate del Nord globale affrontano generalmente sfide associate alla globalizzazione, come la delocalizzazione delle industrie e l'aumento dell'immigrazione. D'altra parte, le economie emergenti del Sud globale tendono ad affrontare problemi più strettamente legati alla disuguaglianza interna e alla dipendenza dalle esportazioni di materie prime. Nonostante ciò, queste caratterizzazioni possono variare tra i Paesi e non sono esclusive o esaustive delle sfide che ogni economia può affrontare[153].

Gli atteggiamenti sociali e i processi di globalizzazione sono anch'essi rilevanti nel confronto tra le tre nazioni. Ad esempio, la Francia ha una lunga tradizione di

---

[149] M. DUVERGER, A New Political System Model: Semi-presidential Government, in *European Journal of Political Research*, 8(2), 1980, 165-187.

[150] D. SAMUELS, *Ambition, Federalism, and Legislative Politics in Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

[151] G. PASQUINO, *Sistemi politici: Il parlamentarismo*. Bologna: Il Mulino, 2009

[152] I. WALLERSTEIN, The Modern World-System I: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century. New York: Academic Press, 1974; A. AMSDEN, *The Rise of "The Rest": Challenges to the West from Late-Industrializing Economies,* Oxford: Oxford University Press, 2001.

[153] Cfr. D. Rodrik, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, W. W. Norton & Company, 2011; D. Held & A. McGrew, *Globalization/Anti-Globalization: Beyond the Great Divide*, Polity Press, 2007; J. D. Sachs, *The Age of Sustainable Development*, Columbia University Press, 2015.

laicità[154], mentre l'Italia e il Brasile sono caratterizzati da un forte legame con la religione cattolica[155]. Inoltre, la globalizzazione ha portato a una maggiore interconnessione tra le nazioni e ha influenzato le relazioni internazionali, il commercio e i flussi migratori[156].

A livello giuridico, il legame tra Francia, Italia e Brasile si basa sul fatto che questi Paesi adottano un sistema giuridico fondato sul diritto codificato piuttosto che sulla giurisprudenza, vale a dire la *civil law*, a differenza del sistema della *common law*.

La *civil law*, sebbene abbia radici nel diritto romano e nel *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano I, deve molto alla Francia per la sua diffusione e sviluppo. Il Codice civile francese, o Codice napoleonico, del 1804, ha sintetizzato e unificato il diritto privato francese, combinando le tradizioni romane e le consuetudini locali, fornendo un modello per la codificazione dei diritti civili in molti altri Paesi.

L'Italia e il Brasile, seguendo l'esempio francese, hanno creato i propri codici civili ispirandosi al modello della *civil law*. L'Italia ha adottato il suo primo Codice civile nel 1865, sostituito dal Codice civile del 1942, ancora in vigore. Il Brasile, nel contesto della sua tradizione giuridica, ha promulgato il suo Codice civile nel 1916, sostituito da una nuovissima versione nel 2002.

Tuttavia, è fondamentale tenere in considerazione le specificità culturali che distinguono i vari sistemi costituzionali, poiché la tradizione della *civil law* non implica necessariamente un'omogeneità giuridica tra i tre Paesi. Al contrario, il grado di sviluppo del diritto giurisprudenziale varia tra Francia, Italia e Brasile, a seconda del ruolo dei giudici nella vita culturale e politica del Paese per garantire la tutela dei diritti, il quale, come si vedrà in seguito, sarà osservato ai sensi della tesi del (ri)accentramento del giudice costituzionale, accolta dalla dottrina italiana e promossa dal Professor

---

[154] J. BAUBEROT, *La laïcité expliquée à M. Sarkozy et à ceux qui écrivent ses discours*, Paris : Albin Michel, 2004.

[155] J. CASANOVA, *Public Religions in the Modern World*, Chicago: University of Chicago Press, 1994.

[156] D. HELD, A. MCGREW, D. GOLDBLATT & J. PERRATON, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*, Stanford: Stanford University Press, 1999.

Roberto Romboli. Pertanto, un'ipotesi di uniformità tra sistemi giuridici diversi non è propriamente applicabile, poiché ogni sistema nazionale presenta peculiarità proprie[157].

3. Comparare oggetti (sistemi costituzionali, corti e culture) incommensurabili nell'ottica del diritto straniero: uno spunto sul pensiero di Pierre Legrand

La comparazione di oggetti incommensurabili, come sistemi giuridici e costituzionali, rappresenta una sfida complessa e delicata che necessita di un'analisi critica e di una profonda consapevolezza delle differenze culturali e storiche. L'analisi proposta si concentra sulle idee di Legrand riguardo al metodo comparatistico-culturalista e al concetto di incommensurabilità nel diritto comparato, esplorando l'importanza del contesto culturale e delle specificità locali nel confronto tra sistemi giuridici diversi.

Si esamineranno inoltre le implicazioni che derivano dall'adozione di un approccio culturalista nella comparazione di sistemi costituzionali, corti e culture, e si valuterà come questo possa promuovere una maggiore consapevolezza delle differenze e delle problematiche emergenti nel confronto tra sistemi giuridici e costituzionali.

Sulla base di queste considerazioni, Legrand propone l'utilizzo del metodo culturalista piuttosto che del metodo comparativo positivista, sottolineando l'importanza del contesto "glocale", che risponde all'interazione tra elementi globali e aspetti locali. Ciò permette di evitare un approccio generico e di favorire la comprensione delle specificità delle realtà nazionali, come ad esempio quelle del Brasile, dell'Italia o di altri Paesi, durante la fase interpretativa.

In questo modo, l'analisi delle realtà straniere può offrire una prospettiva utile per comprendere le particolarità dei diversi contesti nazionali e risulta essere d'ausilio a un dialogo più ricco e profondo tra sistemi giuridici e costituzionali. In tal senso,

---

[157] J. H. MERRYMAN & R. PÉREZ-PERDOMO, The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. Stanford: Stanford University Press, 2007. In realtà, questa idea di utilizzare il diritto straniero come un parametro puro è piuttosto sfruttata dal metodo cosiddetto funzionalista, che, a sua volta, lo mette in contrasto con il cosiddetto metodo culturalista, secondo il quale bisogna sempre tener conto della distinzione culturale che separa i contesti che si confrontano. Per intendere in modo più netto il contrasto tra il metodo positivista e il metodo culturalista, nonché saper come il primo risponde alle critiche ricevute dal secondo, cfr. Gordley, J. (2017), *Comparison, Law, and Culture: A Response to Pierre Legrand*†, in *The American Journal of Comparative Law*, 65(suppl_1), 133–180. doi: 10.1093/ajcl/avx017.

> Pour le positiviste, le droit « posé », c'est à la fois le point de départ et le point d'arrivée de la recherche comparative, alors que pour le culturaliste, le droit « posé » ne peut jamais signifier qu'un point de départ et certainement pas un point d'arrivée. Il s'agit donne d'un lieu à partir duquel on se livre à une démarche d'excavation, à des fouilles, pour montrer ce que recèle ce droit « posé », pour mettre au jour ce qu'il cache (compliquons un peu les choses : pour le culturaliste, le « droit posé » n'est autre qu'une position, c'est-à-dire un point de vue – et ce sont les tenants et aboutissants de ce point de vue qu'il lui faut éclairer). Ce texte de loi, cette décision de jurisprudence, que révèlent-ils ? De quelles caractéristiques culturelles sont-ils l'expression ou le relais ? D'après le culturaliste, chaque texte recèle ainsi des traces culturelles qu'il lui faut dévoiler, mettre au jour, élucider, un peu comme on ouvrirait une archive, afin de rendre compte de ce texte, afin de le situer dans son authenticité (d'ailleurs, l' « archive », étymologiquement parlant, c'est la maison ou, par extension, le lieu, par exemple, lieu qu'habite le texte juridique). Ainsi tel texte législatif recèle des traces politiques, sociales, économiques, historiques et autres. La politique constitue dès lors une dimension de la loi. Il en va de même pour le discours social ou économique qui constituent, eux aussi, une dimension de la loi. Ce n'est donc pas que ces discours ne participent pas du droit, qu'ils sont des discours d'ailleurs, des discours qui relèveraient (pour dire les choses ainsi) du non-droit […][158].

Dunque, se questa ricerca seguisse il metodo positivista di comparazione, gli standard stranieri messi a confronto con la realtà domestica potrebbero non bastare a risolvere alcuni dei problemi interni che richiamano diversi tipi di aiuto, in base alla sua insufficienza contestuale. In effetti, le circostanze che caratterizzano un particolare problema interno dovranno essere considerate dall'istituto straniero eventualmente studiato, specie quando la finalità principale consiste nel trovare delle soluzioni al problema sociale che si pone.

Nel trapiantare semplicemente una soluzione pronta che abbia funzionato bene in un altro Paese, si corre il rischio di adottare il testo o l'elemento prescrittivo di un'istituzione, ignorando la situazione sociale, la cultura e le sfide che meritano di essere affrontate dal diritto nel contesto di arrivo. Pierre Legrand sostiene, in un suo

---

158 [Per il positivista, il diritto "postulato" è sia il punto di partenza che il punto di arrivo della ricerca comparativa, mentre per il culturalista il diritto "postulato" può sempre e solo significare un punto di partenza e non certo un punto di arrivo. È un luogo da cui partire per un processo di scavo, per scoprire ciò che si nasconde in questa legge "postulata" (complichiamo un po' le cose: per il culturalista, la "legge postulata" non è altro che una posizione, cioè un punto di vista - ed è l'interno e l'esterno di questo punto di vista che deve illuminare). Cosa rivela questo testo giuridico, questa decisione della giurisprudenza? Di quali caratteristiche culturali sono espressione o relè? Secondo il culturalista, ogni testo nasconde quindi tracce culturali che devono essere rivelate, portate alla luce, chiarite, un po' come l'apertura di un archivio, per dare conto di questo testo, per collocarlo nella sua autenticità (del resto, l'"archivio", etimologicamente, è la casa o, per estensione, il luogo, ad esempio il luogo abitato dal testo giuridico). Un testo legislativo contiene quindi tracce politiche, sociali, economiche, storiche e di altro tipo. La politica è quindi una dimensione del diritto. Lo stesso vale per i discorsi sociali o economici, che costituiscono anch'essi una dimensione del diritto. Non si tratta quindi di discorsi che non partecipano al diritto, ma di discorsi che vengono da altrove, discorsi che apparterrebbero (per dirla così) al non diritto [...]]. P. LEGRAND, *La comparaison des droits expliquée à mes étudiants*, in P. LEGRAND, *Comparer les droits résolument,* 2009, p. 232.

articolo[159], l'importanza di considerare il contesto culturale, sociale e storico quando si implementano soluzioni giuridiche. Egli mette in evidenza i rischi derivanti dall'adozione di un quadro giuridico proveniente da un altro Paese senza tener conto delle specifiche circostanze e delle esigenze del contesto locale.

Ad esempio, in Italia, l'approccio alla suddetta dottrina ha prodotto risultati significativi, come l'espansione dell'influenza della Corte costituzionale. Il metodo comparativo culturalista mira a identificare le peculiarità di ciascun Paese, evitando un'omogeneizzazione tra diritto nazionale e straniero, e mettendo in luce le differenze piuttosto che le somiglianze nella ricerca.

La tesi del (ri)accentramento del giudice costituzionale, propugnata da Romboli, non può essere semplicemente trasposta in scenari brasiliani o francesi, poiché i risultati di accentramento o decentramento del potere possono differire notevolmente tra i vari contesti nazionali. Tuttavia, la teoria straniera può essere utilizzata come quadro di riferimento, pur producendo risultati peculiari in ciascuna località.

La discussione sul fatto che la giustizia costituzionale possa venire incontro ai desideri della società è il punto di partenza del nostro ragionamento. In generale, quando i poteri politici o istituzionali sono in qualche modo indeboliti o degradati, i tribunali sono chiamati a evitare l'erosione democratica, assumendo un ruolo di affermazione dei diritti fondamentali.

In ogni modo, trattare i tribunali come "l'ultima speranza" della democrazia a volte risulta incompatibile con la struttura di queste istituzioni. Infatti, a differenza del ramo legislativo o esecutivo, la giustizia costituzionale non è chiamata a rispondere ai bisogni della società nel suo complesso. In realtà, tali tribunali sono più adatti a promuovere la tutela individuale dei diritti o anche la dichiarazione di illegittimità di leggi, atti con forza di legge o regolamenti.

4. L'ostacolo dottrinale dell'interpretazione creativa: sfide e confronti tra la tradizione di *civil law* e quella di *common law*

[159] P. LEGRAND, *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 4(4), 1997, 111-124.

Sebbene il fattore culturale sia fondamentale nella creazione, nel consolidamento e nella trasformazione del diritto giurisprudenziale, è importante sottolineare che, dal panorama normativo-dogmatico, la tradizione di *civil law*, attraverso il proprio concetto di diritto derivante dallo statuto legislativo, non favorisce la giurisprudenza come fonte giuridica. Il concetto di diritto vivente è tradizionalmente definito in un altro contesto, ovvero quello della *common law*.

Nel diritto britannico, da dove ha origine la *common law*, la tradizione si basa sui precedenti, consentendo l'evoluzione dei principi nel tempo tramite le decisioni dei giudici. Un esempio emblematico di questo concetto di creazione del diritto attraverso la giurisprudenza è il caso *Donoghue v. Stevenson* (1932) UKHL 100, tramite cui la *House of Lords* ha gettato le basi della moderna norma sulla negligenza e ha introdotto il principio della "*neighbour principle*", che stabilisce che gli individui sono tenuti ad adottare un ragionevole livello di diligenza e cura nel prevenire atti od omissioni che possano ragionevolmente essere previsti come suscettibili di arrecare danno alle persone che vivono nelle vicinanze.

Tale principio è stato successivamente utilizzato e sviluppato in molteplici casi, adattandosi a nuove situazioni e problemi legali presentatisi nel tempo. Dunque, il caso *Donoghue v. Stevenson* rappresenta un esempio significativo di come la *common law* possa adattarsi ed evolversi in risposta alle trasformazioni sociali e alle nuove sfide legali. Grazie alla sua flessibilità nel corso della storia, la *common law* ha saputo mantenere la propria rilevanza e importanza nel sistema giuridico del Regno Unito e in altri Paesi che l'hanno adottata come modello di riferimento.

In aggiunta, negli Stati Uniti, dove esiste una costituzione scritta, l'idea di adattamento giurisprudenziale è spesso espressa attraverso il concetto di "*living*

constitution"[160], quale antitesi di "*constitutional originalism*"[161]. Per comprendere la tendenza vivente del diritto nel Paese, la Corte Warren è spesso citata come un esempio emblematico di trasformazione del diritto tramite la giurisprudenza. A tal riguardo, durante il periodo del Capo della Corte Warren, la Corte suprema degli Stati Uniti sembrava favorire le trasformazioni sociali nel Paese attraverso decisioni giurisprudenziali progressiste e pionieristiche.

Nonostante ciò, a più di settant'anni di distanza dall'epoca Warren, la stessa Corte suprema si è trasformata in un'istituzione notevolmente differente, adottando posizioni più conservatrici, o persino ultraconservatrici, in materia di diritti civili[162]. Un esempio emblematico è la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), che ha inflitto un duro colpo al diritto all'aborto stabilito dalla storica sentenza *Roe v. Wade* (1973).

Indipendentemente dal giudizio positivo o negativo circa un cambiamento giurisprudenziale di tale portata, è fondamentale riconoscere che l'attivismo giudiziario si manifesta attraverso la propensione dei tribunali a interpretare una costituzione in modo più esteso e proattivo, giungendo in alcuni casi a sovrapporsi alle decisioni politiche adottate da governi e legislatori.

---

[160] Sull'argomento in questione, tre opere di B. ACKERMAN sono di grande rilevanza: *We the People: Foundations*, Harvard University Press, 1991, *We the People: Transformations*, Harvard University Press, 1998 e *We the People: The Civil Rights Revolution*, Harvard University Press, 2014. Inoltre, altre opere importanti sono *The Notion of a Living Constitution* di W. H. REHNQUIST (Texas Law Review, 1986), *Living Originalism* di J. M. BALKIN (Harvard University Press, 2011) e *The Living Constitution* di D. A. STRAUSS (Oxford University Press, 2010).

[161] Sottolineo però l'approccio del c.d. originalismo adottato da Antonin Scalia, secondo cui i tribunali degli Stati Uniti dovrebbero smettere di prendere posizioni su controverse costituzionali che sono in contrasto con l'intenzione originale degli autori della costituzione scritta. Infatti, qualsiasi cambiamento rilevante nel sistema richiederebbe riforme politiche formali degli statuti giuridici o della costituzione stessa. A questo riguardo, l'autore rifiuta quindi la legittimità del fenomeno chiamato *living constitution*, che, grosso modo, significa che il fenomeno intende che il diritto giurisprudenziale è in grado di far evoluire l'interpretazione del sistema costituzionale statunitense sulla base di fattori come la storia politica (Cfr. B. ACKERMAN, *The Holmes Lectures: The Living Constitution*, Faculty Scholarship Series. Paper 116, 2007) e la common law (Cfr. D. A. STRAUSS, *The living Constitution*, New York: Oxford University Press, 2010). In realtà, Scalia sostiene che qualsiasi cambiamento rilevante richiederebbe riforme politiche formali, sia degli statuti legali che della costituzione stessa. Dunque, la *living constitution* consisterebbe in un eccesso di creatività giudiziaria, che, tra l'altro, tenderebbe a rendere la costituzione scritta una formula vuota e a dare più potere politico ai giudici che alla democrazia maggioritaria. A. SCALIA, *Common-Law Courts in a civil-law system: the role of United States Federal Courts in interpreting the Constitution and Laws*, *in*: A. SCALIA, et al, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Edited by Amy Gutmann, STU - Student edition ed., Princeton University Press, 1997, P. 44-47.

[162] Cfr. R. GARGARELLA, *The Legal Foundations of Inequality: Constitutionalism in the Americas, 1776-1860*, Cambridge University Press, 2010; R. GARGARELLA, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Ashgate, 2005.

Pertanto, è possibile ormai trarre due considerazioni a riguardo. In primo luogo, anziché concepire la giustizia costituzionale come un'istituzione incline all'attivismo giudiziale, è necessario vederla come un'entità che attraversa fasi di "accentramento" o di "decentramento" dei propri poteri. In secondo luogo, per quanto riguarda la tradizione di *civil law*, eventuali periodi di accentramento dei tribunali contrastano con il principio secondo cui la legge rappresenta la fonte normativa vincolante.

Infatti, nella tradizione di *common law* sussiste un sistema giuridico che si basa principalmente sulla giurisprudenza, dove le decisioni dei giudici e i precedenti svolgono un ruolo cruciale nella definizione delle regole e dei principi giuridici. In questo contesto, il precedente giudiziario rappresenta un fondamento essenziale per garantire coerenza e prevedibilità nel sistema giuridico. I giudici, infatti, sono tenuti a rispettare e applicare i principi stabiliti dalla tradizione e dalle decisioni precedenti, assicurando in tal modo un'applicazione uniforme del diritto[163]. Tuttavia, nel corso del tempo e a fronte di cambiamenti sociali, politici ed economici, è necessario che il sistema giuridico si adatti per rimanere pertinente e rispondere alle nuove esigenze della società.

In questo quadro evolutivo, il concetto di *overruling* assume un ruolo fondamentale. L'*overruling* permette ai giudici di sostituire un precedente con un nuovo orientamento qualora sia necessario adeguare il sistema giuridico alle trasformazioni sociali e alle nuove realtà. Questo meccanismo, tuttavia, viene applicato con cautela e solo in situazioni rilevanti, poiché è importante preservare la stabilità e la coerenza del sistema giuridico. Attraverso l'*overruling*, la *common law* riesce a bilanciare la necessità di adattarsi alle nuove sfide e circostanze con la salvaguardia della tradizione e delle regole stabilite nel tempo. In questo modo, il sistema giuridico basato sulla *common law*

---

[163] Nella relazione introduttiva alla pubblicazione delle giornate di studio in memoria di Alessandra Concaro, relativa ai lavori del Seminario tenutosi a Pisa il 4-5 giugno 2010, Pizzorusso ha affermato che si trova spesso tra gli scritti giuridici l'osservazione che lo sviluppo dell'attività della giustizia costituzionale ha contribuito ad un importante avvicinamento tra common law e civil law. In questo senso, la tradizionale affermazione che le decisioni giudiziarie determinano la natura della common law, mentre la legislazione è la caratteristica fondamentale della civil law sta diventando meno evidente grazie a un movimento di dialogo tra le due tradizioni giuridiche. Questo dialogo fornisce le condizioni affinché le suddette tradizioni si scambino profili ed esperienze alla ricerca di un margine di flessibilità e di adattamento nei loro sistemi giuridici. A. PIZZORUSSO, *Relazione introduttiva. Corte costituzionale e sistema istituzionale*, in Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro, G. Giappichelli Editore - Torino, 2011, p. 1 ss. Ciononostante, le identità della civil law e della common law rimangono conservate, soprattutto per quanto riguarda la sicurezza e la stabilità offerte dai loro rispettivi metodi di applicazione giuridica. Cfr. J. DAINOW, The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison, in *The American Journal of Comparative Law*, 15(3), 419-435, 1966, p. 434-435.

dimostra la sua flessibilità e capacità di evolversi, pur mantenendo la sua identità e la sua coerenza interna.

Parallelamente, nei sistemi di *civil law*, i giudici hanno un ruolo principalmente interpretativo delle norme giuridiche codificate. Tuttavia, in tempi recenti, si è osservato un fenomeno di crescente assertività dei giudici nel promuovere il cambiamento di principi giuridici a livello sociale. Pur non avendo il potere di modificare direttamente la legge, i giudici in questi sistemi stanno via via acquisendo un'influenza crescente nella formazione e nell'interpretazione delle norme giuridiche. Attraverso decisioni coraggiose e innovative, i giudici riescono a influenzare la direzione del diritto, contribuendo a un'evoluzione delle norme in linea con le trasformazioni sociali e le esigenze della collettività.

Questa crescente assertività dei giudici nei sistemi di *civil law* è forse un'espressione del processo di "avvicinamento" tra le tradizioni giuridiche della *common law* e della *civil law*. Mentre la *civil law* sta gradualmente assimilando alcune caratteristiche tipiche della *common law*, come il riconoscimento del ruolo della giurisprudenza nel plasmare il diritto, i giudici stanno acquisendo maggiore autonomia e flessibilità nella loro attività interpretativa. Questo processo di convergenza tra le due tradizioni giuridiche ha portato a una maggiore fluidità, coesione e coerenza all'interno dei sistemi giuridici di *civil law*, permettendo loro di adattarsi meglio alle sfide e alle trasformazioni che la società contemporanea impone.

L'eminente Maestro della Scuola Pisana di Giustizia Costituzionale, Alessandro Pizzorusso, sostiene che tale fenomeno si concretizza attraverso un processo di convergenza attribuibile ad almeno due fattori cardine. La prima vede protagoniste la globalizzazione e l'armonizzazione del diritto: la globalizzazione ha portato a un'intensificazione degli scambi commerciali e culturali tra i Paesi, favorendo l'interazione tra diversi sistemi giuridici. In questo contesto, è emersa la necessità di armonizzare le norme e i principi giuridici a livello internazionale, spingendo i sistemi di *civil law* e di *common law* ad adottare soluzioni simili per risolvere questioni comuni. La crescente importanza delle convenzioni internazionali, dei trattati e delle normative

sovranazionali, come quelle dell'Unione Europea, hanno accelerato questo processo di convergenza tra le due tradizioni giuridiche[164].

In aggiunta, la seconda consiste nell'influenza reciproca tra le scuole di pensiero giuridiche: le scuole di pensiero giuridiche di *civil law* e *common law* si sono influenzate a vicenda nel corso del tempo, adottando e adattando concetti e principi l'una dall'altra. Ad esempio, il diritto amministrativo, tradizionalmente associato ai sistemi di *civil law*, è oggi presente anche nei sistemi di *common law*, mentre alcune tecniche interpretative e determinati principi di *common law*, come il concetto di equità, hanno trovato applicazione nei sistemi di *civil law*. Questo scambio di idee e concetti tra

[164] Secondo Pizzorusso, tutto ciò avviene alla maggiore conoscenza reciproca acquisita principalmente attraverso il perfezionamento della disciplina del diritto comparato; a ciò hanno contribuito anche ragioni specifiche, tra cui la diffusione del controllo di costituzionalità delle leggi nell'area di civil law, l'appartenenza della Gran Bretagna al Consiglio d'Europa e all'Unione Europea, e i crescenti contatti stabiliti non solo tra gli studiosi ma anche tra i professionisti che lavorano nei due universi. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª edizione, Milano, Giuffrè, 1998, 307 ss. Per inciso, nei suoi scritti sul sistema giudiziario in Italia, Pizzorusso esercita una comprensione molto particolare del precedente nella tradizione del *civil law*, anche se è vero che ciò trova qualche ispirazione nella common law. Con riguardo art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario italiano, Pizzorusso sottolinea che ciò conferisce alla Corte di Cassazione la funzione nomofilattica di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge (la fonte del diritto su cui si fonda un ordinamento civile). Secondo l'autore, conferire unità all'interpretazione del diritto nazionale è il ruolo primario della Corte di Cassazione, stabilendo decisioni in grado di servire come "precedenti" con un forte effetto persuasivo sulle altre corti e su tutti gli operatori del diritto. A. PIZZORUSSO, L'ordinamento giudiziario, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 375. Se è vero che la Cassazione coopera con la funzione giurisdizionale in senso stretto, consistente nel promuovere la giustizia nelle controversie tra le parti, Pizzorusso si unisce a Calamandrei nell'affermare che tale cooperazione sarebbe un semplice mezzo per raggiungere il fine: la formulazione della regola da applicare nei casi futuri. Cfr. P. CALAMANDREI; C. FURNO, *Cassazione civile*, in: *Nss*. D.I., Torino, II, 1958, 1055. In questo spettro, questa funzione nomofilattica finisce per realizzare una necessaria integrazione del sistema delle fonti del diritto, valorizzando il lavoro interpretativo del giurista rispetto all'attività politica del Parlamento e del governo.

le due tradizioni giuridiche ha contribuito a un'interrelazione tra *civil law* e *common law*[165].

Il processo di convergenza tra le tradizioni giuridiche di *common law* e *civil law*, come sostenuto da Pizzorusso, evidenzia l'importanza crescente del ruolo della giurisprudenza nella formazione e interpretazione delle norme giuridiche nei sistemi di *civil law*. Questa tendenza è frutto di una maggiore attenzione al dinamismo e alla flessibilità offerti dal modello della *common law*, con i giudici che assumono un ruolo più attivo nella risoluzione delle controversie e nella creazione di soluzioni originali a questioni complesse.

In questo contesto, i sistemi di *civil law* iniziano a incorporare alcune delle caratteristiche tipiche della *common law*, come l'attenzione al precedente giudiziario e l'uso della giurisprudenza come strumento per l'interpretazione e l'applicazione delle norme. Questa convergenza tra le due tradizioni giuridiche contribuisce a conferire maggiore fluidità, coesione e coerenza all'intero sistema giuridico, permettendo una migliore adattabilità alle trasformazioni sociali e alle esigenze delle società contemporanee.

Pertanto, l'incorporazione di alcune caratteristiche tipiche della *common law* nei sistemi di *civil law* rappresenta un passo importante nella direzione di un sistema giuridico più dinamico e adattabile. Tuttavia, questo processo di convergenza non va inteso come un abbandono delle radici storiche e culturali proprie di ciascuna tradizione

---

[165] A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento… op. cit.*, p. 905-906. Secondo Pizzorusso, la Corte di Cassazione, per poter svolgere questo ruolo con maggior vigore, dovrebbe presentarsi come una vera e propria Corte Suprema (sul modello della Corte Suprema degli Stati Uniti), il che presuppone non solo di avere il potere di revisione sulle decisioni di tutti gli altri giudici (con l'esclusione, ovviamente, della Corte costituzionale e della giurisdizione amministrativa), ma anche di essere messa in grado di godere delle condizioni strutturali per svolgere il suo ruolo tecnico e politico-costituzionale. Cfr. A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento…*, op. cit., p. 912. Tuttavia, molto più che i cambiamenti che in qualche modo richiedono riforme legislative da parte del Parlamento, Pizzorusso esorta la Cassazione a migliorare il suo modo di argomentazione analitica, utile a formare una giurisprudenza coerente e stabile rispetto a casi simili, e per estrarre dalla legge il significato ermeneutico che corrisponde allo spirito democratico della Costituzione. A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento…*, op. cit., p. 913. Già prima dell'avvento della democrazia in Italia, ovvero nel periodo del fascismo, si diceva che la Cassazione dovesse difendere lo 'jus costitutionis' piuttosto che lo 'jus litigatoris' e stabilire un modo di interpretare la legge con un certo carattere normativo (nei limiti dell'interpretazione) ai sensi dell'articolo 65 del r. d. d. n. 12/41. Cfr. S. LONGHI, *Discorso inaugurale del Procuratore Generale della Cassazione*, in: Aspetti della Corte di Cassazione: compiuto il decennio della sua unità, 1934, 9, 16. La proposta di Pizzorusso sulla funzione nomofilattica si preoccupa non solo dell'autorità di chi crea la decisione che sarà utilizzata come precedente, ma anche della qualità sostanziale e democratica del prodotto creato; in altre parole, Pizzorusso sottolinea che il precedente non può essere dissociato dal dovere di interpretare la legge secondo il rispetto dei principi costituzionali. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Présentation de la Cour constitutionnelle italienne*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 6 (dossier : Italie), gennaio 1999.

giuridica. Piuttosto, è un'evoluzione che permette di sfruttare gli elementi positivi di entrambe le tradizioni per rispondere in modo più efficace alle sfide del contesto contemporaneo.

Nella sezione successiva, approfondiremo ulteriormente questo tema, analizzando la convergenza e la distinzione tra *civil law* e *common law* nell'era dell'attivismo giudiziario, attraverso un'indagine basata sul metodo di comparazione culturalista. Questo approccio ci permetterà di comprendere meglio come le tradizioni giuridiche si influenzino a vicenda e come possano coesistere e integrarsi per offrire soluzioni più adeguate alle complesse problematicità del nostro tempo.

5. Oltre il principio di legalità: convergenza e distinzione nelle tradizioni giuridiche di *civil law* e *common law* nell'era dell'attivismo giudiziario in base al metodo di comparazione culturalista

Sebbene vi siano alcuni elementi di convergenza tra i sistemi giuridici di *civil law* e di *common law*, è fondamentale riconoscere che le differenze storiche, culturali e strutturali tra le due tradizioni rimangono profonde e significative. L'avvicinamento tra *civil law* e *common law* rimane, pertanto, un'argomentazione controversa che richiede un'analisi attenta e sfumata delle singole caratteristiche e pratiche giuridiche di ciascun sistema.

In particolare, è cruciale sottolineare le profonde differenze culturali non solo tra i diversi sistemi di tradizione romano-germanica, ma anche tra questi e la tradizione anglosassone[166]. Di conseguenza, i contrasti tra queste realtà distinte non possono essere completamente colmati. Per esempio, nelle corti di *civil law*, i giudici, quando aprono le porte all'attivismo giudiziario e accettano l'idea che la giurisprudenza possa creare diritto, non adottano gli stessi rigidi limiti per l'*overruling* che caratterizzano i

[166] P. LEGRAND, *European Legal Systems are not Converging*, in *International and Comparative Law Quarterly, 45*(1), pp. 52-81, 1996, p. 79 ss., che descrive con grande effetto che la cultura giuridica di ogni esperienza risuona nel significato della norma del sistema stesso. In questo senso, le norme che arrivano da due sistemi distinti non sono mai in grado di stabilire un vero dialogo tra loro, nella misura in cui l'approccio in questo senso sarebbe solo un rapporto di incomprensione reciproca, vale a dire l'interprete del primo sistema pensa che l'altro stia comprendendo ciò che viene letto dal secondo, ma in realtà crea (inventa) la propria interpretazione a partire da ciò che viene da esso. Anche se c'è una proposta di diritto formale per imporre un'integrazione intersistemica, come quella Europea, non v'è una reale convergenza sulla base dell'intrasponsabilità culturale.

cambiamenti giurisprudenziali nell'ambito anglosassone. Invece, le corti di *civil law* tendono a svolgere un ruolo più flessibile[167] e pragmatico[168], esercitando una creatività decisionale spesso più ampia rispetto a quella presente nella *common law*.

Una differenza chiave tra *common law* e *civil law* riguarda il ruolo e il peso del precedente giudiziario. Nella *common law*, il precedente funge da limite e vincolo all'attività giudiziaria, garantendo coerenza e uniformità nelle decisioni dei giudici attraverso il principio dello *stare decisis*, che impone ai giudici di seguire le decisioni precedenti in casi simili. D'altro canto, è indubbio che «il precedente [sia] un fenomeno estremamente diffuso, presente e importante anche negli ordinamenti di *civil law*[169]». Tuttavia, anche se in alcuni Paesi come Italia e Brasile viene attribuito un carattere vincolante al precedente (simile allo *stare decisis)*, il grado di contenimento della creazione giurisdizionale rimane debole rispetto a quanto avviene nella *common law*.

Infatti, in Italia e Brasile, sebbene sia riconosciuto il carattere vincolante del precedente, il grado di contenimento della creazione giurisdizionale risulta limitato rispetto alla *common law*. L'introduzione di leggi che stabiliscono il carattere vincolante dei precedenti, come la legge italiana del 2009 e il Codice di procedura civile brasiliano del 2015, non ha determinato un'adesione sistematica ai precedenti da parte dei giudici.

Questa situazione mette in luce la complessità e la sfida nell'armonizzazione dei sistemi giuridici di *civil law* e *common law*. Pur avendo leggi che stabiliscono il carattere vincolante dei precedenti, l'attuazione pratica di questo principio nelle corti di *civil law* non raggiunge la stessa consistenza e rigidità riscontrabile nella *common law*. Questa differenza può essere attribuita alle radici storiche e culturali dei due sistemi giuridici e alla diversa concezione del ruolo del giudice e dell'autorità giurisprudenziale.

---

[167] Cfr. J. BELL, *English Law and French Law—Not so Different?*, *in*: Current Legal Problems 48, 1995, 63-101, p. 98-99.

[168] Cfr. C. MEZZANOTTE, Corte costituzionale e legittimazione politica, Roma, Tipografia Veneziana, 1984, ripubblicato Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 115. Da questo punto di vista, per quanto riguarda lo scenario italiano, Tega sostiene che per effettuare il controllo in via incidentale delle leggi create dopo la Costituzione del 1947, la Corte costituzionale ha iniziato ad utilizzare non solo una logica decisionale basata su valori costituzionali (come faceva con le leggi del periodo fascista), ma anche a seguire una logica più aleatoria, cioè che richiede che i parametri siano continuamente adattati al risultato e conferisce alla Corte un marcato profilo di mediazione e moderazione. D. TEGA, *La Corte nel contesto… op. cit.*, p. 89-90.

[169] TARUFFO, M., *Dimensioni del precedente giudiziario*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1994, p. 411 ss.

Inoltre, la questione dell'interpretazione creativa da parte dei giudici nelle corti di *civil law* rappresenta un ulteriore ostacolo dottrinale per l'avvicinamento tra i due sistemi. Mentre la *common law* accetta e promuove una certa discrezionalità giudiziaria nella creazione del diritto, la tradizione di *civil law* si basa su un principio di legalità più rigido che limita la possibilità di interpretazione creativa da parte dei giudici.

Nonostante queste differenze, è importante notare che la crescente interazione tra persone, Paesi e istituzioni, nonché tra tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law*, sta portando a un maggior dialogo tra i due sistemi. L'adozione reciproca di pratiche e principi tipici di svariati sistemi giuridici, come l'attivismo giudiziario e il peso del precedente, sta contribuendo a una maggiore fluidità, coesione e coerenza nel panorama giuridico globale[170].

In effetti, la convergenza tra le tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law* non implica necessariamente la fusione dei due sistemi o l'eliminazione delle differenze sostanziali che li caratterizzano. Piuttosto, la sfida consiste nel trovare un equilibrio tra l'integrazione di pratiche e principi condivisi e il rispetto del contesto locale, il che mette in campo la preservazione delle specificità storiche, culturali e strutturali di ciascun sistema giuridico. Questo approccio bilanciato consente una maggiore adattabilità alle trasformazioni sociali e alle esigenze delle società contemporanee, pur mantenendo le identità giuridiche distintive e nelle stesse tradizioni di *civil law* e di *common law*.

Un esempio di questo equilibrio si può trovare nella crescente adozione di codici modello e principi uniformi nel diritto internazionale privato e nel diritto commerciale internazionale, come la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG) e i Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali. Tali strumenti cercano di concordare le norme giuridiche tra i sistemi di *civil law* e *common law*, facilitando le transazioni commerciali internazionali e promuovendo la cooperazione giuridica, pur lasciando spazio alle specificità locali e alle tradizioni giuridiche di ciascun Paese.

---

[170] Su questo argomento, opportuno conferire cfr. M. BUSSANI – U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012; H. P. GLENN, Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law, Oxford University Press, 2014; P. LEGRAND – R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003.

Dunque, “l'avvicinamento" tra i sistemi giuridici di *civil law* e di *common law* è un processo complesso e sfaccettato che richiede un'analisi approfondita delle differenze e delle convergenze tra le due tradizioni. Ad ogni modo, attraverso un approccio equilibrato e un confronto tra i diversi sistemi giuridici, è possibile promuovere un dialogo critico-costruttivo e una maggiore comprensione reciproca, valorizzando al contempo le specificità di ciascuna tradizione giuridica.

Tra questi elementi comuni, si può citare l'importanza di istituti giuridici come il precedente e l'*overruling*. Sebbene tali concetti abbiano origini e significati diversi nei quadri specifici delle due tradizioni, essi vengono progressivamente recepiti e reinterpretati nelle rispettive tradizioni domestiche[171]. Ad esempio, in Italia e Brasile,

[171] Per esempio, l'avvento del Codice di procedura civile brasiliano (CPC) del 2015 ha portato nel sistema interno diversi istituti della tradizione di *common law* che, tra l’altro, erano già previsti dalla dottrina nazionale. Cfr. L. G. MARINONI, Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Anche se il Brasile ha un sistema di civil law, autori come Mello, Barroso e Mitidiero sostengono che il codice ha interiorizzato in Brasile un concetto di precedente della stessa natura dei precedenti anglosassoni. Tra le ragioni che giustificano questa proposizione, il Codice avrebbe dato effetti vincolanti alla *ratio decidendi* delle decisioni emesse principalmente dai tribunali superiori, secondo il suo art. 927. Di conseguenza, le ratio decidendi di queste decisioni sono diventate vincolanti e strettamente riprodotte in casi simili che trattano la stessa questione di diritto. Cfr. P. C. MELLO & L. R. BARROSO, Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro, in *Revista da AGU*, vol.15, n° 3/2016; v. anche D. MITIDIERO, *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Tuttavia, bisogna tener conto che la semplice adozione di istituzioni anglosassoni non è in grado di cambiare la tradizione di civil law del sistema brasiliano. Piuttosto, la common law è attribuita a tutti i sistemi che si sviluppano a partire da un’idea specifica di diritto consuetudinario, ospitata soprattutto nel diritto inglese. Ciò consuetudine non solo guida, ma presiede anche la decisione dei giudici rispetto agli statuti legislativi. Ma la Cost. 1988 si basa sul principio di legalità (art. 5º, II), così come la storia del diritto nazionale e le basi della formazione dei giudici in Brasile. Da questo punto di vista, non si può dire che l'uso di tipologie formali straniere del diritto inglese o americano sia sufficiente per cambiare la cultura giuridica brasiliana, poiché un'idea straniera come il 'precedente' non è un tipo di valore universale che si attua oggettivamente ovunque, ma in modo diverso da società a società. Su questo punto, affido la nozione di relativismo culturale a R. AUDI, *The cambridge dictionary of philosophy*, 2nd edition, Cambridge University Press, 1999, p. 790. Ovvero, anche con l’avvento del CPC 2015, il Brasile si inserisce nel gruppo di paesi dove predomina il diritto scritto stabilito dal Parlamento. Perciò, il valore del precedente brasiliano non si è in alcun modo basato sull’identità culturale della common law, con riguardo a ciò ha una manifesta e forse insormontabile distanza culturale.

sono state introdotte leggi che stabiliscono il carattere vincolante dei precedenti, sebbene i risultati ottenuti siano stati limitati[172].

La sfida di contenere l'ampiezza dei precedenti creativi nella *civil law* aumenta drammaticamente qualora essi siano il risultato della giurisdizione costituzionale, in quanto, in regola, essa è trattata da un tribunale di grande forza. Nonostante ciò, è

---

[172] Anche se Pin ha criticato Pizzorusso per aver adottato un'idea generalista per concettualizzare il precedente, cioè una che serve qualsiasi tradizione del diritto, sia di *common law* che di *civil law*, è importante notare che tale obiezione non ha tenuto conto del rigore scientifico di Pizzorusso nella direzione opposta. Questo autore spiega, infatti, che il precedente di civil law ha le sue proprie particolarità, anche se condivide alcuni aspetti del concetto di precedente adottato nella common law. A tal riguardo, Per quanto riguarda il carattere del precedente nel sistema italiano, Pizzorusso dedicò particolare attenzione alla formazione di un modello di precedenti persuasivi in senso forte per. Questa intenzione di uniformare, in qualche modo, le pronunce giudiziarie non ha cercato di incorporare nel sistema italiano l'istituto dei precedenti vincolanti, come avviene nel sistema inglese e in altri sistemi che adottano il principio dello stare decisis (tipico della common law). Pizzorusso, A., *L'ordinamento… op. cit.*, p. 898-899. Invece, la teoria dell'autore citato presenta una soluzione in cui i precedenti si rafforzano, ma senza che essi godano a priori del ruolo di fonte giuridica autonoma e vincolante in concorrenza con la legge. In realtà, la visione di Pizzorusso conserva la caratteristica principale del civil law, per la quale i giudici sono strettamente subordinati al diritto astratto e non ai precedenti, come si può dedurre, per esempio, dall'articolo 101, § 2 della Cost. 1947. PIZZORUSSO, A., *L'ordinamento giudiziario, op. cit.*, p. 897. Tuttavia, anche se non producono un effetto vincolante, i precedenti persuasivi in senso forte finiscono per esercitare un evidente effetto cogente nei casi futuri, se il giudice che farà uso del precedente è soggetto alla gerarchia giurisdizionale del tribunale che ha emesso la decisione paradigmatica. Questa forza cogente tende ad aumentare di intensità con l'aumentare della gerarchia della Corte che ha emesso la decisione presa come precedente. Questa prospettiva, da un lato, pone il precedente che proviene dalla Corte di Cassazione come il più forte, con l'importanza di standardizzare la giurisprudenza nazionale; dall'altro, valorizza anche i precedenti nati da decisioni emesse da giudici di primo grado o corti d'appello, che, in un certo senso, modellano l'organo emittente stesso e qualsiasi giudice che si sottopone al suo livello di competenza. Cfr. PIZZORUSSO, A., *Sistemi giuridici comparati*, *op. cit.*, p. 308. Pizzorusso comprende che, sotto l'aspetto strutturale, sia il sistema giuridico italiano che altri sistemi di civil law hanno sviluppato precedenti persuasivi che producono effetti analoghi o altrettanto forti di quelli che caratterizzano i precedenti vincolanti anglosassoni. Tuttavia, sotto l'aspetto sostanziale, la differenza tra precedenti vincolanti e persuasivi si rivela ancora rilevante: se, da un lato, i giudici soggetti a precedenti vincolanti nel modello inglese sono obbligati a seguire lo stesso modulo argomentativo adottato nella decisione precedente, dall'altro, i giudici soggetti a precedenti fortemente persuasivi non sono obbligati a seguirli quando dimostrano che il precedente è superato o antiquato. A tale riguardo, mentre nel modello inglese il superamento dei precedenti può essere presentato solo dalla Corte che ha emesso la decisione paradigmatica o da una Corte ad essa gerarchicamente superiore, nel modello persuasivo idealizzato da Pizzorusso l'iniziativa di superare i precedenti può venire da qualsiasi giudice (e dagli altri operatori del diritto che operano davanti a quel giudice) e non solo dalla Corte di Cassazione. Ma perché tale operazione sia coerente, il giudice che volesse superare il precedente dovrebbe affrontare la *ratio decidendi* che lo giustifica sulla base di argomenti nuovi e contestualizzati che non sono ancora stati confutati nel merito dalle corti superiori. PIZZORUSSO, A., *L'ordinamento… op. cit.*, p. 914. Ne è un esempio, nell'esperienza italiana, il caso in cui il giudice induce un cambiamento nella normativa vigente o "provocando" la Corte costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità dell'interpretazione data alla legge dalla Corte di Cassazione o disapplicandola direttamente, in quanto non in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Cfr. A. Pizzorusso, Sistemi giuridici comparati, op. cit., 310-311; A. PIZZORUSSO, L'ordinamento giudiziario, op. cit., 1095-1096. In questo senso, Pizzorusso sottolinea che lo scopo del sistema del precedente persuasivo in senso forte non è quello di impedire cambiamenti nella giurisprudenza basati su validi argomenti che dimostrano l'insufficienza delle soluzioni giudiziarie adottate in passato, ma solo di impedire variazioni nella giurisprudenza che creano incertezza e, quindi, ingiustizia. Quando parliamo di funzione nomofilattica non facciamo riferimento, quindi, a un'operazione di chiusura del sistema ai cambiamenti di giurisprudenza quando ci sono ragioni per discutere la "coerenza" di un precedente; significa, invece, l'opposto: far pagare alla corte il prezzo più basso possibile per i cambiamenti necessari o opportuni della giurisprudenza, evitando cambiamenti superflui o basati su ragioni inaccettabili. PIZZORUSSO, A., *L'ordinamento… op. cit.*, p. 914-915.

possibile osservare come le sentenze delle corti costituzionali producano effetti diversi, tra cui quelli dichiaratori o interpretativi, a seconda delle circostanze. Questo fenomeno è evidente in Italia[173] e in Brasile[174] per quanto riguarda le sentenze interpretative di rigetto e di accoglimento, che cercano di bilanciare l'incostituzionalità di una disposizione con un'interpretazione che ne salvaguardi la validità[175].

Ciò accade giacché si riconosce al giudice costituzionale la possibilità di determinare direttamente, con una propria pronuncia, «una modificazione del diritto vigente che rappresenta una dimostrazione evidente del fatto che negli ordinamenti in cui ciò avviene la legge non è più la fonte esclusiva del diritto[176]». È vero che a priori l'attributo normativo qualificato che spesso proviene dalle decisioni delle corte (supreme o costituzionali), vale a dire l'effetto *erga omnes* (o costitutivo-negativo), si presenta come un ostacolo all'uso puro dell'espressione "precedente costituzionale vincolante"[177], in quanto non sarà il motivo della decisione a vincolare i casi futuri, bensì la disposizione stessa che dichiara una legge illegittima. Tuttavia, non si può dire

---

[173] A. PIN, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*, in *DPCE online*, 2021 – numero speciale – I sistemi normativi post-vestfaliani, p. 116: l'autore chiarisce che nella Cassazione, tra 2011 e 2019, il termine overruling compare in oltre 1000 pronunce, mentre, secondo un'altra ricerca fatta da studiosi per 6 anni, il numero di overrulings impliciti in eccezioni civili nella stessa corte suprema arrivano al totale di 864 casi. Dunque, dal punto di vista stilistico, l'utilizzo costante di tale istituto di superamento dei precedenti farebbero l'Italia un Paese in trasformazione verso un Paese di stile di common law. Tuttavia, si confrontati con l'esperienza della common law, i suddetti risultati italiani superano in maniera eccessiva la quantità media di overrulings che occorrono nelle Corti di common law: vale a dire nella Suprema corte del Regno Unito e prima la House of Lords, vi è una media annuale di 0,4 overrulings, mentre nella Suprema corte degli Stati Uniti da 192 anni (dal 1810 a 2002) gli overrulings sono 1,14 l'anno.

[174] A titolo di esempio, il STF ha esitato a definire la portata della garanzia costituzionale della presunzione d'innocenza. La controversia sta nello stabilire il momento a partire dal quale una persona che è stata condannata penalmente può iniziare a scontare la sua pena. Negli ultimi anni, l'interpretazione del STF è cambiata tre volte. Nel 2016, in quattro sentenze, il STF ha emesso un overruling per sostenere che fosse possibile iniziare a scontare una pena dopo la condanna da parte di un tribunale inferiore di secondo grado, anche se c'è un ricorso pendente presso la Corte Superiore di Giustizia (STJ) o presso lo stesso STF. Tuttavia, non era ancora possibile dire che la corte suprema avesse stabilito una posizione definitiva su questo tema. Un nuovo cambiamento, quindi, è arrivato nel 2019, dalle sentenze emesse nelle *Ações declaratórias de constitucionalidade* – ADC n. 43, 44 e 54. In tali casi, il STF ha stabilito che l'esecuzione della sentenza penale di condanna deve iniziare dopo l'esaurimento complessivo dei ricorsi. L'oscillazione delle decisioni del STF genera incertezza giuridica, ineguaglianza e rende difficile per la corte adempiere alle sue funzioni principali di fornire igiene, coesione e stabilità al sistema giuridico costituzionale e preparare precedenti affidabili da seguire per altri giudici e tribunali. Cfr. G. B. P. de ASSIS, *Oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes*, in RIL Brasília, a. 55, n. 217, jan/mar, 2018, p. 135-156.

[175] J. R. C. TUCCI, *O advogado, a jurisprudência e outros temas de Processo civil*, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 61.

[176] A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, *op. cit.*, p. 310.

[177] A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, *op. cit.*, p. 310.

che le sentenze della giustizia costituzionale siano confinate alla produzione di un effetto unico (costitutivo-negativo); pertanto, anche se agisce come legislatore-negativo, le sue pronunce, spesso, producono anche effetti dichiaratori o interpretativi. Inoltre, pur essendo la questione di illegittimità dichiarata inammissibile, non è raro che la corte fornisca allo stesso tempo un'interpretazione della disposizione impugnata idonea a salvarla dall'incostituzionalità – così come occorre con le "sentenze interpretative di rigetto"[178] in Italia, tipologia decisoria inaugurata dalla sua Corte costituzionale con le sentenze nn. 3 e 8 del 1956.

D'altronde, è possibile osservare un chiaro precedente costituzionale nelle sentenze che dichiarano costituzionalmente illegittima solamente una delle interpretazioni ricavabili da una determinata disposizione, lasciando quindi il giudice comune libero di seguire tutte le altre, ad esempio per quanto riguarda le "sentenze interpretative di accoglimento"[179] in Italia e le "dichiarazioni di incostituzionalità parziale senza riduzione di testo"[180] in Brasile. Entrambe sono preordinate a evitare una

---

[178] Impiegando le sentenze interpretative di rigetto, il giudice costituzionale italiano si manifesta nel senso della infondatezza della questione costituzionale. Essa viene respinta, ma allo stesso tempo il giudice stesso fornisce un'interpretazione della disposizione legale in esame, in modo a 'salvarla' dalla dichiarazione di incostituzionalità. In altre parole, la disposizione attaccata è conforme alle disposizioni costituzionali "a condizione" che le venga data l'interpretazione specificata dalla corte nella sua sentenza. In questo modo, la Corte costituzionale riesce a massimizzare il risultato nel contesto storico-politico-giuridico in cui è chiamata ad operare. Ovvero, da un lato adatta il sistema normativo ai principi costituzionali interpretando la legge alla luce di essi, dall'altro salva la legge stessa dall'essere dichiarata incostituzionale, evitando così di creare un vuoto normativo difficilmente sanabile da un legislatore riluttante a intervenire, se non del tutto disinteressato a farlo. E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, sesta edizione, G. Giappichelli Editore, 2018, p. 135.

[179] Le sentenze interpretative di accoglimento sono riconoscibili in ordine al fatto che la motivazione si inserisce nel dispositivo della decisione. In particolare, i giudici possono emettere la segue conclusione: 'dichiara l'illegittimità dell'articolo […] nel senso e nei limiti di cui in motivazione' oppure 'dell'articolo […] interpretato nel senso'. È fondamentale sottolineare che la Corte costituzionale ha quasi abbandonato questo tipo di decisione seguendo quanto stabilito dalla teoria del diritto vivente, che porta i giudici costituzionali a pronunciarsi sull'interpretazione convenzionale della disposizione impiegando sentenze di incostituzionalità parziale o totale. E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI…, p. 137.

[180] La dottrina brasiliana classifica questa dichiarazione alla stregua di un tipo di interpretazione costituzionalmente conforme, attuata esclusivamente dal STF. In generale, consiste nell'esclusione di una certa interpretazione possibile della norma - spesso la più chiara o la più letterale - fatta per, in seguito, affermare un'interpretazione alternativa compatibile con la costituzione. In questo senso, è importante riprodurre la seguente citazione: «É possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1. Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou a outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2. Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3. Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a constituição. 4. Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal». L. R. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 189.

dichiarazione pura e semplice di incostituzionalità, che invaliderebbe *in toto* la legge oggetto di esame[181]. Tuttavia, nel tentativo di trovare un equilibrio tra il diritto giurisprudenziale e la legge, il giudice costituzionale in un sistema di *civil law* potrebbe rischiare di ignorare il diritto legislativo in misura maggiore rispetto a quanto non accadrebbe se inserito in una tradizione di *common law*[182].

Infatti, nel sistema della *common law*, il precedente è una delle fonti principali del diritto, ma può essere modificato o sostituito attraverso l'intervento del legislatore con l'emanazione di nuove leggi[183]. Negli Stati Uniti, il sistema giuridico federale e quello degli Stati si basano su una combinazione di *common law* e *statutory law*. A livello federale, la *statutory law*, ovvero il diritto scritto e codificato emanato dal Congresso, ha una posizione di rilievo, mentre la common law è principalmente rilevante a livello statale. Tuttavia, la *common law* federale si applica in alcune circostanze, come nel diritto commerciale e nel diritto marittimo[184].

Se, da un lato, l'espansione del diritto giurisprudenziale nella *civil law* può portare a innovazioni normative più ampie e rischiose rispetto a quanto accadrebbe in un sistema di *common law*, dall'altro, la crescente influenza delle Corti costituzionali solleva critiche riguardo alla certezza del diritto positivo e alla legittimità della loro competenza in ambito costituzionale. Ciò è particolarmente rilevante in contesti come la pandemia di Covid-19 in Brasile, che, come si vedrà in seguito, ha richiamato un enorme sforzo di tutela giurisdizionale dei diritti e degli equilibri tra poteri.

---

[181] A titolo illustrativo, vale la pena citare il seguente enunciato della sentenza: “Il STF è autorizzata a valutare l'incostituzionalità di una determinata norma, anche per estrarne un'interpretazione conforme alla Cost. 1988, allo scopo di far rispettare il contenuto normativo costituzionale dotato di una carica cogente la cui produzione di effetti è indipendente dall'intermediazione legislativa”. STF, 29 giugno 2012 (DJE del 19-9-2013), Azione diretta di incostituzionalità – ADI n. 4.430, relatore giudice costituzionale Dias Toffoli.

[182] Nella tradizione di *common law*, il precedente è in grado di servire come un fattore che condiziona la creazione giurisprudenziale. «Nonostante la giurisprudenza statunitense non abbia dunque mai espresso una resistenza del precedente simile a quella britannica, essa ha in ogni caso contenuto il ricorso all’*overruling*: secondo una ricerca, nel corso di 192 anni (dal 1810 al 2002), gli overruling sarebbero stati 220, ossia 1,14 l’anno338 – un numero senz’altro molto superiore agli 0,4 della House of Lords britannica, ma in ogni caso molto lontano dai moltissimi overruling impliciti verificatisi ad esempio presso la Corte di Cassazione italiana». A. PIN, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*…, *op. cit,* p. 121.

[183] M. EISENBERG, *The Nature of the Common Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press., 1988.

[184] E. A. FARNSWORTH, *An Introduction to the Legal System of the United States*, 3rd ed., New York: Oceana Publications, 1996.

Infine, è essenziale riconoscere che non è possibile applicare un'analisi generica a tutti i sistemi costituzionali romano-germanici, poiché ogni Corte Suprema o Costituzionale presenta la propria origine e formazione istituzionale e opera secondo le particolarità del sistema politico nazionale di riferimento. Pertanto, è importante esaminare le diverse esperienze giuridiche nazionali per comprendere come si siano verificati i momenti di concentrazione e diffusione delle corti e quali lezioni possano essere tratte da questi processi per una migliore comprensione della giustizia costituzionale.

Proseguendo a trattare la questione dell'interpretazione creativa nella *civil law*, è importante analizzare come il ruolo del giudice e le sfide che esso deve affrontare possano essere affrontate nel contesto di diversi sistemi giuridici. La ricerca di un equilibrio tra la conservazione dei principi della legalità e la necessità di adeguare il diritto alle dinamiche sociali in continua evoluzione è una sfida costante per i sistemi di *civil law*.

Un approccio possibile per gestire l'interpretazione creativa e il ruolo del giudice nella *civil law* potrebbe consistere nello stabilire linee guida chiare riguardo alla creazione e all'uso dei precedenti, nonché di promuovere la trasparenza nella giurisprudenza. Ciò potrebbe contribuire a garantire che i giudici operino entro i confini del diritto positivo e rispettino i principi di legalità e certezza del diritto.

Inoltre, incoraggiare il dialogo tra giudici, accademici e legislatori potrebbe aiutare a sviluppare una comprensione più approfondita delle implicazioni dell'interpretazione creativa e delle sue conseguenze sul sistema giuridico. La condivisione di esperienze e di buone pratiche tra sistemi giuridici diversi potrebbe offrire spunti per affrontare le sfide poste dall'interpretazione creativa e per migliorare l'efficacia e l'efficienza dei sistemi di *civil law*.

Infine, è fondamentale riconoscere che l'interpretazione creativa può avere un impatto significativo sulla vita delle persone e sulla società in generale. Pertanto, è importante garantire che i giudici siano adeguatamente formati e consapevoli delle loro responsabilità e dell'importanza del loro ruolo nella promozione della giustizia e della protezione dei diritti fondamentali. La formazione continua e l'aggiornamento professionale dei giudici potrebbero contribuire a garantire che essi siano in grado di

affrontare le sfide poste dall'interpretazione creativa e di garantire l'applicazione corretta e coerente del diritto in ogni situazione.

Nell'era dell'attivismo giudiziario, l'apparente convergenza stilistica tra le tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law* si contrappone alla tendenza alla divergenza pratica, ovverosia l'espansione del diritto giurisprudenziale nella *civil law*, che produce un'innovazione normativa più ampia e rischiosa rispetto a quanto non avverrebbe in un sistema giuridico di *common law*. Di fronte all'attuale ondata di mutamenti giurisprudenziali nelle giustizie costituzionali di *civil law*, è importante notare che l'espansione delle corti e i loro rapporti con gli altri organi non sono esenti da critiche.

Tuttavia, non è possibile applicare un'analisi generica a tutti i sistemi costituzionali romano-germanici, poiché ogni corte o consiglio, supremo o costituzionale, presenta la propria origine e formazione istituzionale e opera secondo le particolarità del sistema politico nazionale. In questo contesto, il metodo culturale di diritto pubblico comparato assume un'importanza cruciale per comprendere come lo sviluppo del diritto giurisprudenziale nella *civil law* non debba essere visto esclusivamente come un avvicinamento tra *civil law* e *common law*, ma più come una comprensione accurata dell'espansione del potenziale del giudice costituzionale in ogni contesto domestico analizzato.

In conclusione, per comprendere a pieno i momenti di concentrazione e diffusione delle corti e le sfide poste dall'attivismo giudiziario nell'era moderna, è essenziale esaminare diverse esperienze giuridiche nazionali attraverso l'approccio del diritto pubblico comparato basato sul metodo culturale. Questo confronto tra sistemi costituzionali diversi può offrire preziose lezioni per una migliore comprensione della giustizia costituzionale e del ruolo del giudice costituzionale nei vari contesti nazionali.

CAPITOLO III

IL RUOLO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE NEL (RI)ACCENTRAMENTO DEL POTERE: DINAMICHE DI INTERAZIONE E COMUNICAZIONE TRA ISTITUZIONI

1. Il ruolo della dottrina della Scuola pisana e dell'Associazione Gruppo di Pisa nell'affrontare le oscillazioni della Corte costituzionale in Italia; 2. La doppia faccia del ri-accentramento: da un lato il rapporto tra giudice costituzionale e giudici, dall'altro il rapporto tra il giudice costituzionale e il legislatore; 3. Il ri-accentramento come pratica comunicativa interistituzionale; 4. Ripensare il ri-accentramento secondo la teoria dei sistemi — e non dei modelli — di giustizia costituzionale; 5. Le strategie di accentramento, decentramento, riaccentramento: come intendere la capacità di una corte di adattarsi alle influenze dell'ambiente interistituzionale; 6. Il fenomeno del ri-accentramento: causa o conseguenza della diplomazia giudiziale?

La connessione tra il giudice costituzionale e la tesi del ri-accentramento si configura come un canale comunicativo di confronto inter-organico, in cui emerge la tendenza ad attribuire maggiori poteri al giudice costituzionale a scapito delle altre autorità. Si presume che il giudice costituzionale possa esercitare un'influenza sulla pratica comunicazionale riguardante la questione del ri-accentramento, ad esempio attraverso la promulgazione di pronunciamenti giurisprudenziali che conferiscono maggiori poteri al giudice costituzionale stesso o che limitano la *devolution* di competenze ad altri organi. Inoltre, potrebbe esserci un'interazione bidirezionale tra la tesi del ri-accentramento e la pratica comunicazionale del giudice costituzionale. L'obiettivo principale di questa analisi è l'esplorazione di possibili legami tra il controllo costituzionale e le dinamiche politiche e istituzionali di un Paese.

In questo capitolo, viene presentata in modo approfondito la tesi del (ri)accentramento, illustrando il concetto e le sue implicazioni nel contesto della giustizia costituzionale. Inizialmente, verrà analizzata la figura del giudice costituzionale in Italia, Paese in cui è stata sviluppata la medesima teoria, esplorando il ruolo e le funzioni che tale figura di giudice riveste nel sistema giuridico italiano. Si indagherà, in particolare, la modalità con cui il giudice costituzionale bilancia o "pendola" il proprio potere tra un approccio più accentrato e uno più diffuso (decentrato), al fine di garantire la tutela dei diritti fondamentali.

Successivamente, il capitolo adotterà un approccio comparativo alla giustizia costituzionale, estendendo l'analisi della tesi del (ri)accentramento ad altre giurisdizioni domestiche. In questo modo, si metterà in luce che tale teoria possa essere intesa come

una pratica comunicativa, che comporta un costante dialogo del giudice costituzionale con i rami legislativo ed esecutivo del potere statuale, nonché con altri attori del sistema giuridico.

Inoltre, il capitolo approfondirà la relazione tra il (ri)accentramento e l'affermazione di dottrine giurisprudenziali, esaminando come il processo di accentramento o diffusione del proprio potere possa influenzare lo sviluppo di principi e interpretazioni giuridiche, contribuendo in tal modo alla creazione di un corpus coerente di giurisprudenza costituzionale in base al contesto specifico all'interno della tradizione di *civil law*.

Infine, il capitolo esaminerà i possibili impatti del (ri)accentramento sulla relazione tra poteri, sulla protezione dei diritti fondamentali e sulla legittimità delle istituzioni. Attraverso l'analisi comparativa, si evidenzieranno le sfide e le opportunità che emergono dal processo di (ri)accentramento del potere giudiziario, offrendo spunti di riflessione per il miglioramento del sistema giustizia costituzionale e per la promozione di un equilibrio più dinamico del giudice costituzionale nello scenario interistituzionale.

In un primo momento, questa tesi parte dall'idea che un tribunale costituzionale non sia un'entità statica, ma che, piuttosto, sia soggetto a oscillazioni tra momenti di accentramento, di diffusione e di ri-accentramento del proprio potere giurisdizionale, a seconda del contesto costituzionale, delle dinamiche relazionali tra gli organi istituzionali coinvolti e del livello di tutela dei diritti.

In secondo luogo, tale mobilità non è autoreferenziale, ma relazionale, poiché il giudice non oscilla attorno al proprio asse, ma in base a un meccanismo che istituisce relazioni di dipendenza, partecipazione e comprensione, unilaterali o reciproche, tra lui e gli altri organi democratici. Pertanto, l'oscillazione dipende dall'insieme delle comunicazioni che avvengono all'interno di un dato ordinamento giuridico.

In terzo luogo, si esaminerà l'influenza del giudice costituzionale nel sistema, considerando la sua capacità di intervenire in controversie costituzionali e le dinamiche con altri giudici o con il legislatore. La forza della corte (suprema o costituzionale) si adatta dinamicamente al contesto, potendo essere più debole o più forte. Tuttavia, il processo di (ri)centralizzazione non segue una divisione rigida tra le forme di accesso al

tribunale costituzionale, poiché la funzione interpretativo-creativa del giudice può restringere o ampliare l'accesso al merito di una controversia costituzionale.

Di conseguenza, la distinzione tra controllo "concentrato" e "diffuso" della costituzionalità entra in una crisi epistemologica, poiché la comprensione delle autorità preposte a tale controllo richiede un'analisi di altri fattori di legittimità, che non si limitano alla giurisprudenza, ma vanno oltre. Alla luce dell'approccio di ricentralizzazione, la corte (suprema o costituzionale) può, da un lato, decidere di distribuire il compito di giudizio costituzionale tra i giudici ordinari o addirittura sovranazionali. D'altro canto, in relazione alle stesse questioni di dialogo, la Corte costituzionale può essere influenzata da un nuovo contesto per promuovere un ritorno o un'accentuazione del potere al suo centro istituzionale, in cui il giudizio delle controversie costituzionali tenderà ad essere più accentuato qualitativamente o quantitativamente nel tribunale specializzato (una Corte o Consiglio costituzionale) o al vertice (una Corte suprema) [185].

D'altra parte, il binomio tecnico di "accentramento" e "diffusione" può anche essere portato a un concerto tra la politicità e la giuridicità del potere, nel caso in cui il giudice costituzionale comunichi non con altri giudici ma con i rappresentanti del potere politico, specialmente il legislatore. In questo quadro particolare, la concentrazione o la diffusione del potere, contrariamente alla prima prospettiva, non comporta che il controllo di costituzionalità sia più o meno centralizzato nelle mani del giudice costituzionale.

Tenendo conto della dicotomia tra diritto e politica, questa prospettiva esamina l'intervento del giudice costituzionale nelle questioni politiche, in particolare per quanto riguarda la discrezionalità politica del legislatore sul merito, un aspetto che solleva preoccupazioni nella teoria del diritto[186]. Più il tribunale si concentra su questo aspetto, più assumerà un ruolo di istituzione politica, propenso a decidere su questioni e competenze generalmente attribuite all'organo rappresentante la sovranità popolare, come nel caso delle controversie costituzionali (ad esempio, si può fare riferimento alla sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale italiana).

---

[185] A. M. NICO, *L'accesso e l'incidentalità*, in *Rivisita Gruppo di Pisa*, 2020/01, p. 164.

[186] R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, 2010.

Al contrario, quando le pratiche politiche riguardanti la protezione dei diritti fondamentali e la preservazione della legittimità delle istituzioni democratiche sono più solide[187], il giudice costituzionale diventa più "diffuso", ovvero assume un ruolo più circoscritto all'interno dell'immagine giuridica classica, tradizionalmente intesa come l'immagine autentica di un giudice.

Una proposta innovativa in questo senso è formulata da Roberto Romboli, il quale analizza lo spostamento della Corte costituzionale italiana verso un maggiore coinvolgimento nella sfera politica e la tendenza al "riaccentramento" del potere giurisdizionale[188]. Nelle sue segnalazioni sugli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale nel triennio 2017-2019 e concernenti il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale, l'autore afferma che la corte italiana sta vivendo una fase di "(ri)accentramento"[189].

Romboli chiarisce il significato dei termini "diffuso" e "accentrato" nel contesto della Corte costituzionale[190]. Secondo Romboli, il termine "accentrato" si riferisce all' «aumento di poteri in capo alla Corte costituzionale nell'esercizio delle proprie funzioni, con conseguente ampliamento della sua incidenza nel sistema»[191]. Invece, il termine "diffuso" implica una distribuzione di poteri tra diverse autorità giurisdizionali, con un controllo di costituzionalità delle leggi più frammentato e meno centralizzato.

---

[187] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, 2011.

[188] Secondo Romboli, il numero complessivo di decisioni della Corte costituzionale nel triennio 2017-2019 è stato di 822, marcando una leggera diminuzione rispetto al triennio precedente in cui le pronunce erano state 854 e confermando, per ciascuno degli anni, un numero di decisioni inferiore a 300 (281 nel 2017, 250 nel 2018, 291 nel 2019). Per quanto concerne il giudizio in via incidentale, le pronunce nel triennio sono state 471, leggermente inferiori in termini assoluti rispetto al triennio precedente (474), ma superiori in proporzione al numero complessivo. In effetti, in tutto il triennio preso in considerazione, le decisioni riguardanti i giudizi attivati tramite la via incidentale hanno superato la metà del totale: 158 nel 2017 (56,23%), 142 nel 2018 (56,35%) e 171 nel 2019 (58,76%). ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, G. Giappichelli Editore, 2019, p. 30.

[189] R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)* …, p. 34.

[190] ROMBOLI, R., *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in Foro it., 2018, I, 2226; v. anche TEGA, D., *La Corte nel contesto…, op. cit.*

[191] ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale… (2017-2019)*, *op. cit.*, p. 34.

La prospettiva pendolare del potere della giustizia costituzionale, con momenti di accentramento e altri di diffusione, a seconda di quanto l'istituzione si espande o si ritrae, sembra un'intrigante catacresi[192]. Romboli sottolinea l'importanza delle relazioni tra il giudice costituzionale, l'autorità giudiziaria e il legislatore, nonché con le Corti sovranazionali, nel contesto di questa dinamica di accentramento e diffusione[193].

In questo senso, l'idea di (ri)accentramento comporta che il giudice costituzionale tenda ad aumentare la sua presenza nella sfera pubblica ogni volta che si trova di fronte a gravi violazioni dei diritti o della propria legittimità istituzionale a opera di un'altra istituzione democratica (sia per inazione che per prestazioni insufficienti). Nonostante in una possibile stagione precedente la corte abbia tollerato una riduzione del proprio controllo costituzionale, essa potrà assumere più potere, forse anche più di quanto non abbia mai avuto in passato, se si trova in una posizione di

---

[192] Mi riferisco alla catacresi in maniera analoga al senso in cui Bentham dimostra la difficoltà di confinare l'uso pratico dell'espressione *law*. Secondo l'autore, tale espressione è spesso inserita in modo diverso dal suo significato originale (quale atto legislativo o quale atto del potere legislativo), ma questo avviene più volte intenzionalmente e allo scopo di semplificare la comprensione di un certo oggetto: «Yet it would seem a strange catachresis to speak of the issuing of any such order as an act of legislation, or as an exercise of legislative power. Not but that in cases like these the word law is frequently enough emply'd: but then it is in the way of figure. Even where there is no such legal superiority, a man way say to another out of compliment, 'your commands are laws to me': but on occasions like these, the impropriety of the expression is the very reason of its being chosen». Cfr. BENTHAM, J., *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, edited by Philip Schofield, Clarendon Press – Oxford, 2009, p. 27.

[193] Uno dei primi autori a proporre una classificazione dei modelli di controllo di costituzionalità fu Mauro Cappelletti. Tra i suoi contributi più noti vi è quello che differenzia il modello politico dal modello giurisdizionale e, come sottospecie di quest'ultimo, quello che differenzia il modello accentrato dal modello diffuso. Come esempio di controllo politico, Cappelletti si riferisce al *Comité constitutionnel* introdotto dalla Cost. 1946 della IV Repubblica francese, ma anche al sistema dell'Unione Sovietica. Dall'altro lato, come idea di controllo diffuso di costituzionalità, Cappelletti si riferisce al *judicial review* degli Stati Uniti basato sul famoso caso Marbury v. Madison e la dottrina del *chief justice* John Marshall in modo da dare a qualsiasi giudice il poter di disapplicare una legge illegittima. Nel frattempo, il controllo accentrato è presentato secondo l'esempio del sistema introdotto in Austria con la Costituzione del 1920, in cui una Corte è investita di autorità esclusiva per attuare la giurisdizione costituzionale. Cfr. CAPPELLETTI, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffré, 1968; anche CAPPELLETTI, M., *Judicial Review in the Contemporary World*, The Bobbs-Merill Company, 1971. F Frosini e Pegoraro sostengono, tuttavia, che un sistema di controllo accentrato esisteva già in America Latina (Venezuela 1858) prima dell'austriaco, fato che, tuttavia, è ignorato dalla visione di Cappelletti. Cfr. FROSINI, J. O.; PEGORARO, L., *Constitutional Courts in Latin America: a testing ground for new parameters of classification?* in A. Harding, P. Leyland (eds), *Constitutional Courts. A comparative study*, Wildy, Simmonds and Hill, 2009. Secondo Tusseau, sebbene la paternità della tesi dei modelli sia generalmente attribuita a Cappelletti, fu Favoreu a renderla scientificamente popolare. In questo senso, la suddetta tesi sussisteva ignorata dai manuali di riferimento, fato che cambia appena Favoreu pubblica i suoi primi lavori sull'argomento. Cfr. TUSSEAU, G., *Contre les «modeles» de justice constitutionelle. Essai de critique methodologique*, *op. cit.*, p. 64.

mantenere l'equilibrio tra la necessità di garanzie e la protezione dei valori fondamentali[194].

Questo sofisticato quadro di comprensione del ruolo di un giudice costituzionale nel sistema porta questa tesi a riflettere sui contorni e sul contenuto del (ri)accentramento in una prospettiva comparativa, esplorando anche le esperienze in Francia e Brasile, come si vedrà in seguito. L'analisi del fenomeno del riaccentramento potrebbe concentrarsi sull'ambito in cui una corte (suprema o costituzionale) si muove tra le competenze costituzionalmente divise, agendo come un "giocatore libero" nel contesto istituzionale.

Inoltre, la tesi del riaccentramento mette in discussione dottrine giuridiche consolidate e apre nuovi spazi di riflessione sulla posizione della giustizia costituzionale nei sistemi politici e giuridici. Un'indagine approfondita sul tema del (ri)accentramento potrebbe offrire informazioni preziose sull'evoluzione dei poteri dei tribunali costituzionali nel corso del tempo e sulle dinamiche tra le diverse istituzioni del sistema.

Un'analisi comparativa delle esperienze italiana, francese e brasiliana potrebbe evidenziare le similitudini e le differenze nei modi in cui i giudici costituzionali si adattano, nella misura in cui sono in grado di condurre contenziosi costituzionali, alle sfide e alle pressioni provenienti dal contesto politico e sociale[195]. Ciò potrebbe portare

---

[194] D. TEGA, *La Corte nel contesto*…, op. cit., p. 122.

[195] In Italia, l'insolita tecnica decisionale introdotta dalla Corte costituzionale nel caso Cappato, che si occupava della presunta illegittimità della criminalizzazione del suicidio assistito, rappresenta un esempio di riaccentramento della giustizia costituzionale nei confronti del legislatore. In questo contesto, il giudice costituzionale ha riconosciuto che, inizialmente, non aveva la giurisdizione per regolamentare quale norma avrebbe affrontato il tema penale del suicidio assistito, a causa del potere discrezionale del legislatore. Pertanto, ha inviato un'ordinanza al Parlamento segnalando che la disposizione che criminalizzava il suicidio assistito nei termini del caso specifico, da cui era emersa la questione costituzionale, sarebbe stata illegittima. Tuttavia, al fine di evitare un vuoto legislativo nel caso in cui la disposizione impugnata fosse dichiarata incostituzionale, il giudice ha sospeso il procedimento e concesso un termine di quasi un anno affinché il legislatore stabilisse una nuova normativa, in linea con le aspettative di costituzionalità segnalate dalla Corte costituzionale. Dato che ciò non è stato fatto, il giudice costituzionale ha superato la discrezionalità del legislatore una volta scaduto il termine precedentemente indicato e ha stabilito una disciplina giurisprudenziale per la materia penale. Questa pratica è molto più incisiva rispetto all'idea, fino a quel momento, di concretizzare le norme rigorosamente presenti nella Costituzione del 1947 da parte dei giudici costituzionali, in quanto non rispettate dal legislatore, nota come la dottrina delle "rime obbligate". Invece, il caso Cappato non ha rappresentato una mera applicazione delle "rime obbligatorie" della Costituzione; i giudici costituzionali hanno esercitato veri e propri "versi sciolti" nel discrezionalmente assumere un compito del Parlamento per definire il merito penale del suicidio assistito. D. TEGA, La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.; F. MODUGNO, Le novità della giurisprudenza costituzionale, in Lo Stato, 14/2020, 101 ss., spec. 115, e, da ultimo, G. SILVESTRI, Del rendere giustizia costituzionale, in Quest. giust. (www.questionegiustizia.it), 13 novembre 2020.

a una maggiore comprensione delle forze che guidano il processo di (ri)accentramento e delle implicazioni che questo fenomeno ha per la stabilità, l'efficacia e la legittimità dei sistemi costituzionali.

Alcune domande di ricerca che potrebbero essere esplorate in una prospettiva comparativa potrebbero essere: quali fattori determinano il processo di (ri)accentramento? In che modo le corti costituzionali bilanciano le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e di preservazione della propria legittimità istituzionale? Quali sono gli effetti del (ri)accentramento sulle relazioni tra le diverse istituzioni del sistema e sulla stabilità dei sistemi costituzionali?

Una prospettiva comparativa potrebbe anche permettere di esaminare le risposte delle corti costituzionali a specifici contesti politici e sociali, per comprendere come queste risposte influenzino il processo di (ri)accentramento. Ad esempio, come reagiscono le corti costituzionali all'ascesa di forze politiche populiste che sfidano l'autorità delle istituzioni democratiche e dello Stato di diritto? In che modo le corti costituzionali si adattano alle sfide poste dalla globalizzazione, dall'integrazione sovranazionale e dai nuovi sviluppi tecnologici?

Infine, lo studio del (ri)accentramento potrebbe contribuire a una riflessione più ampia sul ruolo delle corti costituzionali nella protezione dei valori fondamentali e nella promozione della democrazia e dello Stato di diritto. L'analisi del processo di (ri)accentramento e delle sue implicazioni potrebbe fornire nuovi spunti per il dibattito sulla responsabilità, l'indipendenza e l'efficacia dei tribunali costituzionali nel XXI secolo.

1. Il ruolo della dottrina della Scuola pisana e dell'Associazione Gruppo di Pisa nell'affrontare le oscillazioni della Corte costituzionale in Italia

I movimenti oscillatori dei tribunali costituzionali, che si manifestano come un'alternanza tra accentramento e diffusione del potere giurisdizionale, sono un fenomeno sempre più comune nel panorama della giustizia costituzionale

contemporanea[196]. Il fenomeno di adattamento si manifesta in modo particolarmente evidente quando le corti intraprendono un esame di costituzionalità incidentale, affrontando l'ardua sfida di regolare il diverbio costituzionale in maniera più tangibile e congiunta alla realtà sociale. Tale tendenza si amplifica considerevolmente quando si correla a una forma di efficacia *erga omnes*, propagando l'applicazione di tale prassi a ulteriori situazioni analoghe nel contesto giuridico[197].

Le variazioni nei criteri di accesso alla giustizia costituzionale, che influenzano la concentrazione di potere nelle mani del "giudice della legge", sono state inizialmente trascurate dagli studiosi del diritto costituzionale. Tuttavia, i comparatisti hanno mostrato maggiore apertura nell'esaminare queste dinamiche. Il giudice della legge deve bilanciare il proprio ruolo di fronte alla sfida di disciplinare il contenzioso costituzionale in modo concreto e vicino alla realtà sociale. Queste modulazioni nel tempo non sono state adeguatamente considerate dai costituzionalisti, principalmente perché non si tratta di un fenomeno prescrittivo o perfettamente classificabile secondo le fonti del diritto.

Al contrario, i comparatisti hanno mostrato una maggiore disponibilità ad affrontare classificazioni meno rigide, poiché si dedicano all'adozione di metodi di classificazione della giustizia costituzionale che riflettono l'ampia varietà di forme, criteri e tassonomie che caratterizzano i diversi sistemi costituzionali esistenti. Questo approccio più aperto, che rientra nel quadro delle "*fuzzy classifications*"[198], ha consentito loro di prendere in considerazione le dinamiche in gioco nella giustizia costituzionale e di analizzarle in modo più completo e accurato.

---

[196] A questo riguardo, Mark Tushnet sottolinea che «En el plano constitucional las innovaciones no son algo frecuente. Algunas – muy pocas – fueron introducidas a lo largo del tiempo y se ven reflejadas en la representación proporcional a fines del siglo XVIII, las cortes constitucionales centralizadas y especializadas inventadas por Hans Kelsen a fines de la década de 1920, el sistema semipresidencial francés de los años cincuenta y algunos otros pocos ejemplos que incluyo en mi lista». M. TUSHNET, *Revisión judicial dialógica*, in R. GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, 1° ed., Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 105.

[197] L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Turin, Giappichelli, 2019, p. 98-112.

[198] Sulle 'fuzzy classifications' nella giustizia costituzionale comparata, v. M. NICOLINI – S. BAGNI, *Comparative constitutional justice*, Comparative public lae treatise, l'Aia, Eleven, 2021, p. 11-12.

Uno dei contributi più significativi in questo ambito emerge dalla collaborazione tra l'Associazione di costituzionalisti noti come il "Gruppo di Pisa" e la Scuola Pisana di Giustizia costituzionale, attualmente guidata dal Professor Roberto Romboli e dai suoi allievi. È importante notare, tuttavia, che il riferimento a Pisa non deve essere inteso come esclusivo, ma piuttosto come una delle molteplici fonti di ispirazione in questo campo. Al di là della Scuola di Pisa, ci sono altre "Scuole" che apportano contributi distinti e complementari alla ricerca in questione, tra cui spiccano autori come Vezio

Crisafulli[199], Gaetano Silvestri[200], Gustavo Zagrebelsky[201], Antonio Ruggeri

---

[199] V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, p. 1694-, 1976.

[200] *De facto*, nel contesto della crescente concentrazione di "nuovi" poteri da parte del giudice costituzionale, il contributo di G. SILVESTRI si dimostra particolarmente rilevante. L'ex Presidente della Corte costituzionale, per esempio, nel suo articolo *Questioni aperte sui diritti in Europa*, illumina la potenziale "fictio" che potrebbe permeare decisioni e azioni giuridiche. **Silvestri** suggerisce che dietro l'equilibrio tra innovazione e tradizione, potrebbe celarsi una strategia più complessa, modellata da considerazioni che vanno oltre il semplice adempimento giuridico. Tale prospettiva invita a una riflessione più profonda sull'autenticità e trasparenza delle azioni del giudice costituzionale. Riconoscere queste sfumature, come sottolineato da Silvestri, è essenziale per una comprensione olistica delle dinamiche di potere nel panorama giuridico contemporaneo. G. SILVESTRI, *Questioni aperte sui diritti in Europa. Incontro con Marta Cartabia e Gaetano Silvestri*, a cura di A. Saitta e G. Sorrenti, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, p. 93 s. V. altresì G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale. Trimestrale di Questione Giustizia*, 4, 2020.

In questo contesto, la funzione della Corte assume una particolare rilevanza. Non si tratta semplicemente di operare un confronto astratto e accademico tra due norme, ma di risolvere un problema concreto di costituzionalità. Vale a dire introdurre nell'ordinamento una nuova disciplina di una fattispecie o per ablazione radicale di una norma esistente – e conseguente espansione di altre norme del contesto – o per ablazione parziale e sua trasformazione da come è a come deve essere, secondo una valutazione di macrolegalità. L'approccio proposto da Silvestri in altre sue opere risuona con questa funzione, evidenziando la necessità di un equilibrio tra tradizione e innovazione. G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo (in Storia d'Italia, Annali, vol. 14, Einaudi, Torino, 1998)*, ora in *Id., Le garanzie della Repubblica, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 127 ss. Questa visione è ulteriormente corroborata da altri studiosi come Marco Ruotolo, che offre ulteriori approfondimenti sulla relazione tra la Corte costituzionale e il legislatore. M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore, in Diritto e società, n. 1/2020*, spec. pp. 71 ss.

[201] Nell'ambito della giustizia costituzionale, la profondità analitica di G. ZAGREBELSKY si distingue, fornendo una visione chiara delle dinamiche interne alla Corte costituzionale. Il fulcro della sua riflessione verte sull'equilibrio delicato tra l'interpretazione rigorosa della legge e la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, una questione che si rivela centrale nel dibattito attuale sul ruolo del giudice costituzionale. Nel suo acclamato lavoro *La Corte costituzionale e il legislatore* (P. Barile - E. Cheli - S. Grassi, a cura di, Corte costituzionale, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 141), Zagrebelsky si addentra nelle complessità che il giudice costituzionale affronta nel contesto contemporaneo. Esaminando tematiche di grande rilevanza, come l'assistenza al suicidio, la proporzionalità delle pene e i diritti dei disabili, evidenzia la pressante necessità di armonizzare l'interpretazione giuridica con la protezione effettiva dei diritti. Le recenti pronunce della Corte rendono tangibile l'importanza di tale dialettica. Attraverso le sue riflessioni, Zagrebelsky sottolinea come sia imprescindibile per la giustizia costituzionale bilanciare il rigore normativo con la sensibilità verso le esigenze concrete dei cittadini. Inoltre, sulla distinzione tra diritto processuale costituzionale e procedura costituzionale, che riconduce il primo alla giurisdizione di diritto soggettivo e il secondo alla giurisdizione di diritto oggettivo, è essenziale consultare G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ nel loro lavoro *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni* (Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 83-87). Alla luce di ciò, la visione di Zagrebelsky rappresenta un riferimento essenziale per chiunque desideri affrontare in profondità le tematiche e le sfide intrinseche alla giustizia costituzionale del nostro tempo.

[202], oltre a figure come Augusto Cerri[203] e Antonio Spadaro[204], tra altri esperti. Questa diversità di approcci e prospettive arricchisce il dibattito e contribuisce alla comprensione approfondita delle tematiche di interesse nell'ambito della tesi dottorale.

Tra i lavori della Scuola Pisana, che vede come punto cardine il ri-accentramento, spiccano gli "Aggiornamenti in tema di processo costituzionale", curati da Romboli, che analizzano il percorso della Corte costituzionale italiana dal 1987 al 2019, focalizzandosi in particolare sull'evoluzione del controllo costituzionale incidentale.

De facto, triennalmente (1987-1989, 1990-1992, 1993-1995, 1996-1998, 1999-2001, 2002-2004, 2005-2007, 2008-2010, 2011-2013, 2014-2016, 2017-2019), gli "Aggiornamenti" hanno indagato il percorso della Corte costituzionale italiana, soprattutto in relazione al suo percorso incidentale di accesso. Da ogni triade temporale, dalla prima (1987-1989) alla più recente (2017-2019), si può dire che il giudice costituzionale è stato valutato, da un lato, come «un giudice, pur peculiare – sai sull'asse Corte-giudici (comuni) sia su quello tra Corte e Corti (sovranazionali)[205]»; dall'altro, come giudice che ha reinterpretato il divieto di invadere la discrezionalità politica del legislatore in materia penale (previsto dall'art. 25 della Costituzione del 1947 e dall'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87) per fissare un termine, a certe

---

[202] A. RUGGERI, *Verso un assetto viepiù "sregolato" dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, Dirittifondamentali.it, 3, 16 dez. 2022: Nel contesto istituzionale in cui i giudici stanno assumendo un ruolo sempre più prominente, diventa cruciale comprendere e ridefinire i rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore. Una delle principali preoccupazioni emergenti riguarda la tendenza del giudice costituzionale a riscrivere testi di legge. Ciò può, in alcuni casi, superare i limiti della sua autorità, sfidando la discrezionalità tradizionalmente riservata al legislatore. Questa evoluzione ha offuscato le linee tra i ruoli tradizionali della Corte e del legislatore, facendo eco a modelli stabiliti in precedenza. Pertanto, diventa imperativo che la Corte chiarisca i criteri e i limiti delle sue interferenze, specialmente quando agisce in modo interpretativo, assumendo un ruolo che normalmente spetterebbe al legislatore. Inoltre, c'è una crescente necessità di trovare soluzioni per le omissioni del legislatore, in particolare per quanto riguarda la compensazione dei danni derivanti. Alla fine del documento, si esprime una breve ma decisamente preoccupata osservazione sullo stato attuale delle questioni.

[203] Cfr. il suo manuale di alto valore A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, 2019. 490 p.

[204] A partire dagli anni Novanta, si è assistito a un crescente interesse accademico per il processo costituzionale. Un particolare rilievo va dato all'iniziativa dei ricercatori dell'importante scuola pisana, che ogni tre anni pubblicano un volume dedicato agli aspetti del processo costituzionale. Tra le opere di spicco, è opportuno menzionare il contributo di A. SPADARO, intitolato *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, pubblicato a Napoli nel 1990. Quest'opera rappresenta un punto di riferimento significativo nell'analisi critica del ruolo dei giudici e dei confini che caratterizzano il processo di giudizio costituzionale.

[205] E. MALFATTI, *La tendenza a un nuovo accentramento*, in *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale. A Roberto Romboli dei suoi allievi*, 2020, p. 244.

condizioni, perché il legislatore corregga una certa questione di illegittimità e, in mancanza di collaborazione legislativa, giunga a considerare la questione politica come una controversia costituzionale [206].

Il ri-accentramento tratta nel nuovo orizzonte, segnalato da Romboli, «in cui si muove la giurisprudenza costituzionale, tanto è (nuovamente) basato a legittimare l'intervento manipolativo; non "obbligato" [in quanto non c'è nessun obbligo costituzionalmente previsto del giudice costituzionale a intervenire nel merito penale] ma "adeguato", del Giudice dele leggi»[207].

Quindi, dalla prospettiva del ri-accentramento ci troviamo di fronte a una serie di questioni complesse che necessitano di analisi distinte: se il movimento di ripresa del potere si mantenga entro la cornice della Costituzione e perché tale fenomeno si manifesti in esperienza pratica. I limiti e le possibilità riguardanti la tendenza in oggetto è, in maggior o minore grado, sempre agevolata da altri attori istituzionali, ad esempio dai giudici di merito e dagli operatori giuridici che, interpellando la Corte, consentono a quest'ultima di esprimere e sostenere il proprio punto di vista[208].

La variazione di intensità o forza della giustizia costituzionale in Italia non è mai un monologo, ma è direttamente associata alla collaborazione o intervento di tutti gli attori del processo, sia nella fase iniziale, sia in quella conclusiva, altrimenti non sarebbe possibile realizzare qualsiasi movimento pendolare a questo riguardo[209].

Inoltre, tale collaborazione alla politicità della Corte costituzionale va oltre al modo in cui viene avanzata la richiesta di giustizia costituzionale, come nella sentenza emessa dal giudice delle leggi, che spesso implica un'attuazione concreta o una partecipazione condivisa. Un'ipotesi emblematica si verifica quando la Corte pronuncia

---

[206] T. GIOVANNETTI, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore*, in *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale. A Roberto Romboli dei suoi allievi*, 2020, p. 36.

[207] T. GIOVANNETTI, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore*, in *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale. A Roberto Romboli dei suoi allievi*, 2020, p. 36.

[208] A. RUGGERI, La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici, p. 248-250, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Pisa, 25 ottobre 2019, Editoriale Scientifica, 2020.

[209] A. RUGGERI, La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici…, p. 248-250.

sentenze con un forte contenuto politico e richiede la collaborazione delle autorità giudiziarie e dei giudici di merito.

Ad esempio, nella pronuncia della Sentenza n. 10 del 2015, l'Egregia Corte italiana ha tentato di superare l'incidentalità *ex post*, ovvero di valutare la costituzionalità di una norma sollevata durante un processo in corso. Tuttavia, si è scontrata con la resistenza dell'autorità giudiziaria remittente. Tale "disobbedienza" ha indubbiamente inciso sull'efficacia della giustizia costituzionale e messo in luce l'inseparabilità tra fini (la tutela dei diritti) e mezzi: la procedura di carattere collaborativo-interistituzionale[210]. Di conseguenza, in virtù del grado di collaborazione sia tra giudice comune e costituzionale, sia tra quest'ultimo e altre istituzioni, si può affermare che un tribunale costituzionale intensifica il suo accentramento oppure lo attenua, come verrà esposto nel successivo capitolo.

Da tali analisi, emerge un giudice costituzionale che, da un lato, viene percepito come un attore politico-istituzionale peculiare, sia in relazione alla sua interazione con altri organi democratici, sia in relazione al principio che richiede di mantenere inalterata la sua natura giudicante. Risulta, inoltre, fondamentale preservare in modo costante «l'equilibrio tra le due "anime" – come si è soliti chiamarle –, la politica e la giurisdizionale, racchiuse nel corpo della Consulta va dunque costantemente preservato, *costi quel che costi*»[211].

In caso di mancata collaborazione tra un'istituzione e il giudice costituzionale, quest'ultimo potrebbe attuare un ri-accentramento, imponendo misure più rigide; tuttavia, un ri-accentramento statico risulta incompatibile con un sistema integrato di giustizia costituzionale basato sul pluralismo e sul dialogo tra la Corte di Giustizia dell'UE e le giurisdizioni nazionali[212].

Randazzo propone un ri-accentramento mirato a un dialogo di qualità tra le Corti, ottenibile attraverso una rappresentazione più ampia delle specificità dell'ordinamento interno e degli effetti *erga omnes* delle pronunce di incostituzionalità.

---

[210] Cfr. G. BERGONZINI, Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale, in *www.rivistaaic.it*, 2/2019, 3 giugno 2019, 383 ss.

[211] A. RUGGERI, La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici…, p. 250.

[212] B. RANDAZZO, Il "ri-accentramento" del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale, in *Federalismi.it.*, 3/2021, 144 ss., p. 146-148.

In un sistema costituzionale integrato, le Corti costituzionali possono agire come mediatori costituzionali, valorizzando le tradizioni costituzionali comuni, e Randazzo sostiene che la prospettiva del ri-accentramento nazionale è troppo limitata per delineare adeguatamente le trasformazioni della giustizia costituzionale, identificando la ridefinizione dei rapporti tra Corti costituzionali, giudici comuni e Corti europee come elemento cruciale[213].

Il ri-accentramento della giustizia costituzionale, sia nel contesto del giudice ordinario, sia di quello regionale, può essere concepito come un meccanismo di mediazione che attribuisce al giudice costituzionale un ruolo proattivo e collaborativo nell'interazione con il diritto dell'Unione Europea. La celebre sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale italiana ne è un esempio emblematico: in tale decisione, la Corte ha dimostrato di agire in sinergia con il diritto dell'Unione per garantirne l'attuazione in Italia, enfatizzando che la questione pregiudiziale costituzionale può, in alcuni casi, avere la precedenza rispetto a quella comunitaria quando si tratti di pronunce *erga omnes* riguardanti i diritti fondamentali[214].

Nella sentenza n. 269 del 2017, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione relativa alla "*web tax*", ritenendola in contrasto con il principio di libera circolazione dei servizi nell'ambito dell'Unione europea, sancito dall'articolo 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), e con il principio di non discriminazione previsto dall'articolo 53 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. In tal modo, la Corte ha assunto un ruolo di mediatore tra le due sfere giuridiche, favorendo un'armonizzazione tra il diritto nazionale e quello dell'Unione e dimostrando la sua volontà di collaborare attivamente con le istituzioni europee.

Il Gruppo di Pisa ha promosso nel 2019 un convegno dal titolo "Il sistema 'accentrato' di costituzionalità", organizzato in collaborazione con la Scuola Pisana di Giustizia costituzionale. L'obiettivo dell'evento fu l'esaminare il tema dell'accentramento "dinamico" e non "statico" del giudice costituzionale, nonché il

---

[213] B. RANDAZZO, Il "ri-accentramento" del giudizio costituzionale nella prospettiva…, p. 158-160.

[214] B. RANDAZZO, Il "ri-accentramento" del giudizio costituzionale nella prospettiva…, p. 158-160.

discutere il rapporto tra controllo decisionale centralizzato e diffuso nel sistema costituzionale italiano[215].

In particolare, si è sottolineato che l'interpretazione sistematica e conforme alla costituzione rappresenta un potere diffuso, dal momento che il compito di interpretare diventa condiviso[216]. Ciò implica che l'interpretazione conforme da parte dei giudici comuni non mina il potere della Corte costituzionale di dichiarare illegittima una legge oppure l'interpretazione a essa attribuita. Nel convegno si è evidenziata l'estensione del concetto di interpretazione conforme come meccanica di disseminazione della cultura costituzionale, operata da organi giurisdizionali di diversi profilli e anche da organi non giurisdizionali, evidenziando come l'elenco delle istituzioni democratiche possa contribuire alla formazione di interpretazioni del diritto coerenti con i valori costituzionali[217].

Nel convegno annuale del Gruppo di Pisa tenutosi più di venti anni fa a nell'omonima città (2001), il titolo dell'incontro conteneva una parola virgolettata, "diffusione", riferendosi a "Il giudizio sulle leggi e la sua 'diffusione'. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?". Nel seminario di Pisa del 2019, invece, la parola

---

[215] Al di là di R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra 'momenti di accentramento' e di 'di diffusione'*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2020/02, p. 6 e di R. ROMBOLI, Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, in Il Foro italiano, 2018, I, cc. p. 2227 ss., usa il termine con accezione molto critica, descrivendo un «forte rigurgito di 'riaccentramento' del sindacato presso la Consulta», A. RUGGERI, *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna*, in *Giustizia insieme*, 2019. Dall'altro lato, usa il termine tale come una stagione giurisprudenziale per la quale il giudice costituzionale italiano riaccentra i suoi poteri, in modo da perseguire sempre il compito di preservare la giustizia costituzionale e di garantire il principio di costituzionalità, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bolonia University Press, 2020, p. 11. Il termine è stato usato anche da G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, in part. pp. 310 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, pp. 644 ss.

[216] A. I. ARENA, Note minime su interpretazione
e giudizio accentrato di costituzionalità, 93-107, p. 103-107, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità…*

[217] Sull'interpretazione conforme 'proposta' dal Presidente della Repubblica in Italia, cfr. M. RUOTOLO, L'interpretazione conforme a costituzione torna a casa?, 55-66, p. 64-66, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità* … ; sulla diffusità della giurisprudenza CEDU come parametro ai giudici nazionali, cfr. E. MALFATTI, La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni, 135-183, pubblicato nello stesso volume.

virgolettata è "accentrato", in riferimento a "Il sistema 'accentrato' di costituzionalità"[218]. Queste due parole, spesso contrapposte, richiamano la classificazione dei modelli di giustizia costituzionale, in particolare i due tipi più noti, quelli "puri", anche detti "prototipi". È importante e utile procedere a una specificazione del significato attribuito a questi termini, poiché essi rappresentano fasi diverse della giurisprudenza costituzionale italiana.

Per analizzare l'evoluzione del rapporto tra il giudice costituzionale e le altre istituzioni è fondamentale considerare le tre fasi principali delineate dal Professor Roberto Romboli riguardo al sistema italiano. Inizialmente, si assiste a una fase di accentramento, in cui la Corte costituzionale esercita un maggiore controllo sui poteri. Successivamente, si passa a una fase di diffusione, in cui il controllo si allarga ai giudici ordinari e sovranazionali. Infine, si giunge a una fase di ri-accentramento, in cui la Corte costituzionale riacquista una posizione centrale nel sistema giuridico. La comprensione di queste dinamiche è fondamentale per analizzare l'interazione tra giudici e istituzioni nel contesto italiano e per comprendere l'adattamento continuo del sistema di giustizia costituzionale alle sfide e ai cambiamenti nel panorama politico e giuridico[219].

Il Professor Ruggeri mette in luce come la tendenza al ri-accentramento sia legata a un fenomeno tecnico:

> L'uso disinvolto e, diciamo pure, libero delle tecniche decisorie, con gli scostamenti frequenti e marcati dai canoni che governano lo svolgimento dei giudizi di costituzionalità, di cui si è venuti dicendo, costituisce la più vistosa riprova della tendenza al 'riaccentramento' della quale siamo stati chiamati ad illustrare le più salienti espressioni[220].

Secondo vari studi, sia i giudici comuni, sia il giudice costituzionale, hanno dimostrato abusi nell'utilizzo delle tecniche decisorie, come l'interpretazione conforme, sottoponendosi a un'incessante mutazione genetica del senso di giustizia costituzionale, che si adatta al contesto e che continuerà a evolvere nel tempo.

---

[218] R. ROMBOLI, Il sistema "accentrato" di costituzionalità, 13-27, p. 13-16, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità* …

[219] R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra 'momenti di accentramento' e di 'di diffusione', in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2020/02.

[220] A. RUGGERI, La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici…, p. 268.

Nonostante il ri-accentramento in senso stretto, la Corte costituzionale ha tollerato un'espansione del controllo decentralizzato nel Paese, consentendo ai giudici ordinari di partecipare, in modo circoscritto e specifico, alla risoluzione di controversie costituzionali attraverso un'interpretazione innovativa delle norme. Quindi, appare appropriato il giudizio del Professor Romboli nel descrivere questi fenomeni come momenti di accentramento e momenti di diffusione[221]. Infatti, l'evoluzione del rapporto tra i diversi giudici in Italia rivela un'interazione complessa e dinamica tra le istituzioni, testimoniando l'adattamento costante del sistema di giustizia costituzionale alle sfide e ai cambiamenti del panorama politico e giuridico. Di conseguenza, con il termine "ri-accentramento" si può altresì intendere l'intera situazione di incremento e decremento di potere della giustizia costituzionale.

L'intera dottrina contraddice la tradizione del diritto costituzionale, che generalmente si oppone a tale dinamicità nel preservare un equilibrio tra i diversi poteri e nel garantire stabilità e prevedibilità nel sistema giuridico. Secondo queste obiezioni, la giurisprudenza costituzionale non è una fonte generale di diritto che può ridefinire il sistema e, quindi, non ci sarebbe alcuna possibilità per il c.d. "diritto giurisprudenziale" di stabilire: 1) effetti che riconoscono dei doveri al di là del singolo caso; o 2) effetti che, inversamente, vanno oltre l'ambito di interpretazione consentito dal "diritto politico" anche se, in tale situazione, sono limitati al caso specifico[222].

Tuttavia, le recenti tendenze nella giurisprudenza costituzionale evidenziano un cambiamento irreversibile nella fenomenologia del "giudice costituzionale", che si posiziona tra il giurisdizionale e il politico, oltre a spingersi al di là dei confini tradizionali del suo ruolo.

Inoltre, si sottolinea l'importanza di integrare sia prospettive prescrittive sia descrittive nella teoria delle fonti del diritto, al fine di comprendere a pieno il rapporto dinamico e di sostegno reciproco tra l'ordine giuridico e le sue fonti. Infine, si discute dell'evoluzione del ruolo del giudice costituzionale in base alle circostanze socio-

---

[221] R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra 'momenti di accentramento' e di 'di diffusione', in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2020/02.

[222] R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, 2021, p. 10.

politico-culturali, sottolineando la necessità di un approccio metodologico contestuale[223].

In questo senso, l'ordine giuridico è anche materialmente formato e modificato dalle attività dei giudici. La differenza che preoccupa il sistema delle fonti e la democrazia tradizionale risiede nell'intensità dell'intervento e nella distribuzione delle competenze nella produzione del diritto[224].

Ciò implica che la discrezionalità delle corti non potrà mettersi in una posizione di scontro con presupposti di certezza del diritto, vale a dire i limiti testuali degli statuti giuridici (costituzione, leggi, trattati ecc.)[225] e quelle che gli impongono la passività

---

[223] È importante considerare le disposizioni costituzionali esplicite che regolano il diritto giurisdizionale nei rapporti rilevanti. In Brasile, oltre alle súmulas vinculantes, negli ultimi anni il ruolo della giurisprudenza si è ampliato a tal punto che alcuni autori hanno iniziato a includerla nell'elenco delle fonti formali del diritto (vedi M. H. DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, 1° vol. Teoria geral do direito civil, 1999, p. 22; e anche *Dicionário jurídico*, 1998, vol. 2, voce "Fonte formal estatal", p. 574). Indipendentemente dall'adesione o meno a questa teoria, è innegabile che ci sia un movimento verso la valorizzazione del ruolo dei precedenti. Riguardo ad alcune pietre miliari in questa direzione, si veda L. R. Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 7ª ed., 2018, p. 352-353: i) da tempo la divergenza giurisprudenziale è motivo per presentare ricorso straordinario alla Corte Suprema (STF) (incluso nei regimi costituzionali precedenti) e ricorso speciale al Tribunale Superiore di Giustizia (STJ) nel regime attuale, secondo l'art. 105, III, c), Cost. 1988; ii) il testo costituzionale attribuisce effetti vincolanti ai precedenti del STF nell'azione diretta di incostituzionalità e nell'azione dichiarativa di costituzionalità, secondo l'art. 102, §2; iii) la decisione emessa dal STF in un'argomentazione di inadempimento di precetto fondamentale ha anche effetto vincolante, come stabilito legalmente dall'art. 19, §3, della Legge n. 9882 del 3 dicembre 1992; iv) il testo costituzionale, in un'innovazione introdotta dall'emendamento costituzionale n. 45/2004, prevede la súmula vincolante: art. 103-A, Cost. 1988) il giudice relatore nei tribunali può, individualmente, respingere o accogliere un ricorso, a seconda che la decisione contestata abbia rispettato o sia in contrasto con un precedente o una giurisprudenza dominante della rispettiva corte, di una corte superiore o del STF, secondo il CPC/2015, art. 932 IV e V; vi) la sentenza emessa contro lo Stato produrrà i suoi effetti indipendentemente dal doppio grado di giurisdizione, se è fondata sulla giurisprudenza del plenum del STF o su un precedente di questa corte o del tribunale superiore competente, secondo il CPC, art. 496, §4. Per un'analisi del tema nel nuovo Codice di procedura civile, si veda P. P. CAMPOS MELLO e L. R. BARROSO, *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*, in *Revista da AGU*, 15:9, 2016.

[224] C. JABLONER, *Le droit juridictionnel dans la comparaison constitutionnelle*, Traduction d'Otto Pfersmann, in *Cités*, n. 69, 2017/1, p. 73-100.

[225] Massimo Luciani sostiene che il giudice deve resistere alla tentazione di completare il legislatore, anche quando quest'ultimo tollera che ciò avvenga, a causa dell'assenza di certezza del diritto. A tal fine, l'autore si chiede: quale legittimità il giudice possa invocare a favore di una norma che non esisteva prima della decisione giurisdizionale, ma che, di fatto, è un prodotto di quella stessa decisione giudiziaria? Cfr. M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 7:12, 2019, pp. 345-367, p. 365.

processuale[226], ad esempio del divieto di attivare autonomamente la propria giurisdizione.

Dunque, la prospettiva prescrittiva nella teoria delle fonti dev'essere completata dalla prospettiva descrittiva per comprendere appieno il rapporto dinamico e di sostegno reciproco tra l'ordine giuridico e le sue fonti. In questo senso, le fonti *extra ordinem*, che si affermano al di là degli schemi previsti dall'ordinamento giuridico, devono entrare nel sistema per sopravvivere e affermarsi[227].

Infine, il Gruppo di Pisa e la Scuola pisana di giustizia costituzionale sostengono che il ruolo del giudice costituzionale possa evolversi in base alle circostanze socio-politico-culturali che influenzano lo sviluppo della giurisprudenza. Questa evoluzione si basa su una chiave metodologica contestuale che tiene conto non soltanto della giurisdizione in sé, ma anche degli orientamenti generali dell'opinione pubblica e degli elementi specifici del comportamento degli organi politici o di garanzia nei diversi livelli di *governance* subnazionali o sovranazionali[228].

2. La doppia faccia del ri-accentramento: da un lato il rapporto tra giudice costituzionale e giudici, dall'altro il rapporto tra il giudice costituzionale e il legislatore

Il concetto di "ri-accentramento", con la sua doppia faccia, è fondamentale per comprendere le dinamiche del rapporto tra il giudice costituzionale e altre istituzioni democratiche. Da una parte, si riferisce all'interazione tra il giudice costituzionale e i giudici ordinari; dall'altra, descrive la relazione tra il giudice costituzionale e il legislatore.

---

[226] Cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 14. Per quanto riguarda la preoccupazione che l'eccessiva creatività della Corte costituzionale diventi un ostacolo alla stabilità e alla fiducia della Corte stessa, cfr. E. LAMARQUE, Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana, GLF editori Laterza, 2012.

[227] A. RUGGERI, *Idee sulla costituzione…*, *op. cit.*, p. 412-415; D. TEGA, *La Corte nel contesto: percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia: University Press, 2020, p. 61-84.

[228] A tal riguardo, cfr. R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2015, 8.

In relazione a ciò, la Scuola Pisana di diritto costituzionale e l'Associazione Gruppo di Pisa, basandosi sugli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso, sottolineano l'importanza dell'acquisizione di strumenti concettuali capaci di comprendere e interpretare l'atteggiamento fenomenico della giustizia costituzionale. Nonostante la sua non recente istituzione, la giustizia costituzionale è ancora alla ricerca di una definizione propria. A titolo d'esempio, i concetti di "zone franche" e "zone d'ombra" forniscono spunti preziosi per decifrare le complesse dinamiche del ruolo del giudice costituzionale in Italia.

In questo senso, le "zone franche" rappresentano quelle materie potenzialmente sottoposte a controllo costituzionale, ma dove l'intervento della Corte è impedito da limiti stabiliti dalla Costituzione, dalle leggi attuative e dalla giurisprudenza. Queste diventano, di fatto, aree insindacabili. D'altro canto, le "zone d'ombra" evidenziano quei casi in cui la Corte può intervenire, ma non in grado di soddisfare a pieno le aspettative di giustizia costituzionale[229].

Questi concetti, risultato di un'interpretazione costituzionale complessa, evidenziano l'importanza di una gestione attenta e flessibile nel ruolo del giudice costituzionale. L'idea di "ri-accentramento" enfatizza proprio questa dinamica, mostrando come, a seconda delle circostanze, il giudice costituzionale possa sia espandere la propria giurisdizione, intervenendo attivamente nella risoluzione dei conflitti politici, sia ridurre l'importanza data alla "diffusione", ovvero alle competenze attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria. In entrambi i casi, emerge la necessità di un delicato equilibrio nelle interazioni tra il giudice costituzionale e le altre istituzioni democratiche.

> Preciso che utilizzo questo termine in un duplice significato. Innanzitutto, intendo che la Corte costituzionale ha assunto o riassunto compiti che, attraverso le decisioni di inammissibilità, ave-va "lasciato" o al legislatore o all'autorità giudiziaria. In questa accezione ri-accentramento indica un'espansione della giurisdizione costituzionale attraverso una sorta di produzione giurisprudenziale della norma, un ruolo crescente del giudice nella soluzione del conflitto politico, una contrazione della valorizzazione dei momenti di "diffusione", nel senso di attribuzioni riconosciute all'autorità giudiziaria[230].

---

[229] A. PIZZORUSSO, "Zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana, Scritto destinato agli Studi in onore di Pierfrancesco Grossi, in *Consulta Online*. Disponibile su: https://giurcost.org/studi/PizzorussoGrossi.htm#_edn1, accesso il 12 maggio 2023.

[230] D. TEGA, *La Corte nel contesto*…, op. cit., p. 25.

Secondo Romboli, la corte italiana ha recentemente smesso di considerare l'interpretazione costituzionalmente conforme svolta dal giudice ordinario come un mero problema di ammissibilità o una barriera per il controllo di costituzionalità per raggiungere il giudice costituzionale. La stessa Corte costituzionale ha capito che l'interpretazione conforme attuata dal giudice ordinario, nella misura in cui viola la Costituzione, dev'essere trattata come una questione di merito, cioè una regola che può essere esaminata dal giudice costituzionale[231].

Il ri-accentramento è così chiamato perché il movimento oscillatorio risultante dalla funzione interpretativa della Corte costituzionale in questo caso si erge in contrasto con la comprensione precedente, che tende invece a una diffusione. Perciò, dal controllo più accentrato, la Corte italiana ha orientato la sua giurisprudenza verso un controllo più diffuso, per poi, successivamente, ri-accentrarsi. Per illustrare più dettagliatamente il contesto del termine "ri-accentramento" nella relazione Corte e giudice (comune), è importante seguire un passaggio del testo base della relazione introduttiva a questo proposito:

> La dichiarazione di inammissibilità di una questione di costituzionalità, fondata sulla possibilità di un'interpretazione conforme, avrebbe infatti dovuto condurre la Corte ad utilizzare tale formula anche quando avesse ritenuto di intervenire con una sentenza interpretativa di rigetto. Se infatti un'interpretazione conforme era possibile, la questione avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile.
> Con la "nuovissima" giurisprudenza la Corte costituzionale ha sostenuto che la presenza in giurisprudenza di un'interpretazione costituzionalmente conforme, finanche se qualificabile come "diritto vivente", non può risultare vincolante e tale da rendere la questione inammissibile, dal momento che la valutazione circa la percorribilità della interpretazione conforme e della sua conformità a Costituzione è questione di merito e non di ammissibilità e spetta quindi alla Corte costituzionale.

---

[231] In effetti, dalla sentenza n. 221 del 2015, è stato riconosciuto che «la possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto opportuno far propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che si attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità». È stato poi precisato che «se l'interpretazione prescelta dal giudice rimettente sia da considerare la sola persuasiva, è profilo che esula dall'ammissibilità e attiene, per con-tro, al merito» (sentenze nn. 262 del 2015, 204, 95 e 45 del 2016). Tale approccio è stato ulteriormente chiarito nella sentenza n. 42 del 2017, secondo cui «[s]e, dunque, "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)" (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettarne un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile». Cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto*…, op. cit., p. 36-37.

> Ci possiamo chiedere se la suddetta giurisprudenza abbia determinato un "riaccentramento" del potere di controllo in capo al Giudice costituzionale[232].

Pertanto, la nuovissima giurisprudenza — in particolare riguardante la competenza del giudice ordinario a deferire una questione di illegittimità costituzionale alla Corte costituzionale in Italia nell'ambito del controllo incidentale di costituzionalità — è un punto a favore dell'equilibrio tra accentramento e diffusione, nei limiti delineati da Romboli. Ciò perché rimuove l'obbligo per il giudice ordinario di non sollevare la questione di costituzionalità quando un'interpretazione costituzionale è "possibile" e di attenersi a essa. Invece, anche in presenza di un precedente al quale il giudice ordinario sarebbe vincolato, questo magistrato potrebbe deferire una questione di illegittimità alla Corte costituzionale per l'esame[233].

Per quanto riguarda il ri-accentramento tra i giudici, dalla relazione introduttiva di Romboli al Seminario "Il sistema 'accentrato' di giustizia costituzionale" (2019)[234], l'espressione ri-accentramento ha ampliato il suo concetto per valutare il grado di condivisione giurisdizionale della Corte costituzionale non solo con il giudice ordinario, ma anche con le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo.

L'espansione concettuale riguarda altresì la condivisione politica della Corte costituzionale con il legislatore, in relazione all'interpretazione dei diritti fondamentali e alla legittimazione istituzionale. La Corte ha confermato il suo ruolo di giudice di principi, rivendicando il potere di dare piena attuazione alla Costituzione e di limitare il primato del legislatore. La discrezionalità del legislatore penale è condizionata dalla coerenza delle scelte e dal rispetto dei principi costituzionali.

Nel contesto italiano, la Corte costituzionale ha introdotto elementi di innovazione nelle tecniche decisionali attraverso sentenze interpretative e giudizi manipolativi. Tuttavia, gli studiosi criticano l'eccessiva cautela della Corte nell'intervenire su patologie trascurate dal legislatore. Tra il 2016 e il 2020, la Corte ha iniziato ad affrontare la funzione interpretativo-creativa in modo più esplicito e schietto, valutando la compatibilità delle scelte legislative con la Costituzione. La giurisprudenza

---

[232] R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra 'momenti di accentramento' e di 'di diffusione'*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2020/02, p. 6.

[233] R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra 'momenti di accentramento'...op. cit.*, p. 7.

[234] R. ROMBOLI, Il sistema "accentrato" di costituzionalità, 13-27 …

costituzionale italiana ha ampliato la sua portata e abbandonato il tradizionale *self-restraint*, favorito dall'insistenza del tribunale ordinario nel rinviare questioni di illegalità alla Corte e dalle tensioni accumulate con i giudici e il legislatore. Il ri-accentramento mira a ricondurre a coerenza una politica penale irragionevole, sollecitando l'intervento del legislatore[235].

In proposito, la tradizionale dottrina italiana della Corte costituzionale, chiamata "rime obbligate", è stata oggetto di dibattito tra i costituzionalisti italiani per molti anni. Inizialmente, tali giuristi hanno criticato questa dottrina per limitare la creatività della Corte costituzionale nelle sue decisioni. La Corte costituzionale ha spesso giustificato le sue innovazioni attraverso sentenze interpretative e giudizi manipolativi, sostenendo che le decisioni prese nel contenzioso costituzionale fossero perfettamente in accordo con la Costituzione e che i giudici costituzionali non creassero nuove norme, ma le estraessero direttamente dai termini espliciti o impliciti del testo costituzionale[236].

Ciononostante, nel corso degli anni, gli studiosi hanno iniziato a rivedere le loro critiche sulla dottrina delle rime obbligate. Alcuni di essi hanno suggerito che la dottrina possa aver creato ostacoli ai poteri d'intervento della Corte costituzionale, limitando la sua capacità di intervenire in situazioni in cui il legislatore abbia trascurato evidenti patologie. Su questa base, Diletta Tega ha sostenuto che la Corte costituzionale inizia a esercitare la sua funzione interpretativo-creativa in modo diverso rispetto al passato[237].

Le decisioni della Corte costituzionale n. 236 del 2016, 207, 222 e 233 del 2018, 40, 99, 112 e 242 del 2019, 113 e 156 del 2020 sono state prese in considerazione per dimostrare questo nuovo approccio. Tali decisioni hanno evidenziato che la Corte costituzionale si è impegnata a valutare la compatibilità delle scelte del legislatore con la Costituzione e a intervenire quando necessario. In particolare, la Corte ha cercato di bilanciare la disciplina penale stabilita dal legislatore con gli elementi di equità del caso concreto[238].

---

[235] D. TEGA, *La Corte nel contesto*…, op. cit., p. 177.

[236] A. M. NICO, L'accesso e l'incidentalità, 29-50, p. 39, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità* …

[237] D. TEGA, La Corte nel contesto, 42-52, in *Questione Giustizia*, La Corte costituzionale nel XXI secolo, 4/2020.

[238] D. TEGA, La Corte nel contesto, 42-52, in *Questione Giustizia*...

È importante notare che la Corte costituzionale ha esplicitamente definito il suo compito naturale come la facoltà di valutare la compatibilità delle scelte del legislatore con la Costituzione. Questo sottolinea la differenza tra il ruolo del giudice delle leggi e quello del legislatore. Inoltre, il legislatore riceve ora istruzioni meno severe rispetto al passato, il che significa che la Corte costituzionale ha una maggiore flessibilità nell'esercizio della sua funzione interpretativo-creativa[239].

Infine, va notato che questo nuovo approccio della Corte costituzionale si presenta in un caso classico di equilibrio giuridico tra interessi opposti. Ciò significa che la Corte è stata in grado di intervenire in modo efficace senza le difficoltà aggiuntive di questioni come l'assistenza al suicidio. In generale, questo nuovo approccio rappresenta un passo importante per la Corte costituzionale nel garantire un equilibrio giuridico e una tutela dei diritti fondamentali dei cittadini italiani[240].

Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale italiana, si registra un'estensione significativa della competenza del tribunale e un abbandono di un'autorità statica. Tale sviluppo è stato favorito dalla costante sollecitazione del giudice ordinario nel porre questioni di illegittimità dinanzi alla Corte costituzionale, nonché dalle tensioni accumulate tra la Corte, i giudici e il legislatore in generale. Ciò ha portato a un *judicial activism* più accentuato nel periodo più recente della giurisprudenza costituzionale italiana, noto come fase di ri-accentramento (in senso stretto).

Il ri-accentramento in senso ampio (che comprende movimenti di accentramento e di diffusione) non è un obiettivo fine a sé stesso. Al contrario, esso è giustificato dalla necessità di ristabilire la coerenza nell'interpretazione normativa irragionevole, ad esempio, in relazione al Parlamento, dopo aver sollecitato senza successo l'intervento del legislatore. In questo contesto, il ri-accentramento può essere concepito come una pratica comunicativa interistituzionale volta a promuovere l'equilibrio e la cooperazione verso la tutela dei diritti.

3. Il ri-accentramento come pratica comunicativa interistituzionale

---

[239] M. RUOTOLO, Oltre le "rime obbligate"?, 54-63, in *Federalismi.it*, Fascicolo n. 3/2021.

[240] D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, 2/2021, p. 22-23.

Nell'analisi delle dinamiche comunicative interistituzionali, l'accentramento e la diffusione dei tribunali costituzionali rivestono un ruolo cruciale nella convergenza tra l'emergere di fenomeni giuridici e le intenzioni intrinseche al diritto politico. Questa tendenza mette in luce l'evoluzione del carattere centralizzato o decentralizzato del controllo di costituzionalità. La teoria alla base di questa analisi trae le sue radici dall'esperienza della Corte costituzionale italiana, che si è progressivamente affermata come un'istituzione che adotta strategie comunicative innovative per preservare e potenziare la propria rilevanza nel panorama giuridico.

Questa prospettiva comunicativa può essere esaminata attraverso due aspetti distintivi: il primo riguarda l'interazione tra il tribunale costituzionale e la stampa o l'opinione pubblica; il secondo, invece, esplora le relazioni che la corte instaura con i giudici ordinari, i giudici sovranazionali e il legislatore. Per quanto riguarda il primo aspetto, è importante notare che, come sottolineato dall'ex presidente della Corte costituzionale, Alfonso Quaranta, la conferenza stampa annuale rappresentava in passato l'unico momento di incontro tra la corte e i rappresentanti dei media, mentre in altri contesti, i giudici costituzionali comunicavano prevalentemente attraverso le loro sentenze[241].

La comunicazione tra le corti costituzionali e il pubblico ha assunto un'importanza sempre maggiore, come dimostrato dall'aumento dei comunicati stampa da parte delle corti stesse. Tali comunicazioni non sono rivolte esclusivamente al grande pubblico, ma mirano anche a informare una vasta gamma di soggetti coinvolti nell'ambito giuridico-politico[242]. L'evoluzione del sistema di legittimità costituzionale si manifesta sia in termini sostanziali, ovvero nel rapporto con la discrezionalità del legislatore o con l'interpretazione dei giudici comuni o sovranazionali, sia in termini procedurali, con il ridisegno di istituti e procedure volti a rafforzare l'autorità della giurisdizione propria della Corte.

---

[241] A. SPERTI, *Constitutional courts speak their voice. Their fight against fake news and disinformation on constitutional justice*, in *The Italian review of international and comparative law 1*, 2021, p. 224-225; Corte costituzionale, "Relazione del Presidente Alfonso Quaranta sulla giurisprudenza costituzionale del 2011: Incontro con la stampa", 23 febbraio 2012, p. 1, disponibile su: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/Conferenza_Stampa_23022012.doc.

[242] A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Diritto e società*, 2019, p. 735.

La prospettiva relazionale del potere creativo della corte (suprema o costituzionale) si caratterizza per due aspetti introduttivi. In primo luogo, il potere può essere più o meno accentrato nelle mani del giudice costituzionale, a seconda delle relazioni con altre istituzioni democratiche rilevanti. In secondo luogo, la corte adotta una finalità istituzionale propria, al di là delle volontà individuali dei giudici, per massimizzare la protezione dei diritti e la legittimità della giurisdizione costituzionale, considerando gli effetti degli altri organi democratici sul processo decisionale della corte. Questo approccio relazionale porta a una notevole evoluzione del sistema di legittimità costituzionale, sia in termini di rapporto con la discrezionalità del legislatore e l'interpretazione dei giudici comuni o sovranazionali, sia dal punto di vista procedurale, attraverso il ridisegno di istituti e procedure per rafforzare l'autorità della giurisdizione del tribunale "custode". La chiave di lettura riguarda il mutamento della giurisprudenza, in cui ogni nuovo ciclo di poteri della giustizia costituzionale rompe con la giurisprudenza consolidata, permettendo alla Corte di assumere o riassumere poteri precedentemente esercitati da altri[243].

La comunicazione esterna del tribunale, al di là di quella che avviene nell'ambito delle sentenze, assume, pertanto, un ruolo di rilevanza istituzionale e strategica per il giudice costituzionale nell'attualità. Essa si configura come un elemento fondamentale per la ridefinizione delle tecniche giuridiche e l'avanzamento della giurisprudenza. In questo senso, se l'obbligo di motivazione costituisce il pilastro di legittimità intrinseco alla tradizione giuridica del giudice, la comunicazione trans-istituzionale rappresenta un fattore indispensabile per il giudice costituzionale immerso in un mondo interconnesso, globalizzato e profondamente digitale. Di conseguenza, la comunicazione esterna consente al tribunale di instaurare un costante dialogo e un'interazione proficua con altre istituzioni democratiche, promuovendo un confronto di idee e uno scambio di opinioni che non solo definiscono il significato dei diritti fondamentali, ma anche come e in quale misura tali diritti si concretizzino nella pratica. La comunicazione esterna,

[243] Si intende giurisprudenza "consolidata" o ‘conforme’ l’esistenza di un orientamento per cui una questione è stata risolta allo stesso modo in un numero considerevole di casi. Una giurisprudenza consolidata è spesso più efficace di una singola decisione nell’influenzare decisioni successive. Ciononostante, bisogna tener presente che anche una sola decisione può ‘produrre giurisprudenza’. Ciò avviene quando una questione è risolta da un organo particolarmente autorevole e influente. Cfr. M. TARUFFO, *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1994, disponibile su https://www.treccani.it/enciclopedia/giurisprudenza_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, accesso il 14 nov. 2021.

interistituzionale o transistituzionale, si rivela quindi fondamentale per sostenere la legittimazione del giudice costituzionale e contribuisce in modo significativo alla salvaguardia dei diritti fondamentali, affrontando le sfide che emergono in modo incessante[244].

Tale fenomeno di sostegno comunicativo alla legittimità tradizionale del giudice costituzionale, basata sull'obbligo di motivazione, nei confronti di altri organi costituzionali, implica un ampliamento del potere della giustizia costituzionale. Più specificamente, l'intensità e la profondità della comunicazione del giudice costituzionale trasformano il modo in cui i concetti e i metodi giuridici si manifestano e influenzano il sistema giuridico nel suo insieme. Questi effetti si originano spesso dal diritto giurisprudenziale prodotto dalla Corte costituzionale stessa, in quanto interprete autorevole della Costituzione, piuttosto che dal diritto politico creato dal legislatore. Il controllo di costituzionalità diventa così uno strumento complesso, non socialmente neutro, influenzato dalla cultura e politicamente rilevante, poiché ridefinisce i limiti semantici della Costituzione e, di conseguenza, del suo custode, la Corte. Tale ridefinizione di competenze ha un impatto sul funzionamento di altri soggetti con cui la Corte mantiene un rapporto diretto nel quadro democratico: il giudice comune, quello sovranazionale e il legislatore, che perdono o guadagnano potere a seconda dei nuovi limiti di giurisdizione stabiliti dal tribunale costituzionale[245].

Sull'aspetto oggettivo, ciò che si cela dietro ai momenti di accentramento o diffusione della giustizia costituzionale è un modello strategico volto a evitare che la Corte perda la posizione egemonica o di organo supremo del sistema di fronte ad azioni

---

[244] Pongo in evidenza l'esempio della Corte costituzionale italiana, che ha elaborato una propria teoria nel senso di autoaffermarsi come custode della Costituzione in confronto agli altri soggetti dell'ordinamento nazionale, tra cui, ma non solo, i giudici ordinari e i giudici sopranazionali. Cfr. PANIZZA, Saulle, La autolegittimazione ricavata dalla Corte costituzionale in forza della "scoperta" dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, in Rivista online diritti fondamentali.it, 2016, p. 25-26.

[245] Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, *Relazione introduttiva. Corte costituzionale e sistema istituzionale*, in Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro, G. Giappichelli Editore - Torino, 2011, p. 1.

o decisioni prese da altri organi. Tuttavia, questo fenomeno non è uniforme per quanto riguarda le diverse corti, né lineare[246].

Ogni corte (suprema o costituzionale) può sperimentare momenti di accentramento o decentramento della propria giurisdizione che vanno oltre la classificazione giuridica dei modelli predefiniti (modello concentrato e modello diffuso)[247].

Tenendo conto degli elementi di scienza politica e delle dinamiche di diplomazia istituzionale, un giudice costituzionale può incrementare la propria legittimità attraverso il potenziamento delle proprie capacità comunicative nei confronti di un altro organo democratico. Di conseguenza, il rapporto interistituzionale può assumere diverse modalità di condivisione del potere: la corte può distribuire parte della sua giurisdizione a favore di un altro organo, assorbire parte del potere da esso, o riassorbire l'esatta misura di potere che in precedenza ha distribuito dal proprio centro con un asse esterno. Sebbene gli aspetti extra-giuridici che giustificano questo spostamento di potere tra centro e periferia possano essere studiati dal punto di vista degli aspetti personali, psicologici o ideologici riguardanti la persona di ogni giudice, il presente lavoro si incentra maggiormente su fattori maggiormente istituzionali, che riguardano le strategie

---

[246] Mi riferisco all'idea di verità universale kantiana, tramite cui sarebbe possibile per ogni persona, compresi i giudici, agire moralmente senza sottostare a pressioni esterne, ma osservando in modo rigido ciò che la ragione ha già stabilito. Da questo punto, un giudice imparziale utilizzerebbe la propria autodeterminazione per trovare razionalmente la verità sul diritto nel caso. Cfr., *e.g.*, KANT, Immanuel, *Métaphysique des mœurs, doctrine du Droit, Introd.*, AK VI 221. Pl. p. 467-468. D'altra parte, quest'idea ignora che il testo giuridico è in grado di comprendere esclusivamente un materiale prestabilito o un'unica verità, in quanto il diritto – nazionale o straniero – non può essere ridotto a una comprensione pura come quella che le scienze naturali danno agli elementi della tavola periodica, se non da una pluralità linguistica o culturale inerente alle società. Cfr. LEGRAND, Pierre, *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 83. Quindi, una visione plurale del diritto richiederebbe il superamento della nozione kantiana di autodeterminazione del soggetto per una nozione di eteronomia, in cui colui al quale si rivolge la norma – un soggetto sociale compreso a partire dai fattori storici, politici, sociali, economici e filosofici che lo influenzano – collabora anche al significato finale del testo giuridico. Cfr. J. DERRIDA, *Politiques de l'amitié*, Galilée, 1994, p. 176.

[247] Qui, intendo il controllo di costituzionalità come un concetto che corrisponde all'ampiezza della giurisdizione costituzionale e alla sua varietà di oggetti. A questo punto, come insegna Favoreu, la Corte non è soltanto il giudice della legge, ma anche il tribunale delle elezioni, il giudice dei conflitti tra organi dello Stato, o tra lo Stato e le sue entità territoriali, la corte di giustizia incaricata di giudicare le accuse contro il capo dello Stato o i membri del governo. La Corte costituzionale può anche essere incaricata di decidere sulla legittimità degli atti amministrativi o degli atti giudiziari. Cfr. L. FAVOREU, *Controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1992, disponibile https://www.treccani.it/enciclopedia/costituzionalita-delle-leggi-controllo-di_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, accesso il 02 novembre 2021.

di una corte nel contesto delle sue relazioni con altre istituzioni, come ad esempio il giudice ordinario, il giudice sovranazionale e il legislatore[248].

In conclusione, l'evoluzione della giurisdizione delle corti costituzionali è un fenomeno complesso e dinamico, influenzato da fattori giuridici, politici e culturali. Le corti cercano di adattarsi e bilanciare le loro competenze in relazione alle altre istituzioni democratiche, al fine di preservare la loro legittimità e autorità all'interno del sistema, specie riguardo alla tutela dei diritti fondamentali.

4. Ripensando il ri-accentramento secondo la teoria dei sistemi — e non dei modelli — di giustizia costituzionale

La tesi del ri-accentramento offre un'analisi giuridica sofisticata e approfondita della giustizia costituzionale, mettendo in discussione la pertinenza delle tradizionali categorizzazioni basate su "modelli" e adottando un approccio più olistico nella valutazione dei sistemi giuridici. L'obiettivo principale è esaminare come la giurisdizione dei tribunali costituzionali possa estendersi oltre le convenzionali sfere di competenza nella protezione dei diritti fondamentali, esplorando l'interazione tra vari principi e norme costituzionali, così come le diverse teorie giuridiche sottostanti.

In conformità con le ricerche di rinomati giuristi come Mathieu Carpentier[249] e Lucio Pegoraro[250], la giustizia costituzionale tende a essere un sistema dinamico e interconnesso, piuttosto che un insieme di modelli statici. Ciò implica superare le dicotomie analitiche tradizionali, quali il modello di controllo di costituzionalità americano ed europeo (kelseniano), le tradizioni giuridiche di *common law* e *civil law*, e

---

[248] T. SQUATRITO, *Judicial diplomacy: international courts and legitimation*, in *Review of international studies*, 2020: il termine diplomazia giudiziaria è stato usato con particolare attenzione ai tribunali internazionali o sovranazionali, in relazione al fatto che essi intraprendono una vasta gamma di attività non giudiziarie, da *workshops* di formazione giuridica e seminari pubblici a visite con funzionari pubblici per ottimizzare la loro articolazione con altre organizzazioni nazionali o internazionali. Questo è un modo diverso di percepire la legittimazione dei tribunali poiché si concentra sulla presentazione pubblica del "giudice-diplomatico" che è costantemente interessato a ottenere migliori risultati nelle proprie sentenze. Non v'è nessun ostacolo all'applicazione di una tale concezione della diplomazia giudiziaria a favore dei giudici costituzionali e dei giudici ordinari, a seconda di come interagiscono con altre istituzioni e di quanto sono interessati a rendere efficaci le loro decisioni.

[249] M. CARPENTIER, Pour de nouveaux «modèles» de justice constitutionnelle, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 68, n. 1,2016. pp. 179-219.

[250] L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, 1. ed., 2019, 288 p., ISBN 9788892129269.

le divergenti tendenze del *self-restraint* e dell'attivismo giudiziale. L'analisi proposta si concentra sulla natura composita dei sistemi nazionali, evidenziando come siano influenzati da fattori globali, regionali, transnazionali e "glocali", nonché dall'interazione tra diverse scuole di pensiero e interpretazioni giuridiche.

La tesi del ri-accentramento sostiene l'unicità e la distintività di ciascun sistema di giustizia costituzionale, evidenziando la necessità di un approccio comparativo più accurato e approfondito, in grado di considerare le specificità di ciascun contesto giuridico e le possibili corrispondenze o discrepanze rispetto ai modelli dottrinali tradizionali. In tal senso, questa prospettiva offre un contributo significativo al dibattito giuridico sulla giustizia costituzionale e fornisce nuovi spunti per la tutela dei diritti fondamentali.

Da un lato, l'analisi dell'armonizzazione tra aspetti dicotomici costituisce un argomento di rilevanza nella teoria del potere giuridico, implicando la ricerca di un punto di convergenza tra istanze e interessi diversi, come l'interazione tra il legislatore e il giudice nella formazione del diritto. Pur focalizzandosi sul diritto positivo, il quadro operativo del ri-accentramento include il potere normativo del giudice, evidenziando la distinzione tra "*statute*" e "*law*", nonché le *empowering dispositions* di Bentham[251]. Tale approccio sottolinea l'importanza della trasparenza e della razionalità nella creazione delle norme giuridiche, consentendo di cogliere le sfumature e le complessità del diritto giurisprudenziale.

Dall'altro lato, l'analisi della polarizzazione degli attributi dei modelli rivela un tema di notevole interesse nella teoria dei sistemi. A tal riguardo, il concetto di *structural coupling* di Niklas Luhmann suggerisce che il sistema giuridico, pur operando in modo indipendente in relazione ad altri subsistemi, sia connesso strutturalmente a essi, come a quello politico o a quell'economico. Questa connessione permette ai diversi subsistemi di co-evolvere e adattarsi alle modifiche reciproche. La sfida principale in un contesto simile consiste nel trovare un equilibrio tra la

[251] G. TUSSEAU, Positivist Jurisprudents Confronted: Jeremy Bentham and John Austin on the Concept of a Legal Power, in *Revue d'études benthamiennes*, n° 2, pp. 23-40; G. TUSSEAU, Jereremy Bentham on Power-Conferring Laws, in *Revue d'études benthamiennes* [En ligne], 3 | 2007, mis en ligne le 01 novembre 2007, consulté le 21 avril 2023. URL: http://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/160; DOI: https://doi.org/10.4000/etudes-benthamiennes.160

preservazione della certezza del diritto e la necessità di adattarsi alle mutevoli condizioni sociali, politiche ed economiche[252].

Dunque, la tesi del ri-accentramento mette in discussione la dottrina dei modelli di giustizia costituzionale, ma non solo. Le gerarchie che provengono tra i giudici e tra il giudice e la politica o qualsiasi altra istituzione rilevante sono messe altrettanto in crisi. A proposito, sottolinea Tania Groppi che, nel corso della storia, il prestigio sociale ha svolto un ruolo cruciale nel consolidamento delle gerarchie e delle divisioni all'interno delle società complesse. Ciononostante, con l'evoluzione delle economie di mercato e con l'avvento del principio di uguaglianza tra i cittadini, il concetto di prestigio sociale ha subito una trasformazione profonda, portando a una riconsiderazione delle strutture gerarchiche tradizionali verticali e orizzontali[253].

Sebbene le gerarchie sociali abbiano assunto forme meno rigide, permangono alcune dimostrazioni di deferenza nei confronti di coloro che detengono un certo prestigio sociale. Queste manifestazioni si esprimono attraverso l'osservanza di norme sociali codificate o semi-codificate, nonché attraverso giudizi di valore basati su sistemi assiologici condivisi all'interno di una comunità[254].

Tuttavia, in parallelo a queste dinamiche, si assiste a un crescente movimento verso una società più inclusiva e pluralista. La critica alle gerarchie tradizionali ha portato alla ricerca di "anti-modelli", che possano rappresentare una convivenza equa e paritaria all'interno di una comunità politica e, di conseguenza, nella giustizia costituzionale. Tra queste, il poliedro e i cerchi concentrici sono esempi di nuove rappresentazioni che aspirano a delineare una società più equilibrata e armoniosa.

Dalle sfide che si presentano sul percorso, il diritto deve equilibrarsi tra la sua vocazione prescrittiva e la sua capacità di trasformare i rapporti di forza tra individui, classi sociali, gruppi etnici, società, Stati e continenti. Ad ogni modo, nell'abbandonare l'adesione rigida dei giudici costituzionali a un modello dottrinario, si esamina come qualsiasi archetipo (o non-archetipo) intellettuale rischia di essere manipolato e tradotto

---

[252] N. LUHMANN, *Social systems*, Stanford University Press, 1995; N. LUHMANN, *Theories of distinction: Redescribing the descriptions of modernity*, Stanford University Press, 2002.

[253] T. GROPPI, *Oltre le gerarchie…*, p. 102-104.

[254] T. GROPPI, *Oltre le gerarchie…*, p. 102-104.

in un uso politico della giustizia costituzionale, il quale pone in pericolo la legittimità dei giudici stessi[255].

D'altronde, al tempo in cui i due modelli classici più autorevoli, il modello americano (derivante dalla pratica di John Marshall nel caso Marbury c. Madison) e quell'europeo (derivante dalla dottrina di Kelsen, basata sulla sua teoria pura del diritto), sono di solito ricombinati all'interno del diritto positivo, la prevedibilità della causa e degli effetti del giudizio diventa sempre più impraticabile.

Ciò implica che, se i Paesi adottassero il modello americano, dovrebbero seguire, in teoria, una giustizia costituzionale decentrata, concreta, in via di eccezione, a produrre effetti *inter-partes* e a posteriori. Nonostante ciò, il fenomeno di una giustizia che pendola al di là del modello previsto verso altri modelli implica la facoltà di un giudice costituzionale di "prototipo americano" di operare e attuare una giustizia costituzionale accentrata, astratta, in via di azione, e a produrre effetti *erga omnes* e *a priori*. Tuttavia, è importante notare che tali distinzioni teoriche spesso sono sfumate e che i sistemi costituzionali adottano caratteristiche ibride. Nell'adozione di un approccio funzionale e interdisciplinare, si possono effettuare un'analisi e una comprensione efficace della giustizia costituzionale comparata.

Guillaume Tusseau sostiene che questi due modelli non riescono a rendere conto dei loro stessi oggetti nella pratica giuridica di oggi, e ciò rivela un certo fallimento, dettato da una crisi empirica. di entrambi[256]. La tesi del ri-accentramento forse è conseguenza di questa constatazione.

La prima difficoltà riguarda la difficile distinzione tra criterio decentrato o accentrato. In molti sistemi giuridici, ormai, tale distinzione non risulta adeguata. È possibile che il carattere accentrato non avvenga in un tribunale costituzionale *ad hoc*, cioè indipendente del potere giudiziario, bensì in una corte suprema. In questo caso, non si può dire che vi sia un accentramento tipico del modello europeo o, invece, neanche si può dire che si rientri nel modello americano, perché il controllo è nelle mani del "giudice supremo". A titolo d'esempio, si può citare la facoltà della Corte suprema brasiliana (STF) di processare e giudicare, originariamente, il controllo astratto di

---

[255] A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*… 1996, pp. 133 ss.

[256] G. TUSSEAU, *Contre les «modeles» de justice constitutionelle. Essai de critique methodologique*, *op. cit.*, p. 64.

costituzionalità, ai sensi degli articoli 102, caput, I, a, §1º; e 103, §2º, Cost. 1988[257]. Sebbene si possa segnalare che, in base a questa via di accesso, il STF si mostri organizzato secondo il modello europeo, la visione complessiva della giustizia costituzionale del Brasile (con altre vie di accesso diffuso, che permettano che una questione costituzionale arrivi alla corte suprema sia in via di impugnazione o di ricorso, sia in via di azione originaria) non si adegua al suddetto prototipo.

La seconda difficoltà riguarda la competizione tra tribunale costituzionale *ad hoc* e corte suprema. In alcuni sistemi vi è una sorta di concorrenza tra giudice speciale e giudice supremo riguardo alle competenze di controllo di costituzionalità. Ciò si nota nettamente nel sistema del Perù, dove il tribunale costituzionale agisce in via di controllo astratto (art. 202, 1, Cost. 1993), mentre la corte suprema di giustizia agisce in via di controllo concreto (art. 138 Cost. 1993[258]). Dall'altro lato, vi sono altri sistemi in cui la Corte costituzionale dovrebbe trattare esclusivamente il controllo di costituzionalità, mentre la corte suprema il controllo di legalità. Ad ogni modo, da tale coabitazione sono emersi da un lato conflitti di attribuzioni tra entrambi[259], dall'altro, invece, collaborazione rispetto all'interpretazione costituzionale, con «la 'delega' ai

---

[257] Sulla linea di trattare il STF secondo il modello europeo, cfr. La manidestazione del giudice supremo Moreira Alves in Rep. 1.417/DF, 15/04/1988: «Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa ad instituída pelo Poder Legislador». Questa comprensione è stata superata soprattutto dallo sviluppo della dottrina brasiliana dell'efficacia da parte del giudice costituzionale brasiliano, secondo la quale il dovere di attuare la norma costituzionale riconosce numerose complessità che non si adattano alla dottrina del legislatore negativo. Piuttosto, i giudici e le corti dovrebbero avere il potere di promuovere una parte della creazione normativa da affermare, specialmente per la protezione dei diritti fondamentali.

[258] A questo punto, cfr. la consulta Exp. n. 1618-2016 - Lima Norte, emessa dalla Corte Suprema de Justicia del Peru il 7 dicembre 2017. In evidenza, sottolineo i punti 2.1 e 2.2 del ato judiciario: «En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía(reconocida en el artículo 51 de la Constitución Política), debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolverlos casos de su competencia, habiendo sido habilitados por mandato constitucional para tales fines, ejercer la revisión judicial de las leyes, esto es, el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Perú que prevé: 'En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera'. 2.2 La autorización constitucional a los jueces para el ejercicio del control difuso, tiene límites bajo responsabilidad, no pudiendo ser ejercida en forma irrestricta ni vulnerando el ordenamiento jurídico y constitucional que justamente les corresponde preservar».

[259] Riguardo alle esperienze di coabitazione giurisdizionale tra corte costituzionale e corte suprema, «It has not always been easy to elaborate a modus vivendi for the courts. In most countries, the constitutional courts emerged long after the supreme courts had already established their authority. It was quite natural that the lower courts were ready to accept that authority and to follow the case law of the supreme court. Thus, in case of a confl ict with the supreme court, the arguments of the constitutional court had to be genuinely convincing if they were to be accepted by the lower courts». GARLICKI, L., *Constitutional courts versus supreme courts*, in I-CON, Volume 5, Number 1, 2007, pp. 44–68 doi: 10.1093/icon/mol044, p. 50.

giudici comuni di una parte sempre più significativa del controllo di costituzionalità[260]». È il caso del sistema costituzionale italiano, il cui caso, in questa sede, sarà trattato con maggior precisione nelle pagine seguenti.

Pertanto, la tendenza prevalente della giustizia costituzionale è lo sviluppo di varianti miste di essa o addirittura duali, come si può vedere in quest'ultimo caso, in cui sussiste una mescolanza dei due percorsi di controllo. In altre parole, i giudici costituzionali raramente seguono un modello normativo idealizzato o già stabilito dalla dottrina. Così, diventa difficile per la dottrina stessa, basata solo sul modello americano o sul modello europeo di controllo di costituzionalità, praticare una prognosi sulla portata della giurisprudenza costituzionale.

Si tratta poi di un intenso mescolamento tra i modelli classici, che, a proposito, non sempre deriva dell'attività del legislatore, ma anche dell'attività del giudice costituzionale stesso; la corte tende a introdurre innovazioni basate sul modello attuato da altri modelli di controllo di costituzionalità nel mondo, in un tentativo, a volte problematico, di raggiungere una dimensione transnazionale e globale[261]. Nonostante la sua eleganza, «*la thèse des modèles présente deux séries d'apories* »[262]. In primo luogo, non riesce a riferire adeguatamente su come la giustizia costituzionale venga attuata *de facto* in ogni sistema nazionale. In secondo luogo, non può effettivamente stabilire una reale opposizione tra i modelli dottrinali e le loro rispettive caratteristiche.

Per quanto riguarda il mescolamento propriamente detto, in primo luogo, questo si rivela quando un sistema di giustizia costituzionale decide di funzionare in modo particolarmente misto, aggiungendo al modello di controllo giurisdizionale referenziale (americano o europeo) caratteristiche proprie dell'altro modello, sia attraverso riforme

---

[260] T. GROPPI, *Il ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia (a trent'anni dalla fondazione del Gruppo di Pisa)*, in GONZALES MANTILLA, G. (coord.), *Cultura constitucional y derecho vivente…, op. cit.,* p. 80.

[261] Cfr. V. BARSOTTI; P. CAROZZA; M. CARTABIA; A. SIMONCINI, *Italian constitutional justice in global context*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 231; GROPPI, T., *Il ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia (a trent'anni dalla fondazione del Gruppo di Pisa)*, in GONZALES MANTILLA, G. (coord.), *Cultura constitucional y derecho vivente…, op. cit.,* p. 100. Riguardo alla giustizia costituzionale come 'principio universale', CASSESE, S., *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale*, in S. BAGNI e altri (a cura di), Giuresconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. Vol. I, Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi, Giappichelli, Torino, 2016, p. 84 ss.

[262] TUSSEAU, G., *Contre les «modeles» de justice constitutionelle. Essai de critique methodologique*, *op. cit.*, p. 25.

legislative, sia attraverso mutamenti giurisprudenziali[263]. Il termine "misto" vuol significare un mescolamento tra alcuni aspetti dei modelli classici, lasciandone altri al margine, il che dà vita a un modo del tutto nuovo di praticare la giustizia costituzionale[264]. In secondo luogo, il mescolamento può anche apparire nei modelli duali di giustizia costituzionale, cioè in contesti in cui gli istrumenti di controllo che provengono sia dal prototipo europeo sia da quello americano convivono in parallelo. In tal senso, il mescolamento dei modelli accade tramite un graduale incrociamento tra loro, a seconda delle modalità con cui la corte eventualmente ricorra ad aspetti pertinenti al primo percorso (tipologie decisorie o effetti della decisione, per esempio) a vantaggio del secondo percorso. Anche tale mescolamento è in grado di produrre una giurisdizione senz'altro forte alla corte.

Le corti o consigli, siano essi supremi o costituzionali, hanno assunto una giurisdizione sempre più autorevole, oscillando dal modello giurisdizionale puro a quello che garantisce indipendenza e autorità ai giudici nelle controversie sui diritti. Questa tendenza rafforza l'impulso centripeto del potere giurisdizionale, ossia il suo ricondursi al centro dell'asse della Corte, sia essa suprema o costituzionale. Di conseguenza, il giudice costituzionale acquisisce un ruolo sempre più influente nelle questioni politiche.

---

[263] Un esempio riguardante il *Supremo* come giudice ordinario o giudice *stricto sensu*, ma che interferisce direttamente con l'ordine costituzionale, riguarda la decisione in SL n. 1.395, del 15/10/2020. Attraverso questa procedura, la Plenaria della Corte ha confermato la sospensione di un'ingiunzione decretata, monocraticamente, dall'attuale Presidente della Corte Suprema Luiz Fux contro una precedente ingiunzione - anch'essa monocratica - prodotta dal giudice relatore Marco Aurelio, attraverso il quale questo magistrato aveva ordinato il rilascio di un imputato, presumibilmente leader di una grande organizzazione criminale e condannato in due casi, in primo e secondo grado, per traffico internazionale di droga. Per il rilascio, il Relatore ha applicato l'articolo 316, comma unico, del CPP (norma introdotta nell'ordinamento giuridico dalla Legge n. 13.964, del 24/12/2019, denominata Pacchetto Anticrimine), sulla base del presupposto che la custodia cautelare non sarebbe stata rinnovata in modo tempestivo dal tribunale competente. In considerazione delle ripercussioni della decisione di rilascio davanti alla società, il presidente della Corte suprema spaventa gli effetti dell'ordine di libertà e ha immediatamente portato il soggetto al tribunale collegiale. All'epoca, la Corte stabilì un precedente che influenzò in modo decisivo la costituzionalità dell'applicazione dell'articolo 316 del CPP, nel senso che "la mancata osservanza del periodo non intersettoriale dell'articolo 316 del CPP non implica la revoca automatica della custodia cautelare, e la sentenza competente dovrebbe essere sollecitata a rivalutare la legittimità e la tempestività dei suoi motivi". In pratica, se, da un lato, il *Supremo* ha agito in qualità di giudice del caso specifico, dall'altro, il suo precedente ha prodotto l'effetto di giudice della legge, dichiarando la parziale incostituzionalità senza riduzione del testo della norma giuridica, di escludere dall'ordinamento giuridico l'interpretazione che consentiva la revoca automatica del carcere di cui si occupa l'art. 316. Tuttavia, tale precedente sarà rispettato dalla Corte stessa e dai tribunali di grado inferiore nelle sentenze future? Questo è un dubbio che deriva dall'ambigua convivenza tra le due fisionomie della Corte Suprema brasiliana nella quotidianità della giurisdizione costituzionale.

[264] PEGORARO, L., *Sistemi di giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 103.

Lucio Pegoraro[265] ha osservato che l'efficacia di una Corte risiede nella sua capacità di combinare due caratteristiche fondamentali all'interno dello stesso giudizio: l'accentramento e la concretezza. L'accentramento, derivante dal modello europeo, assegna a un organo specifico il compito di risolvere questioni costituzionali. La concretezza, radicata nel modello americano, prevede che la questione sia presentata al giudice costituzionale a partire dal caso concreto, e non da un'astrazione legislativa.

È in corso un processo di ibridazione tra i modelli americano ed europeo di controllo di costituzionalità. Ciò non solo consente la condivisione delle caratteristiche dei due modelli tra loro, ma apre anche alla possibilità di creare una giustizia costituzionale completamente nuova. Tuttavia, nonostante la crisi dei "modelli" di giustizia costituzionale, questi mantengono un importante valore didattico e di insegnamento del diritto.

Il caso Marbury contro Madison, che ha stabilito il fondamento del sistema di controllo giudiziario della legislazione negli Stati Uniti, illustra l'evoluzione del modello americano. I giudici - non solo la Corte Suprema - possono rifiutare di applicare una legge parlamentare incompatibile con la Costituzione, ritenuta la legge suprema dell'ordine giuridico. Tuttavia, tale rifiuto dovrebbe essere l'eccezione e non la norma, e dovrebbe verificarsi solo quando è essenziale per la risoluzione del caso concreto.

In conclusione, l'evoluzione del controllo di costituzionalità richiede un nuovo approccio che vada oltre i modelli tradizionali e favorisca un maggiore dialogo e scambio interistituzionale. Ciò garantirà la massima protezione dei diritti senza trascurare la legittimità del sistema e dell'istituzione che lo custodisce: il giudice costituzionale[266].

5. Le strategie di accentramento, decentramento, riacentramento: come intendere la capacità di una corte di adattarsi alle influenze dell'ambiente interistituzionale

[265] L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, 1. ed., 2019, 288 p., ISBN 9788892129269.

[266] WILSON, H. H., *Is Marbury vs. Madison obiter dictum? in*: American Bar Association Journal, June 1927, vol. 13, n. 6, pp. 335-337, p. 336.

In un panorama giuridico in continua evoluzione, la Corte costituzionale naviga tra sfide e opportunità, bilanciando la fedeltà ai principi fondamentali dello Stato di diritto con la necessità di rispondere alle mutevoli circostanze sociali, economiche e politiche. In questo contesto, la strategia di accentramento, decentramento e ri-accentramento emerge come un elemento cruciale, delineando la capacità di una corte di adattarsi alle influenze dell'ambiente interistituzionale.

Tale processo dinamico, che implica un costante bilanciamento tra il centro e la periferia, tra l'autorità e l'apertura, tra la stabilità e il cambiamento, svela la complessità del ruolo del giudice costituzionale nella società contemporanea. Proprio queste sfumature verranno esplorate più da vicino in questa sede, nel tentativo di capire come questa strategia modelli l'operato della Corte costituzionale.

Incorporando l'idea del giudice costituzionale, figura cardine nell'architettura giuridica di una democrazia, emerge la comprensione di come, pur essendo intrinsecamente legata alla stabilità e alla continuità costituzionale, questa figura sia soggetta a una costante evoluzione. Questa è una risposta diretta alle dinamiche mutevoli dell'ambiente interistituzionale, manifestazione di una tensione tra stabilità e cambiamento. Tale tensione costituisce un fertile terreno di indagine per comprendere i meccanismi di interazione tra diritto e politica, tra interpretazione giuridica e creazione del diritto, e tra imparzialità e creatività giuridica.[267].

La Costituzione, in quanto sistema normativo, è un organismo dinamico che si adatta e si evolve in risposta ai cambiamenti socioeconomici e politici. Pertanto, il giudice costituzionale non può limitarsi a un'interpretazione meccanica e statica della Costituzione, ma deve essere in grado di interpretare e applicare i principi costituzionali in modo dinamico e flessibile, rispondendo alle sfide e alle domande poste dalla società. Tuttavia, tale ruolo dinamico non deve degenerare in una discrezionalità incontrollata o in un'interpretazione arbitraria della Costituzione. Infatti, il giudice costituzionale è tenuto a bilanciare la sua funzione interpretativa e creativa con un rigoroso rispetto dei principi costituzionali e dei valori fondamentali dello Stato di diritto.

Il giudice costituzionale, inoltre, non è un semplice osservatore passivo o un arbitro distante, ma un attore attivo nel dialogo democratico. Partecipa attivamente alla

[267] D. TEGA, *La Corte nel contesto*…, op. cit., p. 81-82.

discussione pubblica e contribuisce alla formazione del consenso democratico. Questo ruolo dialogico non solo rafforza la sua legittimità, ma è anche fondamentale per la protezione dei diritti fondamentali e per la risoluzione dei conflitti costituzionali.

Nel contesto di un sistema di *civil law*, come quello italiano, il comportamento decisionale del giudice costituzionale presenta delle sfide specifiche. In primo luogo, in considerazione delle varie soluzioni corrette possibili, che nascono dall'atto di conoscenza del giudice stesso. In secondo luogo, perché l'assenza di *stare decisis* esclude qualsiasi mezzo giuridico per raggiungere un'interpretazione uniforme della costituzione. Questo è particolarmente evidente qualora ci si trovi di fronte a un modello duale, in cui diversi giudici sono autorizzati a condurre il controllo di costituzionalità, poiché:

> L'effet relatif de la chose jugée conduit à ce qu'une seule et unique loi puisse être déclarée constitutionnelle et appliquée dans un litige donné par un juge particulier, tandis qu'elle est considérée inconstitutionnelle et donc laissée inappliquée dans un autre litige par un autre juge ou par le même juge[268].

Infine, il giudice costituzionale rappresenta un punto di equilibrio nel panorama istituzionale di uno Stato democratico. Come custode della Costituzione e difensore dei diritti, è una garanzia contro gli abusi di potere e un baluardo della democrazia e dello Stato di diritto. In questo senso, il suo ruolo pendolare tra diritto e politica, tra stabilità e cambiamento, tra interpretazione e creazione del diritto, riflette la complessità e la dinamicità della realtà costituzionale.

Nonostante le sfide e le tensioni, la figura del giudice costituzionale è un elemento indispensabile per il funzionamento e l'evoluzione della democrazia e dello Stato di diritto. Il suo ruolo pendolare, in un percorso di costante adattamento alle variazioni dell'ambiente interistituzionale, testimonia una necessaria agilità nell'interpretare e applicare i principi costituzionali. Questa agilità, tuttavia, non deve mai scadere in un esercizio di pura discrezionalità o in un'interpretazione arbitraria della Costituzione. Piuttosto, il giudice costituzionale è tenuto a bilanciare il suo ruolo

---

[268] [L'effetto relativo della cosa giudicata porta al fatto che una singola legge possa essere dichiarata costituzionale e applicata in una certa controversia da un particolare giudice, mentre può essere considerata incostituzionale e quindi non applicata in un'altra controversia da un altro giudice o dallo stesso giudice]. G. TUSSEAU, Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité, in *Jus Politicum*, n° 13. Disponibile su http://juspoliticum.com/article/Les-causes-du-choix-d-un-modele-de-controle-de-constitutionnalite-911.html]. Accesso 13 maggio 2023.

creativo con un rigoroso rispetto dei principi costituzionali e dei valori fondamentali dello Stato di diritto.

La sua legittimazione, dunque, si basa su diversi elementi: la legittimazione a priori, fondata sulla Costituzione stessa e sull'esigenza della sua difesa; la legittimazione a posteriori, derivante dalla saggezza con cui esercita i suoi poteri, dalla qualità della motivazione e dell'argomentazione delle sue decisioni, dal rispetto dei limiti che la Corte stessa incontra, inclusa l'autolimitazione (il cosiddetto *self-restraint*); e infine, la legittimazione che deriva dai rapporti diretti con l'opinione pubblica e dal consenso del corpo sociale.

Nel corso del tempo, la Corte costituzionale italiana ha rafforzato le basi della propria legittimazione, non solo attraverso il proprio operato ma anche attraverso il rapporto con la Presidenza della Repubblica. Questa interazione ha contribuito a consolidare una visione costituzionalistica condivisa e a guadagnare fiducia presso l'opinione pubblica, rafforzando così il ruolo della Corte.

Nel suo primo periodo di attività, la Corte si è concentrata sulla propria auto-legittimazione, esercitando il suo potere normativo per adottare le norme integrative del 1956, che hanno integrato la legge n. 87 del 1953. Queste norme, pur essendo nate da un'esigenza di organizzazione amministrativa, hanno finito per delineare le funzioni della Corte e le innovazioni che stava introducendo nel panorama giuridico italiano[269].

In sintesi, la figura del giudice costituzionale, pur tra le sfide e le tensioni che ne caratterizzano l'operato, è un elemento indispensabile per la democrazia e per lo Stato di diritto. Il suo ruolo oscilla incessantemente tra diritto e politica, stabilità e cambiamento, interpretazione e creazione del diritto, offrendo un riflesso vivido della complessità e dinamicità della realtà costituzionale.

Proprio questa dinamicità ci porta alla seguente questione: è la diplomazia giudiziale a generare il fenomeno del ri-accentramento, oppure il ri-accentramento stimola l'emergere della diplomazia giudiziale? La risposta a questa domanda non è semplice e richiede una comprensione approfondita dei meccanismi sottostanti alla funzione del giudice costituzionale e al ruolo del ri-accentramento nel contesto più ampio del sistema giuridico e politico.

---

[269] D. TEGA, *La Corte nel contesto…, op. cit.*, p. 73.

6. Il fenomeno del ri-accentramento: causa o conseguenza della diplomazia giudiziale?

Nell'analizzare l'interazione tra le strutture giudiziarie e la dinamica costituzionale, emergono questioni complesse e sfaccettate. Un tema ricorrente è il ruolo del fenomeno del ri-accentramento, un processo che vede un'istituzione rafforzare la sua autorità centrale in risposta a vari fattori. Questo fenomeno, tuttavia, solleva interrogativi fondamentali sulla sua relazione con la diplomazia giudiziale, un ambito che riguarda le interazioni e le negoziazioni tra le corti a livello nazionale e internazionale. È il ri-accentramento a guidare la diplomazia giudiziale o è, invece, una conseguenza di essa? In questo paragrafo si affronterà questa domanda, esplorando i diversi punti di vista e le teorie che circondano queste due dinamiche.

Morrone parte da premesse che condivido, per giungere a esiti che, invece, mi appaiono eccessivamente recisi. Le premesse sono le seguenti: «sarebbe troppo banale ritenere che la Corte costituzionale conservi la propria legittimazione fin quando la sua attività si mantiene nei confini della carta fondamentale»; non è sorprendente né scandaloso che la Corte, attraverso le sue interpretazioni e decisioni, concorra a definire il contenuto della Costituzione medesima e, così, anche la propria legittimazione, sebbene ciò sia un fatto «in sé scabroso», solo in parte compensato dal processo, dalla motivazione e dalla qualità delle argomentazioni[270]. Tuttavia, prosegue Morrone, la Corte è un potere «collocato al crocevia di tutti gli altri poteri»[271]: e — qui il tono critico si innalza — la sua ricerca di legittimazione starebbe mettendo in pericolo la stessa separazione dei poteri, con le garanzie che essa implica. Tutto questo viene affermato nel contesto di una panoramica delle principali novità giurisprudenziali della stagione più recente.

Questa critica ha suscitato reazioni forti. Secondo Bin, pur ampliando i suoi metodi decisionali e oltrepassando le regole procedurali, non è corretto affermare che il giudice delle leggi alteri l'equilibrio dei poteri, certamente non secondo un piano

---

[270] A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., p. 279, p. 282,

[271] A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario…*, *op. cit.*, p. 280.

politico prestabilito[272]. Non è appropriato etichettare di "suprematismo" un organismo che ha modificato, arricchito e sviluppato il proprio profilo, spesso dovuto alla negligenza del legislatore. Tuttavia, ha sempre mostrato una certa cautela e moderazione, una moderazione che non è sempre stata riscontrata in altri protagonisti del periodo di crescita del ruolo degli organi giudiziari.

Mentre viaggiamo dal XIX al XXI secolo, la trasformazione delle strutture istituzionali, in particolare delle corti costituzionali, illustra un'evoluzione affascinante nell'interazione tra la leadership carismatica e i sistemi burocratici.

Nel XIX secolo, i leader carismatici, con il loro appello personale convincente e i loro ideali visionari, avevano un'influenza significativa nella formazione delle norme sociali e delle istituzioni. La loro capacità unica di ispirare, motivare e infondere alle istituzioni un senso di scopo e dinamismo spesso trascendeva le interpretazioni statiche, aprendo la strada a cambiamenti trasformazionali. Tuttavia, questo carisma, legato intrinsecamente all'individuo, sollevava domande sulla sostenibilità e la coerenza della loro influenza, soprattutto dopo il loro mandato[273].

Il XX secolo ha segnato una transizione verso l'autorità razionale-legale, uno spostamento necessitato dalla complessità sociale aumentata a causa dell'industrializzazione e della globalizzazione. La burocrazia, caratterizzata dalla sua impersonalità, dalla struttura gerarchica e dalle procedure regolate da norme, è emersa come la pietra angolare delle istituzioni moderne, comprese le corti costituzionali. Offriva stabilità, prevedibilità e un'apparenza di equità, cercando di eliminare il favoritismo e i pregiudizi attraverso la sua natura impersonale. Nonostante questi meriti, la burocrazia è stata spesso criticata per la sua rigidità intrinseca, la mancanza di creatività e la potenziale disconnessione della leadership dalla popolazione, mettendo così a rischio la legittimità istituzionale[274]

---

[272] R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, pp. 757 ss. Bin è in particolare critico nei confronti sia dei tribunali sovranazionali (pp. 767-773) che dei giudici comuni (pp. 763-765).

[273] S. STRANGE, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press, Nov 14, 1996, p. 142, 218 p.

[274] M. WEBER, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, G. Roth & C. Wittich, Eds.), 1922; cfr. il capitolo *The Three Types of Legitimate Rule*.

Nel contesto del XXI secolo, assistiamo a quella che potrebbe essere definita una "crisi della burocrazia". Si manifesta un bisogno crescente di istituzioni più dinamiche, reattive e adattabili, in risposta ai rapidi cambiamenti sociali e alla complessità sempre più crescente dei problemi affrontati. In questo panorama, emerge il concetto di istituzionalità del carisma, un potenziale antidoto alla rigidità burocratica. Nel nostro tempo, l'istituzionalità del carisma si riflette nel ruolo dei giudici che trascendono il semplice pronunciamento delle sentenze per comunicarsi a livello sociale e interistituzionale[275]. La loro capacità di comunicare efficacemente, di coinvolgere e di ispirare può potenzialmente rinvigorire le istituzioni burocratiche. Questi soggetti comunicanti possono ripristinare la legittimità di tali istituzioni, rispettando nel contempo i principi sottesi all'autorità razionale-legale. La presenza di un carisma istituzionalizzato all'interno delle strutture burocratiche potrebbe infondere una nuova vitalità, promuovendo un cambiamento che va oltre la semplice modifica delle procedure e delle regole. Può stimolare un ripensamento critico delle istituzioni stesse, favorendo un'evoluzione che tenga conto delle sfide e delle opportunità della società moderna. Questo delicato equilibrio tra l'istituzionalizzazione del carisma e i principi burocratici è fondamentale per la legittimità e l'efficacia delle istituzioni nel XXI secolo[276].

È importante notare, in aggiunta quanto appena esposto, che il carisma nel XXI secolo si estende oltre il semplice appello personale, avventurandosi nel regno della comunicazione. L'era digitale, caratterizzata dai social media e dal rapido scambio di informazioni, richiede ai leader (istituzione) di essere non solo visionari, ma anche comunicatori convincenti. Devono favorire il dialogo, coinvolgere parti di pubblico diverse e costruire consenso, creando così un'istituzione più conversazionale e comunicativa. Tale carisma comunicativo potrebbe potenzialmente destrutturare le

---

[275] T. GROPPI, Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale. Dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della cultura costituzionale, in *Quaderni costituzionali*, a. XLIII, n. 1, marzo 2023, p. 73 ss.: Nell'era delle società digitali, la legittimità di un tribunale costituzionale dipende in gran parte dalla percezione che il pubblico ha di essa. Pertanto, Groppi esplora in che modo l'opinione pubblica influisce sulle decisioni della Corte e come la Corte stessa gestisce il delicato equilibrio tra il rispondere alle aspettative del pubblico e il mantenimento della propria indipendenza e imparzialità. Inoltre, potrebbe essere utile esaminare come i media tradizionali e i social media influenzano l'opinione pubblica e, di conseguenza, le decisioni della Corte.

[276] Y. EMERY — D. GIAUQUE The hybrid universe of public administration in the 21st century, V. 80(1), 23-32, 2014, p. 23.

tradizionali strutture burocratiche, aprendo la strada a strutture istituzionali più dinamiche, flessibili e interattive.

Tuttavia, questa trasformazione non implica il rifiuto della burocrazia. I principi dell'autorità razionale-legale, come prevedibilità, stabilità e imparzialità, rimangono essenziali per la legittimità istituzionale. La sfida consiste nel trovare un equilibrio, sfruttando il dinamismo e la potenza comunicativa della leadership carismatica pur preservando i principi burocratici che assicurano equità e coerenza[277].

Questo delicato equilibrio tra carisma e burocrazia, comunicazione e procedura, dinamismo e stabilità, è al centro dell'evoluzione delle corti costituzionali nel XXI secolo. La loro capacità di adattarsi e innovare pur preservando le loro funzioni fondamentali sarà un fattore determinante per la loro continua legittimità ed efficacia.

Emerge allora una questione di natura filosofica: su quale fondamento si basa la volontà politica del giudice costituzionale? Walter F. Murphy propone l'idea di un carisma strategico. Tale concetto, insieme all'interazione tra giudici e la reazione alle decisioni di altri organi, mette in luce l'importanza di una "diplomazia giudiziaria". In questo contesto, la Corte non agisce solo sulla base della propria burocrazia, ma risponde anche alle decisioni di altre istituzioni[278].

L'espansione costante del potere giudiziario costituzionale solleva una questione di natura tecnico-metodologica: come decide effettivamente la Corte in materia di diritti fondamentali? Antonio Ruggeri, analizzando con attenzione il sistema italiano, sostiene che la Corte costituzionale può decidere di abbandonare la sua consolidata metodologia decisionale quando non esistano alternative efficaci per proteggere il diritto in questione. In altre parole, la Corte può scegliere di oltrepassare i limiti di legittimità prestabiliti per evitare un indebolimento della tutela dei diritti, anche a rischio della propria delegittimazione[279].

La fragilità crescente del contesto politico non ha fatto altro che incrementare la proattività della Corte, che non può limitarsi a essere un mero legislatore negativo a

---

[277] M. WEBER, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, G. Roth & C. Wittich, Eds.), 1922.

[278] W. F. MURPHY, *Elements oj Judicial Strategy*, The University of Chicago Press/Chicago & London, 1971, p. 17.

[279] D. TEGA, *La corte nel contesto*..., p. 83.

causa dell'"inerzia" del legislatore. La costruzione giurisprudenziale non è un percorso lineare, ma un processo complesso e dinamico che tiene conto di un'ampia gamma di fattori, inclusi i contesti politici e sociali, le tensioni tra i diversi poteri dello Stato, le sfide poste dalle trasformazioni sociali e le aspettative dei cittadini[280].

La diplomazia giudiziaria può essere vista come un esempio di "carisma burocratico", una fusione tra autorità carismatica e razionalità burocratica. Il giudice costituzionale, attraverso le sue decisioni, esercita un'influenza significativa sulla forma e la direzione della società, attraverso un processo rigoroso e strutturato, basato su una considerazione attenta delle leggi esistenti, dei principi costituzionali, delle decisioni precedenti e dei contesti politici e sociali.

In conclusione, l'espansione del ruolo della giustizia costituzionale e il crescente riconoscimento del suo ruolo nella definizione dei diritti fondamentali rappresentano una serie di sfide e opportunità. La diplomazia giudiziaria, come strategia per affrontare queste sfide e sfruttare queste opportunità, costituisce un importante contributo alla teoria e alla pratica della giustizia costituzionale: riconosce e valorizza l'interazione dinamica tra il giudice costituzionale e gli altri poteri dello Stato, tra diritto e politica, e tra la giustizia costituzionale e la società nel suo complesso.

CAPITOLO IV

LA PRIMA FACCIA DEL (RI)ACCENTRAMENTO: LA CONDIVISIONE DI GIURISDIZIONE TRA IL GIUDICE COSTITUZIONALE E I GIUDICI COMUNI E SOVRANAZIONALI. LA FUNZIONE INTERPRETATIVO-CREATIVA, L' INCREMENTO DELLA TUTELA DEI DIRITTI: TENSIONI E LIMITI

1. L'interpretazione giudiziaria attraverso l'influenza del giudice ordinario e del giudice sovranazionale; 2. La giurisdizione costituzionale come risultato della mutua influenza inter-organica; 3. La condivisione giurisdizionale e la promozione della coerenza democratica nella giustizia costituzionale contemporanea; Sezione I – La condivisione di giurisdizione tra giudici (costituzionale e comune) nei sistemi italiano, brasiliano e francese. L'influenza della giurisprudenza costituzionale sull'interpretazione della magistratura; 1. L'intensità dei movimenti di "diffusione" e di "accentramento" nella funzione interpretativa giudiziale: un esame di due concetti chiave; 1.1. Il decentramento verso l'esterno; 1.2. Il decentramento verso l'interno; 2. L'ostacolo alla condivisione giurisdizionale dovuta alla mancanza di una riconoscibilità dei giudici comuni da parte del giudice costituzionale: riflessioni sulla Francia; 3. Il decentramento simbolico; Sezione II – L'interpretazione giurisdizionale attraverso l'influenza del giudice sovranazionale; 1. Condivisione e "margine di apprezzamento" di fronte alla CEDU; 2. Verso una condivisione complessiva con l'UE: il caso italiano; 3. Una non-condivisione con il giudice

[280] A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla costituzione come 'sistema' (notazioni di metodo)*, in *Consulta online*, 2015 fasc. II, p. 545.

EU? Il caso del giudice costituzionale francese; 4. La condivisione tautologica tra giudice costituzionale e giudice IDH: il caso brasiliano; 4.1 La dottrina del blocco di convenzionalità è sufficiente per aprire una completa armonizzazione tra il giudice costituzionale e il giudice interamericano? 4.2 L'accentramento del STF nel confronto con l'esterno; Sezione III – Ripensare i sistemi costituzionali: per una valorizzazione dell'"accentramento" e della "diffusione" nel dialogo tra giudici.

In questo capitolo l'obiettivo principale sarà esaminare con precisione le modalità di interazione tra una corte o un consiglio (che sia supremo o costituzionale) e altri attori fondamentali nel sistema politico e giuridico. Si tratta di un'analisi che va oltre la semplice osservazione delle dinamiche istituzionali, cercando di comprendere le complesse reti di comunicazione, influenza e decisione che caratterizzano questi organi.

Un punto di riferimento teorico che potrebbe arricchire tale analisi è la teoria della democrazia deliberativa proposta da Habermas. Tale teoria, infatti, postula che le decisioni democratiche acquisiscono legittimità attraverso un dialogo inclusivo e razionale tra tutte le parti interessate. Nella prospettiva di Habermas, l'interazione comunicativa, la razionalità discorsiva e la partecipazione inclusiva sono meccanismi fondamentali per il raggiungimento del consenso. Questa teoria potrebbe quindi offrire strumenti interessanti per comprendere le dinamiche di dialogo e decisione all'interno di corti o consigli[281].

Tuttavia, per motivi metodologici, non approfondiremo eccessivamente la questione del dialogo costituzionale secondo la teoria di Habermas. Focalizzeremo invece l'attenzione sulla comprensione di come il giudice costituzionale si relazioni con specifici interlocutori, come i giudici comuni e sovranazionali, all'interno di una «*conversation among equals*[282]» [conversazione tra uguali]. Questo approccio ci permetterà di esplorare le modalità di dialogo e di scambio all'interno del sistema giuridico, illuminando aspetti fondamentali del funzionamento della giustizia costituzionale.

De facto, la qualità argomentativa che emerge dalla comunicazione con altri giudici (comuni e sovranazionali) è spesso capace di riposizionare il giudice costituzionale verso nuovi confini giurisdizionali. Ciò può portare a una funzione

---

[281] J. HABERMAS, *Between Facts and Norms* (Original *Faktizität und Geltung*, 1992), trans. W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA, 1996.

[282] R. GARGARELLA, *The Law as a Conversation among Equals*, Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge Edition, 2022.

interpretativa più (o meno) creativa nel sistema, a causa del modo e dell'intensità in cui agiscono altre giurisdizioni, soprattutto per quanto concerne la protezione dei diritti fondamentali. Anche se è arduo sostenere una tale proposizione sulla base di una "teoria delle fonti", essa può certamente essere giustificata sulla base di una "teoria

dell'interpretazione delle norme", in cui la dimensione descrittiva del diritto è altrettanto importante che quella prescrittiva[283].

[283] A proposito di questo tema, vale la pena ricordare il confronto teorico tra 'teoria delle fonti' (Roberto Bin) e 'teoria delle norme' (Antonio Ruggeri) avvenuto durante il seminario di dottorato in giustizia costituzionale all'Università di Pisa del 24 febbraio 2022, introdotto e coordinato dalla professoressa Elena Malfatti. In quella occasione, Roberto Bin, sostenitore di una teoria sistemica delle fonti del diritto, ha sottolineato che la creazione del diritto da parte dei giudici sarebbe inconciliabile con la fonte predominante del sistema italiano: la Costituzione del 1947. Per Bin, tale Carta costituzionale sarebbe l'unica fonte dotata di una gerarchia normativa sufficiente a regolare tutti gli atti normativi emessi da altre fonti inferiori, obbligando l'operatore del diritto ad applicarla sempre secondo tale comprensione. Poiché non c'è un valore di fonte conferito al diritto giurisprudenziale (nazionale o sovranazionale), Bin contesta che i giudici creino un contenuto normativo al di là della legge o della costituzione stessa. A questo riguardo, l'autore rafforza «l'esigenza di ridefinire il perimetro di ciò che produce diritto, cioè delle 'fonti', per distinguerlo da ciò che è invece attuazione, applicazione, interpretazione». R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, 2021, p. 213. Allo stesso modo, Bin mette in evidenza l'aumento di forme non legali di regolamentazione per rafforzare la necessità di preservare i contorni e i confini delle fonti che creano diritti e obblighi per gli individui. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, 2021, p. 35-38. Bin ha poi ricordato che l'unicità dell'ordinamento giuridico dello Stato italiano si riferisce alla Costituzione. Questa caratteristica gli conferisce la condizione di sistema "unitario", rivelata soprattutto attraverso un perfetto parallelismo tra la gerarchia delle fonti, la gerarchia dei procedimenti di produzione normativa e la gerarchia degli organi dotati di potere normativo. In questo senso, Bin respinge la posizione di Franco Modugno, che sostiene di negare l'esistenza di un sistema di fonti, poiché non è più possibile presupporre il diritto come una struttura gerarchica, ma come una struttura basata sul criterio della competenza, che implica una pluralità di sistemi correlati (nazionale, sovranazionale ecc.). F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia di)*, in Encicl. dir. I, 561, 563 ss. Secondo Bin, tuttavia, negare una teoria delle fonti del diritto significa negare il ruolo stesso del giurista, in quanto «non è l'essere del sistema delle fonti il suo oggetto, ma il dover essere, cioè un'immagine del sistema che possa servire da guida al lavoro del giurista. E che non può perdere di vista quanto prescrive la Costituzione, non solo in riferimento alle fonti, ma anzitutto nella divisione dei poteri». R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, *op. cit.*, p. 213. A tal fine, il criterio della gerarchia non deve essere messo fuori gioco. In risposta a questa opinione, Antonio Ruggeri ha affermato di non credere in un 'sistema di fonti' (quale intende Bin), ma in un 'sistema di interpretazioni delle norme'. Cfr. A. RUGGERI, *Idee sulla costituzione, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, ISSN 1138-4824, núm. 9, Madrid, 2005, p. 412-415. Infatti, anche se le fonti ci sono, è il prodotto interpretativo delle norme ad avere veramente importanza per il diritto, non solo in termini teorici, ma anche pratici. Secondo Ruggeri, il testo normativo non dovrebbe essere lasciato fuori dall'area di interesse del diritto, tantomeno la sua forza normativa. Tuttavia, Ruggeri sottolinea che, a suo avviso, il risultato prescrittivo di una disposizione non rimane sempre lo stesso, invariabile in base alla gerarchia. Al contrario, partendo da un sistema di norme, Ruggeri propone che queste non abbiano solo una forza formale, cioè che predefiniscano la posizione della disposizione normativa nel sistema costituzionale (quale sia la sua fonte e come debba essere applicata, per esempio). Ruggeri fa notare che le norme hanno anche una forza sostanziale, essendo guidate dalla tutela dei diritti. In questo senso, l'interpretazione di una stessa disposizione può variare completamente o addirittura essere prevaricata dal senso normativo di una disposizione sovranazionale, a seconda di quale prodotto normativo è in grado di "massimizzare" la protezione dei diritti. Questo è particolarmente notevole quando il testo della norma presenta un linguaggio ampio, ambiguo e contraddittorio. È vero che Ruggeri stesso ammette che un 'sistema di fonti' puramente prescrittivo potrebbe funzionare bene rispetto a testi di norma che portano una formidabile intensità prescrittiva. Per esempio, riguardo a un'affermazione che indica il numero di deputati o di senatori che siedono in Parlamento; un'interpretazione che rilegga questo testo per stabilire un altro numero di parlamentari non è giustificata, perché si tratta di una regola nitida che ammette poca polemica argomentativa. La questione diventa più complessa nel caso di testi normativi di bassa intensità prescrittiva. In una tale situazione, la giurisprudenza del sistema costituzionale, quella dei sistemi sovranazionali e il dialogo tra le corti dei due sistemi sembrano far parte un percorso inevitabile. Da questo punto di vista, Ruggeri non nega che l'ordinamento costituzionale abbia spazi di azione (i cosiddetti contro-limiti) nei confronti dell'interpretazione normativa dei sistemi sovranazionali (del sistema UE o del sistema della Convenzione europea dei diritti umani). Tuttavia, lo stesso autore sottolinea che è possibile avere dei limiti ai contro-limiti. Il criterio per sapere quale senso normativo su un dato argomento debba prevalere non è esattamente piramidale, ma segue l'idea di 'massimizzare' la

Inoltre, il possibile esito delle controversie costituzionali in altre giurisdizioni può influenzare la legittimità del giudice costituzionale, portandolo a mantenere o cambiare la rotta della sua giurisprudenza, per esempio, nel senso del "*self-restraint*" o del "*judicial activism*".

Alla luce delle scienze politiche, questa ricerca rivisiterà i concetti di accentramento e diffusione propri della scienza del diritto, specie nel quadro del controllo di costituzionalità, per capirli all'interno dei rapporti di un tribunale con il giudice comune e il giudice sovranazionale. Tale proposito seguirà altresì le idee di condivisione e di dialogo giurisdizionale per interpretare la costituzione. Dunque, mentre la prima comporta l'associazione tra due giudici per esercitare il potere di decidere sulla costituzione o fonte normativa equivalente, la seconda considera che questa associazione avviene attraverso una conversazione argomentativa, che influenza entrambi i soggetti del dialogo e che non ha come conseguenza che l'uno imponga all'altro un'interpretazione già di per sé completa e preconfezionata.

Naturalmente, un fenomeno non sempre presuppone l'altro: ci può essere dialogo senza condivisione giurisdizionale (per esempio, dialogo tra un giudice e un altro giudice straniero, che appartengono a sistemi giuridici completamente diversi[284]), così come la condivisione giurisdizionale non implica sempre un vero dialogo (per esempio, quando un tribunale decentra il suo potere verso un altro, ma pone come condizione che

[284] Un esempio significativo di dialogo giudiziario senza condivisione diretta di potere tra giudici nazionali e stranieri può essere tratto dal caso francese Louis Vuitton Malletier SA contro Google Inc. (Corte di cassazione, Prima Camera Civile, decisione n. 11-13.323, 13 luglio 2010). Nella controversia, Google sosteneva che Louis Vuitton stesse abusando dei diritti di proprietà intellettuale per limitare la sua concorrenza. La Corte d'appello di Parigi aveva inizialmente dato ragione a Louis Vuitton, ma Google ha presentato ricorso alla Corte di Cassazione. Parallelamente, Google ha affrontato una disputa simile negli Stati Uniti contro Rosetta Stone Ltd (Corte d'appello degli Stati Uniti per il quarto circuito, caso n. 10-2007, 25 aprile 2012), dove la Corte ha stabilito che Google non violasse i diritti di proprietà intellettuale di Rosetta Stone. La Corte di Cassazione francese ha preso in considerazione la decisione della Corte d'appello degli Stati Uniti nel caso Rosetta Stone al momento di emettere il proprio giudizio. Nonostante non ci fosse una condivisione diretta di potere tra le due Corti, la Corte di Cassazione francese ha dialogato con la Corte d'appello degli Stati Uniti, utilizzando il suo giudizio come riferimento per informare la propria decisione. Alla fine, la Corte di Cassazione ha ribaltato la decisione della Corte d'appello di Parigi, stabilendo che Google non stava abusando dei diritti di proprietà intellettuale di Louis Vuitton. Tale esempio evidenzia come il dialogo giudiziario possa avvenire anche tra giudici di ordinamenti giuridici diversi, senza necessariamente implicare una condivisione di potere.

il giudice delegato segua rigorosamente ed esattamente la giurisprudenza del giudice delegante[285]).

A partire dal diritto processuale costituzionale, è possibile spiegare questo fenomeno con una prospettiva duttile[286] delle nozioni di "accentramento" e "diffusione" sul controllo di costituzionalità. A tal riguardo, è vero che ciascun sistema di giustizia costituzionale potrà essere visto, in termini accademici, come accentrato o diffuso secondo l'idea per cui esistono nel mondo soltanto due modelli di controllo: quello americano e quello europeo. Secondo tale chiave di lettura, negli Stati Uniti ogni tribunale ha la competenza di disapplicare la costituzione e, quindi, di renderla prevalente dinanzi a qualsiasi altro atto normativo. Dall'altro lato, nel modello europeo solo una corte specializzata e distinta dai tribunali comuni può giudicare in materia di contenzioso costituzionale[287]. Tuttavia, anche se questa dicotomia teorica domina ancora l'analisi attuale in materia, essa è in qualche modo eccessivamente schematica, nella misura in cui i sistemi costituzionali non sono, in realtà, perfettamente aderenti a quanto risulta da questa classificazione.

In realtà, ogni sistema rivela una complessità che può essere compresa solo dalla combinazione di due visioni che, in molti casi, vivono ignorandosi a vicenda. La prima, propria delle scienze giuridiche, riguarda il modo in cui il giudice costituzionale esercita

---

[285] In questo esempio, estratto dal contesto giuridico brasiliano durante il tentativo di colpo di Stato del 8/01/2023, si osserva un interessante esempio di delega parziale di competenze tra il *Supremo* Tribunal Federal (STF) e i tribunali di grado inferiore. La situazione riguarda il caso "STF, Inquérito 4.879 Distrito Federal", con il relatore Ministro Alexandre de Moraes, e la decisione è stata presa a Brasília il 10 gennaio 2023. Il STF ha assunto la responsabilità dell'arresto dei coinvolti, ma ha delegato la gestione delle udienze di custodia ai giudici del *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios* e del *Tribunal Regional Federal* da 1ª Região, corrispondenti a livelli giudiziari inferiori. Tuttavia, qualsiasi richiesta successiva da parte degli interessati deve essere esaminata dal STF. Questa organizzazione indica una condivisione di poteri tra il giudice costituzionale e il giudice ordinario, ma non necessariamente un dialogo giudiziario correlato a tale condivisione. In altre parole, nonostante il giudice ordinario possa esercitare alcune funzioni delegate dal STF, il controllo e l'autorità finale sul processo rimangono nelle mani dello stesso STF.

[286] Espressione usata da Guillaume Tusseau per dimostrare la sua proposta di rifiuto della tesi dei modelli di giustizia costituzionale. Cfr. G. TUSSEAU, *Contre les «modeles» de justice constitutionelle. Essai de critique methodologique*, *op. cit.*, p. 33. Nel senso dato a questo termine, per esempio, da D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, pref. P. Bon, Parigi, Economica, coll. «Droit public positif», 1996, per esempio pp. 50, 51, 106, 107.

[287] L. FAVOREU, *Constitutional Review in Europe*, in *Constitutionalism and rights* 46 (Louis Henkin & Albert J. Rosenthal, eds., Columbia Univ. Press 1989).

la sua "tecnica", mentre la seconda, propria delle scienze politiche, analizza come egli esercita il suo "potere"[288].

Da questo punto di vista, vale la pena scoprire empiricamente le modalità con cui una corte (suprema o costituzionale) estende o ritrae la sua giurisdizione nei confronti di altri giudici[289]. Perciò, si proporrà in questa sede di trattare l'accentramento e la diffusione non secondo il modello a priori di controllo costituzionale scelto dal sistema, ma si cercherà di farlo secondo criteri diversi: il grado d'intensità con cui una corte è incline a raccogliere in sé il potere di risolvere le controversie costituzionali; la misura di questo spostamento prende come contesto le relazioni di tale corte con il giudice comune e anche con quello sovranazionale, tenendo conto che «*a contextual approach is not an invitation to abandon principles*[290]» [un approccio contestuale non è un invito ad abbandonare i principi].

Per analizzare la questione in esame, questo capitolo si concentrerà specificamente sui sistemi costituzionali di Italia, Brasile e Francia. Nonostante la diversità dei loro modelli di giustizia costituzionale — con l'Italia che adotta un sistema misto semi-accentrato, il Brasile un sistema misto-duale con un controllo accentrato presso il STF e un controllo diffuso esercitato dai giudici ordinari, e la Francia che, pur

---

[288] La giustizia costituzionale è stata a lungo un'area trascurata dalla ricerca di scienze politiche in Europa, anche se l'emergere delle corti (supreme e costituzionali) come nuovi attori sulla scena politica ha cambiato radicalmente le condizioni del processo politico e degli attori tradizionali, in particolare Parlamenti e governi. Quando gli scienziati politici hanno iniziato a studiare questi tribunali, erano principalmente interessati al loro ambiente istituzionale, alla loro composizione, al reclutamento dei giudici, ai loro poteri e procedure, ma molto meno a come usano il loro potere, che tipo di questioni decidono e come arrivano alle loro decisioni. Cfr. D. ROBERTSON, *The judge as political theorist. Contemporary constitutional review,* Princeton University Press, 2010, pp. 432.

[289] In generale, siamo inclini a percepire l'influenza politica sulla giustizia costituzionale come il risultato di regimi autoritari o illiberali, come in Polonia, dove la nomina dei membri della corte costituzionale ha vissuto una grande crisi alla fine del 2015, o in El Salvador, dove l'intera corte suprema è stata destituita nel maggio 2021. Eppure, il legame tra il regno della politica e quello delle corti costituzionali è empiricamente provato in tutte le nazioni, anche nelle democrazie costituzionali più prestigiose, per quanto concerne la nomina dei giudici costituzionali. In Germania, per esempio, la scelta dei componenti della Corte costituzionale federale non si basa solo sul criterio della competenza professionale, ma anche su considerazioni politiche ben note e accettate. La corte è altresì nota per le interpretazioni costituzionali creative o politiche, come per l'adozione di tecniche decisionali prodotte dalla corte stessa al fine di risolvere questioni principalmente politiche. Alcuni autori vedono questo, entro certi limiti, come una condizione per la legittimità democratica delle corti costituzionali. Cfr. G. TUSSEAU, *Contentiex constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, 2021.

[290] P. SELZNICK, *'Law in Context' Revisited*, in *Journal of Law and Society*, vol. 30, 2003, p. 184. A favore di una teoria del pluralismo costituzionale basata su valori costituzionali comuni, cfr. M. Kumm, *The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the State*, *in Ruling the World? International Law, Global Governance, Constitutionalism*, J.L. DUNOFF – J.P. TRACHTMAN (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 258-326.

mantenendo un sistema accentrato, ha recentemente iniziato a permettere una maggiore partecipazione del giudice ordinario al controllo costituzionale — questi ordinamenti rivelano similarità nel potenziale decentramento della giurisdizione costituzionale, il che non è un aspetto non immediatamente evidente.

L'obiettivo è sottolineare che l'azione del giudice costituzionale può includere un coinvolgimento intensivo sia del giudice ordinario, sia del giudice sovranazionale, anche all'interno di un sistema teoricamente accentrato. Parallelamente, un sistema costituzionale teoricamente diffuso può manifestare un accentramento pragmatico dell'attività giurisdizionale costituzionale. In sintesi, la pratica giudiziaria può divergere dalla struttura teorica, generando dinamiche di decentramento e accentramento all'interno dei rispettivi sistemi di giustizia costituzionale, mettendo in luce una flessibilità e una complessità strutturale che sfida le classiche categorizzazioni.

In questo contesto, la funzione dell'interpretazione costituzionale è inevitabilmente influenzata, sia a livello teorico, sia a livello pratico. In effetti, nel caso di un decentramento dell'attività di un tribunale costituzionale, i metodi ermeneutici adottati dai suoi membri saranno progressivamente disseminati e affinati per facilitarne l'uso da parte di altri organi giudiziari. In risposta, il tribunale costituzionale potrebbe essere influenzato dal modo in cui altri giudici interpretano un caso alla luce della costituzione. Questo potrebbe portarlo a sviluppare nuovi strumenti per il suo ruolo di custode del sistema e a modificare o stabilire una propria dottrina giurisprudenziale dedicata all'interpretazione democratica dei testi normativi, in particolare per quanto riguarda l'equilibrio tra i valori fondamentali[291].

1. L'interpretazione giudiziaria attraverso l'influenza del giudice ordinario e del giudice sovranazionale

[291]Sulle tracce di una dottrina giurisprudenziale che guidi le Corti supreme nelle nuove sfide democratiche, cfr. A. BARAK, *Foreword: a judge on judging: the role of a supreme court in a democracy*, in Harvard Law Review, v. 116:16, 2002-2003, p. 160-161: «I hope that in the future we will have a better understanding of the tools with which the court fulfills its role. Jurisprudence and case law must provide the courts with an acceptable doctrine for the interpretation of constitutions and statutes. It is a badge of shame for us all that such a doctrine has not yet been established. I also hope that jurisprudence will provide us with a better understanding of the tool of 'balancing' and aid us in determining the 'weight' of competing values. I am convinced that with globalization, comparative law will play an increasingly prominent role».

Fin dall'inizio, le riflessioni sul c.d. costituzionalismo tradizionale si sono affermate come tentativi di unificare la scena giuridica senza, invece, considerare il carattere pluralista della realtà[292]. In questo senso, un sistema costituzionale favorirebbe l'esclusività nel trattare gli aspetti relativi alla sua sovranità e ai diritti fondamentali. Di conseguenza, gli organi costituzionali sarebbero sempre retti da una fonte suprema (quella costituzionale nazionale) e da una struttura gerarchica anch'essa guidata dalla stessa; questo sarebbe considerato da alcuni costituzionalisti come un fatto triviale, che non verrebbe messo in discussione[293].

Per ripensare questo dogma, il c.d. costituzionalismo globale ha cercato di estendere i confini del diritto costituzionale oltre le frontiere nazionali, collegando la costituzione al diritto internazionale e proponendo di aprirla a un supposto pluralismo formale[294]. A questo proposito, sia i Paesi con democrazie più consolidate, sia quelli con democrazie ancora in fase di consolidamento, hanno iniziato a seguire gli standard stabiliti dalle istituzioni internazionali: poiché gli investitori privati del mercato[295] e la geopolitica estera avevano bisogno di avere certezze sul modo in cui le relazioni giuridiche venivano stabilite a livello nazionale, gli stati rimasero inclini a seguire sempre più regole aventi sede al di là della costituzione[296] – una stagione che, a proposito, avrebbe preso come punto di partenza le prime pietre miliari della globalizzazione, come il secondo dopoguerra e la caduta del muro di Berlino.

In aggiunta a ciò, il triangolo dei diritti umani, della democrazia "pluralista" e dello Stato di diritto è diventato la chiave per la partecipazione a numerosi organismi internazionali, come il Consiglio d'Europa, l'adesione all'Unione Europea o il sostegno

---

[292] TUSSEAU, G. (ed.), *Debating legal pluralism…, op. cit.*, p. 9.

[293] Sostenendo che la costituzione come norma suprema dell'ordinamento giuridico brasiliano è un 'truísmo', o trivialità indiscutibile, cfr. G. F. MENDES – P. G. GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 16° ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2021, p. 71.

[294] L. PALANDRINI, *Theoretical reflections on legal pluralism and global constitutionalism: their possible reconciliation in an alternative model of plural constitutionalism*, in *Acta juridica Hungarica* 54 (1): 58-72, 2013, p. 67.

[295] J. L. ESQUIROL, *Les outils juridiques en matière de politique économique : L'exemple de la réforme du droit des sûretés en France*, in *La revue des juristes de Sciences Po*, n. 22, mars 2022, p. 4-5, 11.

[296] M.-C. PONTHOREAU, *« Global constitutionalism», un discours doctrinal homogénéisant. L'apport du comparatisme critique*, in *Jus Politicum*, 19 – Janvier 2018, p. 128-129.

della Banca Mondiale[297]. Tuttavia, in realtà, il diritto globale si è imposto «*comme catégorie explicative et unificatrice d'une multitude de phénomènes juridiques disparates [...]. C'est bien parce que c'est une catégorie poreuse qu'elle est conquérante et expansive, et qu'il convient de prendre ses multiples usages très au sérieux*[298]».

A tal riguardo, qualsiasi proposta di universalizzazione del diritto a scapito del vero pluralismo – che, tra l'altro, comprende una pluralità di prospettive intorno a beni giuridici multipli che è sempre meno riassunta in un senso unico e obiettivo di protezione[299] — tende a risultare più uno strumento di conquista che una manifestazione culturale spontanea. In effetti, la cultura di ogni località rivela un potenziale eterogeneo, di scoperta di idee giuridiche che non sono sempre prevalenti nel mondo e di cui i giuristi costituzionali non sono spesso consapevoli; ciò è di certo in contrasto con un costituzionalismo globale che non viene preso sul serio[300]. Esso, nella misura in cui non si apre al pluralismo autentico, non è in grado di riflettere, se non in minima parte, la natura plurale della realtà. Al contrario, la mondializzazione tende forse a neutralizzarla e a negarla, spinta dall'ambizione di un'utopica riduzione all'unità, cercando di reimporre l'ordine e ristabilire la gerarchia[301].

2. La giurisdizione costituzionale come risultato della mutua influenza inter-organica

Un ritorno a un modello statico di costituzionalismo nazionale, che si preoccupi di suddividere rigidamente le competenze tra le istituzioni democratiche, sembra oggi non assolutamente adeguato. Tale modello, infatti, risulta carente nel dare una risposta

---

[297] M.-C. PONTHOREAU, *« Global constitutionalism», ..., op. cit*, p. 128-129.

[298] M. XIFARAS, *Après les théories générales de l'État : le droit global*, in *Jus Politicum*, no 8, 2012. Disponible su: http://juspoliticum.com/Apres-les-Theories- Generales-de-l.html. Accesso il 07/04/2022: [come una categoria esplicativa e unificante per una moltitudine di fenomeni giuridici disparati. È proprio l'essere una categoria porosa a renderla conquistatrice ed espansiva: i suoi molteplici usi dovrebbero essere presi molto seriamente].

[299] G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 105 ss.

[300] M.-C. PONTHOREAU, *«Global constitutionalism», ..., op. cit*, p. 133-134.

[301] P. LEGRAND, *The impossibility of Legal Transplants*…, p. 111.

alle sfide poste dalle dinamiche di mutua influenza, che tendono a sfumare concetti quali ordine e gerarchia, i quali sono centrali nel diritto costituzionale. In particolare, gli ordinamenti giuridici non nazionali — internazionali, sovranazionali, stranieri, ecc. — potrebbero non essere in grado di emettere un giudizio che interferisca con la decisione di un giudice costituzionale, in quanto quest'ultimo riveste il ruolo di custode del sistema nazionale. Tuttavia, la realtà delle relazioni giuridiche internazionali richiede una visione più dinamica e interattiva, che sappia integrare le diverse sfere di competenza in un quadro di cooperazione e di influenza reciproca.

In secondo luogo, questo stesso giudice costituzionale non sarebbe ostacolato dai tribunali ordinari, sui quali egli avrebbe una sovrapposizione gerarchica (esplicita o implicita) basata sull'ordine nazionale; qualora, poi, i giudici ordinari possano controllare la costituzionalità (come è letteralmente chiaro nei sistemi diffusi), spetterebbe al giudice costituzionale (cioè la corte di vertice) dare l'ultima parola senza essere disturbato nella sua primazia[302].

Ciononostante, l'importanza della presente ricerca consiste, forse, nell'osservare un fenomeno inverso all'anzidetto scenario: come una dinamica meno precisa e più eterogenea, tra diversi sistemi e tra diversi giudici, rappresenti meglio la realtà del diritto e serva meglio a capire come si risolvano i contenziosi costituzionali secondo il

---

[302] A nostro parere, l'idea che l'ultima parola rappresenti un attributo esclusivo della Corte Suprema, il che le permetterebbe di risolvere definitivamente la questione della legalità in termini oggettivi, inibendo qualsiasi altro giudice ordinario dal decidere la stessa questione sulla base di una prospettiva soggettiva e specifica del caso concreto o delle parti coinvolte nella controversia (cfr. in tal senso, nel sistema giuridico brasiliano, L. G. MARINONI, "Da corte que declara o 'sentido exato da lei' para a corte que institui precedentes", in *Revista dos Tribunais*, vol. 950/2014, 165-198, dicembre 2014), appare riduttiva alla luce del costituzionalismo pluralista. In effetti, la concezione dell'ultima parola è un discorso che conferisce certezza al diritto, ma non preclude affatto il dialogo tra tribunali costituzionali e ordinari sulla stessa questione, anche in presenza di un precedente stabilito dalla corte (suprema o costituzionale). Il dialogo può rimanere aperto anche se il guardiano del sistema nazionale stabilisce un precedente vincolante o fortemente persuasivo, a condizione che serva a ripensare la questione attraverso un punto di vista non ancora esplorato. In altre parole, aspetti particolari o soggettivi derivanti da un caso concreto o dalle parti coinvolte nella stessa controversia possono legittimare il giudice ordinario a rispondere al precedente imposto dal giudice costituzionale, così come una giurisprudenza del giudice sovranazionale può fornire un nuovo modo di ridefinire la questione finora risolta dal sistema nazionale. In questo contesto, Alessandro Pizzorusso, noto giurista e fondatore della Scuola Pisana di Giustizia Costituzionale, sottolinea che il sistema dei precedenti forti o obbligatori in un sistema di *civil law* non ha lo scopo di impedire cambiamenti nella giurisprudenza basati su argomenti validi che evidenzino l'insufficienza delle soluzioni giudiziarie adottate in passato, ma piuttosto di prevenire variazioni giurisprudenziali che generino incertezza e quindi ingiustizia. La funzione nomofilattica non implica dunque la chiusura del sistema ai cambiamenti di giurisprudenza quando esistono motivi validi per discutere la solidità di un precedente; al contrario, si tratta di un compito diametralmente opposto: far sì che il tribunale paghi il minor prezzo possibile per i cambiamenti necessari o appropriati nella giurisprudenza, evitando cambiamenti inutili o basati su ragioni inaccettabili (cfr. A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 914-915).

contesto plurimo[303]. A tal proposito, piuttosto che seguire un approccio di costituzionalismo tradizionale, si presterà qui più attenzione al costituzionalismo plurale. Quest'ultima impostazione sarebbe più tollerante dell'importanza del sistema costituzionale e della sua corte-custode; è anche maggiormente fondata sulla diversità, sulla frammentazione, sulle idiosincrasie, sull'indipendenza e l'autonomia[304].

Dunque, si vede che la nozione di giustizia costituzionale va oltre il lavoro della corte specializzata o apicale, nonché verso idee – ampiamente diffuse in America Latina, ma anche in altre parti del mondo – quali la "costituzionalizzazione del processo ordinario", nonché la "giustizia costituzionale sopranazionale", "transnazionale" o "subnazionale"[305]. In tal senso, l'interpretazione costituzionalmente adeguata dei diversi giudici serve come un meccanismo per permeare tutti gli aspetti regolati della vita sociale con un insieme di valori fondamentali liberali che la società ha accettato di seguire, senza «*oublier qu'un droit, n'importe lequel, n'est jamais posé que localement*

---

[303] Da un punto di vista contestuale, il diritto non è in grado di fornire una risposta unica a situazioni che sembrano essere astrattamente uguali. Piuttosto, è importante che il giudice che interpreta individui il vero scopo della misura glocale, nazionale o regionale in questione. A questo proposito, il giudice competente deve prendere in considerazione gli aspetti contestuali del principio di proporzionalità. Per esempio, si veda il parere di Koen Lenaerts sull'applicazione del principio di proporzionalità nei casi Placanica (Case C338/04, C359/04 and C360/04 *Placanica and Others* [2007] ECR I1891), *Hartlauer* (Case C169/07 *Hartlauer* [2009] ECR I1721, para 55.) e Blanco Pérez (Cases C570/07 and C571/07 *Blanco Pérez and Chao Gómez*, Judgment of 1 June 2010) della Corte di giustizia dell'Unione europea, in cui la coerenza del principio è stata promossa non solo da un punto di vista puramente giuridico, ma anche da un punto di vista più contestuale, al fine di ridurre il rischio di applicazione arbitraria del diritto comunitario per risolvere problemi che si presentano in una realtà nazionale, nonostante la sua appartenenza all'Unione europea. K. LENAERTS, *The Courts' outer and inner selves: exploring the external and internal legitimacy of the European court of justice*, in M. ADAMS – H. DE WAELE – J. MEEUSEN – G. STRARTMANS, *Judging Europe's judges: the legitimacy of the case law of the European court of justice*, London, Hart Publishing, 2013, 13-60

[304] L. PALANDRINI, *Theoretical reflections…*, *op. cit.*, p. 68.

[305] H. ZANETI JÚNIOR, *A constitucionalização do processo. Do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015,* 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2021; H. NOGUEIRA ALCALÁ, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo* XXI, México, Porrúa, col. «Biblioteca Porrúa de derecho procesal constitucional», Vol. 2, 2004, p. 11; R. MORENO ALFONSO, Jurisdicción constitucional supranacional, in Velandia Canosa E. A. (dir.), Derecho procesal constitucional. Litigio ante la jurisdicción constitucional, Bogotá, VC Editores Ltda, Universidad La Gran Colombia, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Corporación Universitaria Republicana, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2019, 685 p., pp. 265-286; G. DELLEDONNE, *Subnational constitutionalism: a matter of review,* Perspectives on federalism, vol. 4, 2012. Disponibile su: http://www.on-federalism.eu/attachments/134_download.pdf. Accesso il 10 gennaio 2022; A. DULITSKY, *An Inter-American Constitutional Court? The Intervention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, 50 tex. Int'l l.J. 45, 93, 2015.

et ne s'impose jamais que localement[306]» [senza dimenticare che un diritto, qualsiasi diritto, è stabilito solo localmente ed è imposto solo localmente].

Inoltre, da questa prospettiva di pluralismo, il giudice costituzionale risulta più aperto alla condivisione della giurisdizione rispetto alle ripartizioni statiche di competenza che riguardano altri giudici. Perciò, diverse corti (UE, sovranazionale, internazionale, costituzionale, comuni) possono dirimere "controversie costituzionali", cioè diverbi che concernono la separazione dei poteri e soprattutto i valori fondamentali, sulla base di questioni che non emergono necessariamente dal testo della costituzione nazionale. Invece, tali questioni possono alzarsi sia dall'interno del sistema nazionale, dall'esterno.

Vi sono vantaggi qualora il giudice costituzionale condivida il suo compito di interpretazione costituzionale con altri giudici, come quelli ordinari o regionali, i quali affrontano talvolta lo stesso problema in casi medesimi o simili.

Il ruolo della corte o del consiglio (supremo o costituzionale) si rafforza quindi in considerazione di due aspetti significativi: da un lato internamente e dall'altro esternamente. Dal punto di vista interno, l'interazione tra i giudici tende a migliorare la qualità del processo svolto dalla corte stessa. Infatti, l'articolazione interistituzionale stimola continuamente il giudice costituzionale nell'esercizio del suo ruolo di custode del sistema[307].

Parallelamente, dal punto di vista esterno, la stessa articolazione interistituzionale spinge il giudice costituzionale a identificare nuovi limiti per la propria attività, spesso oltrepassando la linea di demarcazione tra politica e diritto. Infatti, la condivisione della giurisdizione solleva sempre nuove questioni sulla misura in cui il giudice costituzionale può agire sul terreno sia politico sia giuridico[308].

---

[306] P. LEGRAND, *Au lieu de soi*, in P. LEGRAND (sous la direction de), *Comparer les droits, résolument*, 1er édition, Paris, 2009, p. 19. L'autore prosegue : «c'est que le droit posé constitue, au premier chef, un positionnement, une prise de position. Et ceci signifie notamment qu'une autre stratégie était possible – le dévoilement de la contingence du droit ressortissant cependant à la mise en jeu de l'altérité de ce droit, c'est-à-dire de l'introduction d'autres droits dans la réflexion juridique locale. Il s'agit donc d'effectuer une déclaustration du droit d'ici pour en montrer la relativité par rapport aux droits d'ailleurs : empêcher le convenu une autre fois, donc ».

[307] K. LENAERTS, *The Courts' outer and inner selves: …*, *op. cit.*, p. 56-58.

[308] K. LENAERTS, *The Courts' outer and inner selves: …*, *op. cit.*, p. 32-40.

Entrambi gli aspetti trovano giustificazione nel contesto della giustizia costituzionale contemporanea, in cui una corte (suprema o costituzionale) non agisce in isolamento, né per definire la qualità della sua decisione (legittimità interna) né per determinare l'ampiezza della propria competenza (legittimità esterna)[309]. Le linee guida che definiscono la natura del ruolo del giudice costituzionale derivano dall'interazione continua con altri organi democratici, che includono anche giudici di diversi profili e con diverse posizioni giurisprudenziali.

La suddivisione delle responsabilità tra i giudici non significa che si debbano erodere le competenze dei giudici, preservando la protezione dei diritti e lo Stato di diritto. Al contrario, l'interazione reciproca riallinea dinamicamente le competenze degli organi coinvolti e il modo in cui queste competenze sono impiegate per proteggere i valori fondamentali.

Poiché né la qualità della giurisprudenza né la quantità di potere esercitato dal giudice costituzionale sono sufficienti per raggiungere l'obiettivo di costituzionalizzare adeguatamente tutte le relazioni sociali che si instaurano in una varietà di contesti, non si può affermare che un tribunale costituzionale detterà sempre la direzione in cui si muovono le interazioni interistituzionali. Al contrario, l'impegno e il rigore giurisdizionale degli altri giudici (comuni e sovranazionali) possono influenzare profondamente la dottrina del giudice costituzionale, spingendolo a evolvere all'interno del sistema, sia per spontaneità, ossia per una volontà di cambiamento interno, sia per provocazione, ovvero a seguito di cambiamenti che si verificano nell'ambiente esterno, sempre con l'obiettivo di rimanere legittimato a realizzare i suoi fini istituzionali[310].

Quest'analisi esce dai confini tradizionali che considerano la lettura, il giudizio e la condivisione di un giudice come provenienti esclusivamente dagli atti processuali. In un contesto di interazioni continue, si presentano stimoli e necessità che richiedono ai giudici l'adozione di approcci sempre più eterodossi, come la ricerca di lealtà comunicativa, una strategia decisionale che dipende dalle azioni di altre istituzioni e la promozione della diplomazia giudiziaria. Queste competenze extra-giudiziarie non

---

[309] K. LENAERTS, *The Courts' outer and inner selves: …*, *op. cit.*, p. 14.

[310] W. F. MURPHY, *Elements of judicial strategy*, The University of Chicago Press/ Chicago & London, 1964, vii.

possono essere trascurate se vogliamo comprendere appieno l'impatto della condivisione del potere sulla giustizia costituzionale.

Nei sistemi giurisdizionali multilivello, la nozione di macrosistema impone un livello minimo di dialogo tra i giudici delle diverse corti. Questo dialogo è fondamentale per la legittimità di ogni corte, compresa quella che fino a poco tempo fa veniva considerata quasi inviolabile: il tribunale costituzionale. Al giorno d'oggi, la giurisdizione costituzionale è vista come un potere che non è affatto esercitato da un solo organo. Infatti, si sta diffondendo l'idea che ogni giudice abbia, in realtà, la capacità di interpretare i diritti e i valori fondamentali nell'ambito dei casi di sua competenza[311]. Di conseguenza, la giurisdizione costituzionale condivisa può portare a risultati significativi che, inoltre, proteggono la credibilità istituzionale della corte o consiglio (supremo o costituzionale).

Da un lato, i vari giudici possono collaborare in modo "cooperativo" al fine di trovare soluzioni (non sempre uguali, ma anche individuali) a numerosi casi in cui viene sollevata una questione importante. Dall'altro lato, i giudici possono agire in modo "contrastante" quando la natura del caso permetta ai tribunali di condurre un esame più approfondito e dialettico di una particolare questione che può avere implicazioni non solo a livello nazionale, ma anche internazionale, ad esempio per quanto riguarda la questione controversa del diritto all'amnistia per i crimini commessi da agenti dello Stato durante il servizio militare in Brasile[312].

3. La condivisione giurisdizionale e la promozione della coerenza democratica nella giustizia costituzionale contemporanea

In una realtà giuridica sempre più complessa e interconnessa, la condivisione della giurisdizione emerge come uno strumento essenziale per promuovere la coerenza democratica all'interno della giustizia costituzionale contemporanea. Questa

---

311 DOMANI, *Il dilemma della Corte mediatica di Amato: giudici o influencer*, 18 febbraio 2022, disponibile su: https://www.editorialedomani.it/giustizia/corte-costituzionale-amato-giudici-influencer-yr635xsx. Accesso il 17 aprile 2022.

312 A. DE CARVALHO RAMOS, *Crimes da ditadura militar: ADPF 143 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*, in L. F. GOMES, V. de O. MAZZUOLI, *Crimes da ditadura Militar*, São Paulo, 2011, p. 217-218.

condivisione si manifesta, ad esempio, nella continua interazione tra diversi giudici — costituzionali, comuni, sovranazionali — i cui approcci interpretativi si influenzano a vicenda[313].

Questo processo di interlocuzione e co-creazione tende ad attenuare l'esposizione a critiche acerbe da coloro che rigettano l'idea del diritto come oggetto di creazione giudiziale. Tale meccanismo, infatti, valorizza il confronto dialettico tra le diverse interpretazioni giuridiche, contribuendo alla costruzione di un sistema democratico più coeso all'interno del contenzioso costituzionale. Più precisamente, il senso costituzionale che emergerà sarà il prodotto di un iter deliberativo che prende in considerazione tutte le linee argomentative precedentemente adottate dai giudici coinvolti nella questione. Questo metodo promuove una dinamica di reciproca influenza inter-organica, che strategicamente porta a sentenze costituzionali sempre più bilanciate e rispettose del principio di separazione dei poteri e dei diversi ruoli istituzionali all'interno del sistema democratico.

Inoltre, la condivisione giudiziaria alimenta l'evoluzione della funzione interpretativo-creativa, evidenziando come il diritto giurisprudenziale possa estendersi oltre il diritto politico, cioè quello elaborato dai rappresentanti politici[314]. In questo contesto, una dottrina ermeneutica costruita all'interno di una corte ed entro il merito delle sue decisioni (di solito quella denominata corte suprema o costituzionale) può diffondere l'idea, esplicitamente o implicitamente, che qualsiasi giudice sia in grado di fornire una sua interpretazione dei diritti fondamentali e umani, sia costituzionalmente sia internazionalmente garantiti. Di conseguenza, il giudice interprete (sia esso ordinario, amministrativo, sovranazionale o internazionale) non svolgerà solo il ruolo classico di applicazione della legge, ma la scoprirà, la perfezionerà o la decostruirà secondo il metodo di interpretazione costituzionale adottato. Questo comporta una creazione del diritto diversa da quella di tipo politico svolta dal legislatore, basata su un

---

313 In questo senso, è interessante guardare la formulazione del codice di procedura civile del 2015: «Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (…)».

314 D. ROBERTSON, *The judge as political theorist…*, *op. cit.*

diverso fattore di legittimazione, ma altrettanto importante, secondo il pensiero di Romboli:

> La produzione del diritto ad opera del legislatore e del giudice avviene poi certamente con forme e modalità diverse ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità. Come scrive Alessandro Pizzorusso, l'atto legislativo è rivolto direttamente a produrre diritto e ad impone una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti, con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e, mentre il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fonte culturale[315].

Invariabilmente, questo comportamento giudiziario si discosterà da quello che ha prevalso tra la nascita del costituzionalismo moderno e il periodo successivo alla Seconda guerra mondiale, in particolare in Francia; in quel tempo l'espressione "*le gouvernement des juges*" era usata popolarmente come segno di sfiducia nella magistratura[316].

Quanto più riflessivo, eloquente e persuasivo è il ragionamento del giudizio, maggiore, forse, sarà la fiducia sociale nel giudice "creativo". Dunque, occorre dire che il dialogo sostanziale tra le istituzioni dei giudici è incline a diventare un fattore che, assieme alla condivisione giurisdizionale che alla fine avrà luogo, aumenterà il componente di legittimità esterna di quel giudice incaricato di dirimere la controversia costituzionale.

La legittimità di una corte o consiglio costituzionale non deriva esclusivamente dal dialogo intra-sistemico, bensì da una combinazione di vari fattori, tra i quali riveste

---

[315] R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, in *Roma Tre Press*, 2019/05, p. 529.

[316] Il dibattito sul governo dei giudici è senza dubbio più appassionante in Francia che negli Stati Uniti. Questo perché, dal punto di vista della storia del costituzionalismo, molto rapidamente gli americani si convinsero che il potere giudiziario sarebbe stato meglio in grado di difendere i diritti e le libertà allora riconosciuti dalla democrazia. I giudici americani hanno quindi esercitato il potere di interpretare la legge fin dai primi giorni della storia costituzionale americana, a differenza della Francia. Negli Stati Uniti, tuttavia, l'interesse per l'argomento non si è spento, secondo M. V. TUSHNET, *Taking the constitution away from the courts*, Princeton University Press, 1999. Per esempio, in Francia, il termine «le gouvernement des juges» ha una connotazione peggiorativa a causa dell'emozione che suscita, soprattutto grazie ai movimenti anti-giudici che hanno avuto luogo dopo la Rivoluzione francese. Tuttavia, i tribunali ordinari francesi sono diventati attori costituzionali inevitabili. In effetti, cominciano a riconoscere, sulla base della loro funzione interpretativa-creativa, diritti fondamentali che la Costituzione nazionale non riconosce testualmente; questi nuovi diritti, su iniziativa dei giudici ordinari, stanno quindi ottenendo uno statuto costituzionale prevalente. D. TERRÉ, *Le gouvernement des juges*, Les questions morales du droit, 2007, p. 167-191. Anche come punto di riferimento sull'argomento, v. LAMBERT E., *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo di costituzionalità delle leggi,* trad. it. a cura di D'ORAZIO R., Milano, 1996*

particolare importanza la comunicazione efficace con il pubblico, volta a mantenere e ad accrescere la propria credibilità. È fondamentale, quindi, informare correttamente il pubblico sui motivi alla base delle decisioni prese, specialmente quando queste sono distortamente presentate da coloro che mirano a delegittimare l'istituzione giudiziaria. La dimostrazione da parte di una corte (suprema o costituzionale) di aver valutato attentamente molteplici interpretazioni nel risolvere una controversia costituzionale, e di aver instaurato un dialogo e condivisione di responsabilità con i giudici di livello ordinario e sovranazionale, consente a tale corte di sostenere con fiducia la propria legittimità, anche quando accusata di eccessiva creatività interpretativa, vista da alcuni come potenziale minaccia alla democrazia maggioritaria. Il processo comunicativo, prima tra le istituzioni e successivamente con il pubblico, può dimostrare che la condivisione delle responsabilità non mina la democrazia, bensì testimonia come i giudici adottino un metodo di interpretazione che considera sia il diritto politico, sia la giurisprudenza di altri giudici (nazionali o internazionali). L'interpretazione democratica della Costituzione da parte dei giudici risulterà, pertanto, così coerente da non poter essere considerata secondaria rispetto all'opera del legislatore o dell'esecutivo. Nell'affrontare sfide alla propria credibilità, la comunicazione tra i giudici può costituire la base per giustificare la legittimità del loro ruolo interpretativo, la quale può essere ulteriormente rafforzata attraverso vari canali di comunicazione, come conferenze stampa, siti web informativi, podcast, e servizi radiofonici e televisivi. Riconosciuta la legittimità dei giudici nell'esercitare la loro funzione interpretativa, la questione si sposta non tanto sulla possibilità dei giudici di essere "creativi", quanto piuttosto su quanto dovrebbero esserlo. Infine, un giudice costituzionale consapevole della propria legittimità può sentirsi meno vincolato dalla volontà del legislatore ordinario, specialmente in casi che eventualmente richiedano un impegno giudiziario più attivo per la tutela dei diritti.

Il fenomeno oscillatorio nella relazione tra il giudice costituzionale e il giudice ordinario o sovranazionale solleva questioni cruciali riguardo al bilanciamento di potere all'interno del sistema giuridico. Tale dinamica può portare a dibattiti sulla predominanza di uno dei due ruoli, con implicazioni significative per l'interpretazione e l'applicazione del diritto costituzionale. Tale situazione può determinare una

(ri)espansione creativa del ruolo del giudice costituzionale, specialmente quando si senta minacciato nella sua legittimità.

In questo contesto, la Corte può valutare in che misura il decentramento della propria giurisdizione contribuisca alla legittimità della giustizia costituzionale. Se le esternalità negative di questa diffusione superano i benefici, la Corte può tornare a esercitare un controllo più centralizzato sul contenzioso costituzionale. Questo può portare a un accentramento di potere da parte del giudice costituzionale, ridefinendo la posizione della giustizia costituzionale nel sistema giuridico.

Questa "riposizione" può comportare un aumento del potere della giustizia costituzionale, sia in senso diffuso, con più giudici in grado di esercitare la funzione interpretativo-creativa, sia in senso centralizzato, con il tribunale costituzionale che intensifica il suo ruolo per trattare questioni di particolare rilevanza.

Questi movimenti oscillatori di dispersione o di acquisizione di giurisdizione tra i giudici portano a una maggiore espressione politica dei magistrati. L'interpretazione costituzionale diventa, perciò, sempre più uno strumento utilizzato anche in materie tradizionalmente riservate al legislatore, come la disciplina penale, procedurale penale e sanzionatoria, soggette al principio della riserva di legge nell'ambito della *civil law*.

Tre interessanti dinamiche riguardanti il "decentramento della giustizia costituzionale" possono essere riscontrate nei Paesi di tradizione giuridica romano-germanica.

In Italia, la Corte costituzionale ha adottato in modo intenso una forma di decentramento "verso l'esterno", delegando parte della sua giurisdizione, tradizionalmente accentrata, a giudici ordinari e sovranazionali. Questo avviene principalmente quando il giudice costituzionale italiano riconosce il rinvio pregiudiziale, una situazione in cui un giudice ordinario, durante un processo, solleva una questione di legittimità davanti alla Corte di Giustizia dell'UE. In questo caso, il

giudice ordinario è autorizzato a stabilire un rapporto diretto con la Corte di Lussemburgo e a disapplicare la legge nazionale contraria al diritto comunitario[317].

A ciò si aggiunga che il Collegio può decidere di non intervenire se ritiene che il giudice comune, utilizzando la tecnica dell'interpretazione costituzionalmente conforme o dell'additiva di principio, possa risolvere efficacemente una controversia senza il suo diretto intervento. Tale decisione dimostra la fiducia del giudice costituzionale nella capacità del giudice ordinario di interpretare correttamente le norme *standard*. In questo modo si mantiene una distinzione tra il concetto di dichiarazione di incostituzionalità, che rimane una competenza esclusiva del giudice costituzionale (seppur limitata), e l'interpretazione costituzionale o di convenzione.

In Francia, il *Conseil constitutionnel* ha implementato un approccio dualistico nel suo ruolo costituzionale, vale a dire verso l'interno e verso l'esterno. Da un lato, ha incrementato la sua competenza nella verifica della costituzionalità delle leggi, sia preventivamente sia a posteriori. L'introduzione della *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC) nel 2008 ha ulteriormente potenziato questa competenza, permettendo al Consiglio di esprimersi su questioni di costituzionalità sollevate durante un contenzioso individuale, e coinvolgendo anche le corti superiori, come il *Conseil de Cassation* e il *Conseil d'Etat*.

---

[317] La sentenza Granital del 1984 e la successiva sentenza n. 389/1989 hanno avuto un ruolo importante nel definire la relazione tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento comunitario in Italia. Inizialmente, la sentenza Granital sostenne la distinzione netta tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario, affermando che non vi fosse un reale contrasto tra le norme interne e quelle comunitarie. Tuttavia, la sentenza Simmenthal del 1978 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (allora Corte di Lussemburgo) ha sancito il principio della supremazia del diritto comunitario, affermando che le norme comunitarie dovessero essere applicate direttamente dagli organi giurisdizionali nazionali, anche se contrastanti con le norme interne. La sentenza successiva, la n. 389/1989, ha modificato la visione della Corte costituzionale italiana, riconoscendo che gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento comunitario sono integrati e comunicanti. La Corte costituzionale ha introdotto il concetto di "disapplicazione" delle norme interne da parte dei giudici nazionali per poter applicare le norme comunitarie prevalenti. Ciò significa che se un atto comunitario (come un regolamento o una direttiva *self-executing*) è dotato di tutti i requisiti di efficacia, il giudice nazionale deve applicarlo immediatamente e disapplicare le norme interne che gli sono contrarie. È importante sottolineare che, sebbene la disapplicazione delle norme interne sia competenza dei giudici nazionali, la rimozione effettiva del sistema normativo nazionale contrastante con il diritto comunitario è responsabilità esclusiva della Corte costituzionale attraverso il controllo di costituzionalità. La norma interna rimane vigente ma incompatibile con la norma comunitaria e deve essere successivamente modificata o abrogata per evitare disarmonie nel sistema giuridico. Il potere di disapplicazione delle norme interne da parte dei giudici comuni si basa sulle limitazioni di sovranità previste dall'articolo 11 della Costituzione italiana, che riconosce l'obbligo di conformarsi al diritto internazionale e comunitario, non necessariamente sull'articolo 249 del Trattato di Roma (ora Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), che riguarda l'applicazione diretta dei regolamenti comunitari negli Stati membri.

D'altro canto, i *Sages* si sono distanziati dal dialogo con il giudice comunitario. Con la decisione n° 74-54 DC del 15 gennaio 1975, ha stabilito non essere di sua competenza controllare la conformità di una legge rispetto a un trattato.

Nel frattempo, il *Conseil d'Etat* e la *Court de Cassation* hanno dimostrato una maggiore apertura al dialogo con il giudice comunitario. Il Consiglio di Stato, in particolare, ha superato la "*théorie de la loi-écran*" ("teoria della legge tela") con la sentenza Nicolo del 1989, affermando il diritto del giudice amministrativo di controllare la conformità di una legge interna rispetto a un trattato internazionale, anche se la legge è stata promulgata successivamente al trattato[318]. Analogamente, la Corte di Cassazione ha accettato di verificare la compatibilità di una legge successiva a un trattato nel caso *Société des cafés* Jacques Vabre (Cass. Ch. mixte, 24 maggio 1975, D. 1975.497)[319]. Il *Conseil Constitutionnel*, al contrario, ha ribadito la sua intenzione di non partecipare al dialogo con il diritto comunitario per quanto riguarda la conformità della legislazione interna allo stesso.

In Brasile, nonostante il *Supremo Tribunal Federal* (STF) sia l'apice della piramide giurisdizionale, esso non monopolizza il controllo di costituzionalità: tale prassi è riconducibile alla stessa origine storica del STF, non istituito come guardiano universale dell'ordine costituzionale. L'Emenda costituzionale n. 45/2004 ha segnato, successivamente, un notevole sviluppo, conferendo al STF un ruolo sempre più centrale nella giurisdizione costituzionale del Paese. Il STF, in tale contesto, ha instaurato un

---

[318] Come dimostra il caso M. Nicolo (1989) del Conseil d'Etat. In precedenza, sia il Consiglio di Stato che la *Cour de Cassation* (Corte suprema) si rifiutavano di esaminare la compatibilità delle leggi con i trattati internazionali. Ritenevano che tale compito spettasse esclusivamente al Consiglio Costituzionale, responsabile di garantire il rispetto della supremazia dei trattati sulle leggi. Tuttavia, il *Conseil Constitutionnel* ha anche affermato che non era sua funzione controllare la conformità delle leggi ai trattati, in una decisione del 1975. Successivamente, la Cour de Cassation ha riconosciuto la propria competenza nel controllare la compatibilità di una legge successiva a un trattato. La decisione Nicolo del Consiglio di Stato è stata presa dopo una decisione del Consiglio Costituzionale del 1988, in cui il giudice costituzionale ha confermato la propria posizione. Questa evoluzione giurisprudenziale dimostra una maggiore apertura al controllo della compatibilità delle leggi con i trattati internazionali da parte dei tribunali francesi, riconoscendo la supremazia dei trattati sulle leggi nazionali. Questa modifica ha importanti implicazioni per la protezione dei diritti e degli obblighi derivanti dai trattati internazionali, garantendo che le leggi nazionali siano conformi alle norme internazionali assunte dallo Stato francese. Cfr. https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-assemblee-20-octobre-1989-nicolo, accesso il 13 gennaio 2023.

[319] La giurisprudenza successiva ha sviluppato l'applicazione dell'articolo 55 della Cost. 1958 agli atti di diritto comunitario derivato. Il Conseil d'État, quando ritenuto appropriato, dà prevalenza ai regolamenti (24 settembre 1990, B..., n. 58657) e alle direttive (Assemblea. 28 febbraio 1992, S.A. Rothmans International France e S.A. Philip Morris France) sulle leggi nazionali in caso di incompatibilità con queste ultime. Ciò dimostra la superiorità riconosciuta del diritto comunitario derivato sulla legge nazionale, consolidata dalla giurisprudenza successiva.

decentramento "verso l'interno", rafforzando il proprio ruolo di giudice costituzionale ed estendendo la sua competenza costituzionale.

L'emendamento citato ha, per esempio, consolidato l'utilizzo dell'*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF), introdotto dalla Legge n. 9.882/1992, che, a seguito di sviluppi giurisprudenziali del STF, permette di affrontare direttamente questioni di costituzionalità non limitate. Tale evoluzione ha ampliato l'ambito di competenza della Corte e ha marginalizzato il controllo diffuso esercitato dagli altri organi giurisdizionali. Queste dinamiche di trasferimento o acquisizione di giurisdizione tra i giudici, prevalentemente a discrezione della Corte costituzionale, hanno portato a un ampliamento dell'espressione politica dei giudici. In particolare, l'interpretazione costituzionale è sempre più utilizzata in ambiti tipicamente riservati al giudice comune.[320].

La giustizia costituzionale, attraverso la tendenza al decentramento, diventa quindi una fonte autonoma di diritto, sottolineando l'importanza del ruolo dei giudici nella definizione dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. In tal modo, l'interazione dinamica tra giudice costituzionale e giudici ordinari o sovranazionali rivela un'evoluzione continua e una complessa rete di relazioni che modellano l'intero sistema giuridico.

Questo processo evidenzia come i sistemi costituzionali di diversi Paesi come Italia, Francia e Brasile, nonostante le loro specificità, si stiano muovendo verso una ridefinizione delle tradizionali dinamiche di potere all'interno del sistema giudiziario, con l'assunzione da parte dei giudici di un ruolo sempre più centrale nel processo di formazione del diritto.

Anche in un sistema tecnicamente diffuso, ci potrà essere spesso una diminuzione del dialogo istituzionale con un giudice diverso da quello che il sistema considera come il giudice costituzionale di riferimento. A tal proposito, pur spettando il contenzioso costituzionale a qualsiasi organo giudiziale, il sistema diffuso assumerà una

---

320 Nonostante la *Ordem dos Advogados do Brasil* (OAB) abbia proposto l'incostituzionalità dell'ADPF tramite la ADI n. 2231/2000, il STF ha rigettato questa proposta il 20/05/2023, affermando la sua manifesta infondatezza (Disponibile su: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1828554, accesso il 13 gennaio 2023). Questa decisione ha rafforzato l'idea che l'ulteriore potenziamento di tale strumento potrebbe favorire un ulteriore decentramento della giurisdizione costituzionale verso il STF.

postura piuttosto centralizzata in un organo giurisdizionale: quello di vertice (*supreme court*).

Bisogna quindi considerare che la summenzionata mobilità di competenze non è sempre realistica nell'analisi delle dinamiche giuridiche tra il centro e la periferia nell'ottica di una condivisione giurisdizionale che potrebbe rivelarsi puramente "semantica", per usare la classica espressione proposta da Loewenstein[321]. Dal punto di vista della presente ricerca, ciò vuol dire che, sebbene si adotti il discorso secondo cui, per esempio, il giudice costituzionale condivida il potere col giudice ordinario o col giudice sovranazionale, in pratica ciò metterebbe in campo una "retorica" o "gioco del burlone", di cui la corte (suprema o costituzionale) può servirsi in vista di un compromesso di dialogo, senza sentirsi obbligata a metterlo effettivamente in pratica. Nella dialettica della giurisdizione, il giudice paradigmatico si confronta, pertanto, con una posizione dinamica e flessibile riguardo alla delega della sua autorità. Questo processo avviene senza considerare l'eventualità che le decisioni antecedenti possano configurarsi come precedenti vincolanti per altri operatori giuridici, sia su un piano interno, sia in un quadro sovranazionale. In questa cornice, il concetto di decentramento, che emerge nell'analisi, sarebbe, secondo l'interpretazione di Marcelo Neves, simbolico, poiché mancherebbe di una vera e propria normatività costituzionale che orienti tale processo.

Neves sostiene che:

---

[321] K. LOEWENSTEIN, *Political power and the governmental process*, 1957, p. 147-153: l'autore usa il termine 'costituzione semantica' per descrivere la situazione in cui la costituzione è solo un riflesso della realtà politica. In questo contesto, il potere politico non è necessariamente in conformità normativa con la costituzione. Questo scenario contrasta con una seconda espressione dello stesso autore, cioè la 'costituzione normativa', la cui coerenza con la norma costituzionale è piena. Ancora, si la costituzionalizzazione semantica si contrappone alla cd. 'costituzione nominale', una terza espressione dello stesso autore, la cui coerenza con la norma costituzionale è presente ma insufficiente, ovvero nonostante riesca a porre dei limiti per contenere il dominio politico, questi limiti non sono sufficientemente concretizzati. Cfr. anche l'uso da Marcelo Neves della espressione costituzione strumentalista per esprimere il cd. fenomeno della costituzione semantica. M. NEVES, *Symbolic constitutionalization* (English version of A constitucionalização simbólica), translated by K. MUNDY, Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 77 ss. Tale nozione 'semantica' o 'strumentalista' non si confonde con una particolare espressione di 'costituzione ritualistica', usata da B.-O. BRYDE in *Veifassungsentwicklung*, Baden-Baden: Nomos Verlag., 1982, p. 32-33. Tale 'ritualismo' è più adatto alla relazione tra il Parlamento e la Corona britannica, ove l'effettiva pratica reale (legale e costituzionale) è irrilevante nel processo di formazione della volontà dello Stato. Così, la Corona proclama il programma legislativo del governo come espressione della sua volontà reggia, tenendo conto che nessuna legge potrà essere approvata senza il consentimento reale. Tuttavia, i riti della Corona servono solo a proclamare solennemente le decisioni politiche imposte dalle procedure del sistema parlamentare. Nel caso della 'costituzione semantica', invece, il problema sta nella mancata concretizzazione del testo costituzionale secondo la volontà politica prevalente.

> Numa visão sistêmico-teórica, o âmbito da matéria (econômico, político, científico, religioso, moral etc), subordinado e orientado por outros códigos-diferença (ter/não-ter, poder/não-poder, verdadeiro/falso etc), sejam eles sistemicamente estruturados ou envolvidos no 'mundo da vida', não estariam em condições de submeter-se a uma comutação seletiva por parte do código jurídico de diferença entre lícito e ilícito[322].

In ultima analisi, la figura del giudice paradigmatico e il suo ruolo possono essere interpretati come l'espressione di una dinamica di potere in costante fluttuazione, che si sviluppa all'interno di una pluralità di codici e contesti; essa, tuttavia, rimane pur sempre confinata all'interno del perimetro del suo codice di differenziazione legale. Questa prospettiva mette in evidenza la complessità delle dinamiche che modellano il ruolo del giudice paradigmatico e la sua interazione con il sistema giudiziario nel suo complesso[323].

Perciò, invece di trattare l'accentramento e la diffusione come classi della tesi tecnica dei modelli, occorre valutare l'accentramento e la diffusione dal punto di vista empirico, ovverosia secondo i livelli di relazione, collaborazione o forse tensione che il giudice costituzionale mantiene con i tribunali ordinari e sovranazionali.

Il dialogo che il tribunale costituzionale intrattiene con altri attori condiziona o definisce l'autorità del giudice costituzionale nel sistema[324]. In altre parole, le interazioni comunicative tra gli attori istituzionali responsabili del contenzioso costituzionale, sia dal modo in cui vengono prese le decisioni per esso, sia dal modo in cui queste decisioni vengono eseguite nella pratica, creano nuovi limiti di competenza per il giudice costituzionale. D'altra parte, questa tendenza creativa può dar luogo a conflitti tra giudici: per cui, ogni livello del ruolo di giudice (costituzionale, comune o sovranazionale) rischia di produrre un'eccessiva invasione nel campo degli altri e, perciò, la coerenza argomentativa può presentarsi quale fondamentale punto di armonizzazione e di mutuo rispetto.

---

[322] Nel originale, M. NEVES, *A Constituição Simbólica*, Editora Acadêmica, 1994, p. 85 [*In una visione sistemico-teorica, i vari ambiti della società (economico, politico, scientifico, religioso, morale, ecc.), sottoposti e guidati da altri codici di differenza (avere/non avere, potere/non potere, vero/falso, ecc.), siano essi strutturati a livello sistemico o immersi nel 'mondo della vita', non sarebbero in grado di sottomettersi a una commutazione selettiva operata dal codice giuridico che distingue tra lecito e illecito*.].

[323] M. NEVES, *Symbolic constitutionalization*, …, *op. cit.*, p. 72 ss.

[324] Sull'idea che l'autorità dei giudici appare più come un costrutto che come un dato, consultare F. GENY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 4 Vol., Paris, Sirey, 1914-1924, xiii+212 p., xv+422 p., xvi+522 p., xxix+265 p.

Sezione I – La condivisione di giurisdizione tra giudici (costituzionale e comune) nei sistemi italiano, brasiliano e francese. L'influenza della giurisprudenza costituzionale sull'interpretazione della magistratura

Nel contesto della giurisdizione costituzionale, spesso le corti supreme o costituzionali condividono la competenza giurisdizionale con i giudici dei rami della giustizia ordinaria, amministrativa, elettorale, ecc. La distribuzione di questa competenza può variare in base al sistema di controllo di costituzionalità adottato. Ad esempio, nel sistema brasiliano, che presenta un controllo di costituzionalità diffuso e/o duale, tutti i giudici hanno il potere di disapplicare una legge che sia in contrasto con la costituzione in un caso specifico. Questa logica contrasta con quella dei sistemi tecnicamente accentrati, in cui il giudice comune non ha il potere di pronunciarsi sulla non conformità di una legge alla costituzione, poiché l'integrità della gerarchia normativa è di competenza esclusiva del giudice costituzionale attraverso il cosiddetto "monopolio di annullamento delle leggi" ("*Normverwerfungsmonopol*")[325].

È opportuno, inoltre, notare che nei sistemi accentrati la partecipazione del giudice comune all'interno della giurisdizione costituzionale è soggetta a limitazioni significative. Mentre al giudice comune non è concesso il potere di disapplicare unilateralmente una legge in conflitto con la costituzione, può tuttavia essere tenuto ad adottare un'interpretazione della legge che sia consona ai principi costituzionali. Questa responsabilità interpretativa, sebbene rilevante, non concede al giudice comune il diritto di disapplicare direttamente una legge in contrasto con la costituzione, ma piuttosto lo impegna ad attenersi all'interpretazione costituzionalmente coerente fornita dalla Corte costituzionale.

Con riguardo ai sistemi accentrati, tuttavia, l'apporto del giudice comune alla giurisdizione costituzionale è generalmente considerato di minore rilievo rispetto a quanto non avvenga nei sistemi diffusi. In quanto il potere di abrogare le leggi spetta esclusivamente al giudice costituzionale, al giudice comune può essere assegnato un

---

[325] C. GRABENWARTER, *Separation of powers and the independence of constitutional courts and equivalent bodies*, in 2nd Congress of the World conference on constitutional justice, Rio de Janeiro, 2011, p. 2. Disponibile su: https://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AUT_Grabenwarter_keynotespeech.pdf. Accesso il 22 gennaio 2022.

ruolo interpretativo e applicativo della legge, anziché una funzione attiva nel controllo di costituzionalità. Ciò riflette l'idea di un "monopolio di abrogazione delle leggi" detenuto dal giudice costituzionale, il quale detiene l'autorità ultima nella risoluzione delle questioni di conformità costituzionale[326].

La dinamica di condivisione della giurisdizione tra il giudice costituzionale e il giudice di merito in Italia e in Francia si presenta in maniera meno evidente e intensiva rispetto a quella riscontrabile in Brasile, ove è implementato un sistema di controllo di costituzionalità diffuso. Nonostante la natura di tale constatazione, è imprudente ignorare il ruolo significativo che il giudice ordinario detiene all'interno dell'ambito giurisdizionale costituzionale in entrambi i suddetti stati.

Nel contesto italiano, è possibile citare la sentenza Zagrebelsky del 1996 come punto di riferimento di questa dinamica: la pronuncia in questione ha infatti mutato il ruolo del giudice ordinario, consacrandolo quale co-interpretatore della Costituzione del 1947. Allo stesso modo, in Francia la procedura per la QPC è stata ulteriormente definita dalla Decisione n° 2009-595 DC del 3 dicembre 2009 del *Conseil constitutionnel*, che ha precisato i dettagli di implementazione di tale procedura. Ciò ha formalizzato il ruolo del giudice ordinario, che, attraverso una delle Corti Supreme (*Conseil d'État* o *Cour de Cassation*), è ora in grado di rimettere questioni costituzionali ai *Sages* solo in casi di rilevanza della questione costituzionale. In tutti gli altri casi, l'interpretazione costituzionale affermativa da parte del giudice ordinario può contribuire in modo diretto all'interpretazione costituzionale generale.

In effetti, l'equilibrio di potere stabilito tra il giudice costituzionale e quello comune è dinamico e variabile a seconda delle circostanze di ogni sistema di giustizia costituzionale. Tuttavia, come sostiene Rubén Martínez Dalmau, bisogna tener presente

---

[326] Come sottolinea Romboli, «nella prima occasione, infatti, il tema era giustificato da quella giurisprudenza, inaugurata nel 1996, che invitava i giudici a risolvere loro stessi le questioni di costituzionalità attraverso l'utilizzo dei propri poteri interpretativi e nei limiti da questi consentiti, senza passare dal Giudice costituzionale». R. ROMBOLI, *Sistema di costituzionalità tra 'momenti di accentramento' e 'momenti di diffusione'*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2020/02, p. 3. Quindi, ciò avviene nel sistema italiano soprattutto quando «il giudice comune usa i suoi poteri di interpretazione per valutare se è possibile superare i dubbi di incostituzionalità attraverso un'interpretazione adeguata». R. ROMBOLI, *A função interpretativa do juiz comum e a influência sobre ela exercida pela jurisprudência constitucional*, in R. ROMBOLI; M. LABANCA, *Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, p. 50. In particolare, cfr. la "storica" sentenza n. 356 del 1996 della Corte costituzionale.

che: «il giudice comune che aiuta a garantire la conformità attraverso l'interpretazione è un giudice materialmente costituzionale»[327], anche se non lo è formalmente.

Da un'ottica giurisdizionale, occorre anche considerare una seconda forma di condivisione tra i giudici costituzionali e quelli ordinari, che si manifesta sia nei sistemi giurisdizionali diffusi, sia in quelli accentrati. In sostanza, è possibile trovare disposizioni costituzionali che attribuiscono al tribunale costituzionale la competenza di affrontare e giudicare casi che, in circostanze ordinarie, rientrerebbero nella giurisdizione dei tribunali ordinari. Questa competenza eccezionale viene conferita al tribunale costituzionale a causa della natura dell'autorità coinvolta o dell'interesse sotteso alla controversia. Pertanto, in tali casi, il giudice costituzionale assume direttamente la responsabilità di analizzare e pronunciarsi sui casi civili, penali, amministrativi o elettorali che, in altre circostanze, sarebbero di competenza dei giudici ordinari[328]. È il caso, per esempio, del procedimento d'accusa che si svolge innanzi a una Corte costituzionale per presunti crimini commessi da un capo di governo o di Stato nell'esercizio della sua carica politica[329]. Sebbene le questioni di fatto non siano considerate oggetti tipici della giustizia costituzionale, anche in casi di tale natura i giudici costituzionali possono svolgere un importante ruolo didattico, insegnando ai giudici ordinari a imporre soluzioni individualizzate e conformi alla Costituzione.

---

[327] R. M. DALMAU, *Três explicaciones sobre la interpretación constitucional de los derechos*, in G. G. MANTILLA (coord.), Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli, Tomo I, Tribunal constitucional del Perú, 2021, p. 727.

[328] Xavier Philippe, nel corso di *«justice constitutionnelle comparée»*, tenutosi al Master 2 Droit comparé dell'Università Sorbonne-Pantheon 1, semestre 2 anno 2021-2022, classifica come contenzioso costituzionale specifico le ipotesi di contenzioso elettorale, contenzioso di partiti e raggruppamenti politici e altri contenziosi specifici (ineleggibilità o destituzione del capo dello Stato). Invece, il professore classifica come veri e propri contenziosi costituzionali quelli riguardanti la gestione dei conflitti tra enti pubblici (negli Stati composti - federali: centro/periferia; negli Stati unitari - conflitti tra organi dello Stato) e la tutela dei diritti fondamentali.

[329] Per esempio, in Italia – Cost. 1947. Articolo 134. «La Corte costituzionale giudica: (...) sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione». In Brasile, a sua volta – art. 102, I, b, Cost. 1988. «Compete ao *Supremo Tribunal Federal*, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar, originariamente: nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República».

Inoltre, la corte stessa può utilizzare i casi di contenzioso ordinario per ripensare la sua dottrina riguardante il contenzioso costituzionale[330].

Oltre alle variazioni che questi casi di giurisdizione condivisa possono presentare in un dato sistema, è abbastanza frequente che un giudice comune sia influenzato dalle tecniche di interpretazione adottate dal giudice costituzionale nel valutare la compatibilità della costituzione con altre norme del sistema o con il caso specifico. In tal senso, i giudici comuni che cominciano a operare con un comportamento interpretativo più vicino a quello delle corti supreme o costituzionali funzionano spesso come un elemento importante di collaborazione con la giustizia costituzionale, rafforzando la protezione dei diritti fondamentali.

Da questo momento in poi, c'è un punto di rottura con la teoria di Montesquieu, il quale sostiene che: «*les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la riguer*» [i giudici della nazione sono, come abbiamo detto, sono la bocca che pronuncia le parole della legge; esseri inanimati che non possono moderare né la sua forza né il suo rigore][331]. Tale idea, sostenuta soprattutto dalla scuola esegetica francese, limitò il giudice a un mero riproduttore meccanico della legge, considerata

---

[330] In Brasile, l'azione penale n. 470 è stato il più grande caso penale giudicato direttamente dal STF. Concluse le investigazioni, la Procura generale ha presentato denuncia contra 40 accusati su crimini commessi contro la pubblica amministrazione. Uno dei punti più interessanti del caso ordinario riguarda il fatto secondo cui, durante la deliberazione sul ricevimento della denuncia, la corte ha definito se essa dovesse processare tutti gli accusati oppure soltanto quelli con foro per prerogativa di funzione fissato nel STF, secondo regole di competenza predefinita dalla costituzione. Il relatore, giudice Joaquim Barbosa, ha proposto il dismembramento del caso tra il STF e il giudice comune, delegando ad esso il processo e giudizio di tutti gli imputati che non ricoprono cariche pubbliche, mentre al STF sarebbero affidati solo gli imputati che ricoprono cariche pubbliche i cui atti rientrano nella competenza diretta del STF stesso. Tuttavia, il collegio ha rigettato la proposta, nella misura in cui il criterio del dismembramento (previsto dal art. 80 del Codice di procedura penale, il quale disciplinava la competenza penale costituzionalmente fissata) era inconveniente data la complessità del caso. La corte ha quindi adottato un altro criterio, cambiando la sua giurisprudenza stessa: il criterio della connessione (ai sensi del art. 76 del Codice di procedura penale) tra i supposti crimini commessi da tutti gli accusati prevale sul dismembramento in base al foro per prerogativa di funzione. Cfr. STF, Inq-QU-QO 2245, relatore giudice Joaquim Barbosa, j. 06/12/2006, pubblicato il 09/11/2007, Plenario. L'unico riferimento all'aspetto costituzionale, anche se indiretto, è stato fatto dal giudice Gilmar Mendes durante tutta la deliberazione. Secondo lui, come indicato dalla giurisprudenza del STF, il criterio di connessione (art. 76 del Cpp) non è mai stato dichiarato illegittimo nel corso degli anni. Tuttavia, nel caso in esame, l'uso di questo criterio implicava l'assorbimento di competenze di altre istanze da parte della Corte Suprema, a titolo di corresponsabilità penale tra gli imputati. STF – Inq-QO-QO 2245, opinione del giudice Gilmar Mendes, p. 61-62. Anche così, il giudice Mendes e lo stesso STF non hanno affrontato la questione costituzionale più delicata: se una norma infracostituzionale possa modificare o estendere la competenza del STF stabilita direttamente dalla costituzione. In questo senso, qualche espansione o modifica ha finito per avvenire attraverso la deliberazione del plenum, ma implicitamente.

[331] MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (livre XI, chapitre VI).

come unica fonte del diritto esistente, specie dopo la promulgazione del Codice civile francese del 1804[332]; tale cultura giuridica ha implicato un freno alla flessibilità interpretativa del giudice in Francia, che ancora oggi si riflette in un prevalente costituzionalismo politico, ma con una minor propensione ad adottare un approccio attivo nell'interpretazione costituzionale.

Come interprete, il giudice comune adotterebbe un mero metodo sillogistico normativamente sterile, che non rivelerebbe l'interpretazione giudiziale come un potere reale[333].

In ultima analisi, nell'evolversi della giurisdizione costituzionale di ciascun sistema, si registra una progressiva svolta dalla predominanza dell'approccio esegetico a un favore crescente verso il normativismo[334]. In base a questa prospettiva, la Costituzione e i suoi principi permeano l'ordinamento giuridico in modo tale da esercitare un'influenza determinante sull'interpretazione delle leggi da parte dei

---

[332] In opposizione al significato dato dalla scuola esegetica, si sostiene che è improbabile che Montesquieu intendesse dare alla sua metafora 'il giudice è la bocca che pronuncia le parole della legge' una portata così ampia e radicale come quella che le concederà l'Assemblea costituente. L'obiettivo di Montesquieu, a dire il vero, è solo quello di sollevare il problema della relazione tra il giudice, principale maestro nell'applicazione della legge, e il legislatore, responsabile della redazione di questa legge. È vero che tale autore propone, usando la terminologia dell'*Esprit des lois*, l'attuazione di un meccanismo necessario di contrappeso reciproco tra il potere giudiziario e quello legislativo, meccanismo che conduce necessariamente e inevitabilmente a un rapporto di subordinazione della giustizia alla legge e, quindi, del giudice al legislatore (distinto a sua volta dal potere esecutivo), ma non ha mai inteso negare al giudice ciò che costituisce la sua missione essenziale, cioè l'interpretazione della legge generale. In questo senso, se il giudice è "la bocca della legge", è proprio perché spetta a lui, attraverso un ragionamento basato sulla legge, determinare il significato che si deve dare alla legge o, più precisamente, e attraverso un approccio teleologico, determinare il significato che il legislatore ha voluto dare alle parole della legge. S. Dauchy. *Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu*. Nagoya University Journal of Law and Politics, 2014, Nagoya University Journal of Law and Politics, 256, pp.325-343.

[333] A proposito, « La constitution [française] actuelle hérite incontestablement de cette culturale politique, puisqu'elle consacre, en son titre VIII, non un 'pouvoir' mais une 'autorité' judiciaire». O. DUHUMEL ; G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 5ª édition, Éditions du Seuil, 2020, p. 1294.

[334] Vale la pena ricordare che, negli Stati Uniti, il controllo di costituzionalità è già riconosciuto dalla prassi giudiziaria, a partire dalla pronuncia Marbury contro Madison nel 1803, come un carattere fondamentale della Cost. 1787. Anche se tale proposizione non fu espressamente dichiarata nel testo costituzionale, è certo che la maggior parte dei costituenti americani sembrava riconoscere come ovvio il potere dei tribunali di dichiarare una legge incostituzionale. A questo proposito, secondo un notevole studio di Charles Beard, per esempio, dei 55 membri della Convenzione federale, non meno di 25 erano direttamente o indirettamente a favore della revisione giudiziaria della Costituzione. Cfr. C. A. BEARD, *The Supreme Court and the Constitution*, 1962. Inoltre, Alexander Hamilton preconizzò chiaramente questa facoltà giudiziaria già nel noto articolo 78 del Federalista. D'altra parte, nell'Europa continentale, le costituzioni moderne fecero un percorso opposto, cioè diedero esclusivamente all'organo politico il potere di decidere sulla norma costituzionale. Sui giudici ordinari europei nell'epoca del costituzionalismo moderno aleggiava la scarsa credibilità o il sospetto che fossero contrari all'interesse del popolo. Pertanto, ai magistrati europei non fu dato alcun margine di discrezionalità interpretativa per seguire esattamente la volontà stabilita dal legislatore ordinario. Tale situazione in Europa cambia soltanto con l'avvento delle costituzioni contemporanee e democratiche del post-seconda guerra.

giudici[335]. Questa dinamica introduce, pertanto, una discontinuità nella tradizionale dicotomia tra la creazione della norma - attribuita generalmente al legislatore - e la sua applicazione, di competenza del giudice[336]. Da questa angolatura, un giudice che emette una sentenza basandosi sulla costituzione diviene, *de facto*, creatore di norme.

In questa prospettiva, il giudice costituzionale adotta metodi interpretativi diversificati, che non si allineano necessariamente con la visione esegetica, bensì si inseriscono in un percorso di progressività. Ulteriori analisi hanno rivelato, inoltre, che un singolo tribunale costituzionale non applica sempre lo stesso metodo interpretativo[337]. La scelta del metodo può essere strategica, nell'optare, tra gli strumenti a disposizione, per quello che si rivela più adeguato a fornire una risposta

---

[335] Sul potere normativo che viene riconosciuto al giudice dall'influenza della scuola normativa, cfr. O. DUHUMEL; G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 1294 ss. Per quanto riguarda il ruolo creativo del giudice nell'interpretazione normativa : "Lorsqu'un tribunal tranche un litige entre deux parties ou qu'il condamne l'accusé à une peine, il applique une norme générale […] ; mais il crée simultanément une norme individuelle qui prévoit qu'une sanction précise doit être exécutée à l'encontre d'un individu. […] La décision juridictionnelle est clairement [créatrice] dans la mesure où elle ordonne l'exécution d'une sanction concrète contre un individu, le délinquant. Son caractère [créateur] provient aussi […] de ce qu'elle établit les faits qui conditionnent la sanction. Dans l'univers du droit, il n'existe pas de fait « en soi», de fait «absolu», il n'y a que des faits établis par un organe compétent "au terme d'une procédure prescrite par le droit. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 188-190).

[336] Prendendo in considerazione la classificazione dei quattro approcci all'interpretazione costituzionale proposta da Cass Sustein, la funzione del giudice potrà adottare un approccio perfezionista (adottato da molti giudici progressisti per rendere la costituzione la migliore possibile); minimalista (scettico sulle teorie interpretative e credente in decisioni meno estese, concentrate sul caso concreto piuttosto che su proposizioni generiche); massimalista (in cui si favorisce il processo politico democratico, il cui centro di gravità è il legislatore); o fondamentalista (per cui il significato della costituzione rimane quello del momento della sua ratifica. Cfr. C. SUNSTEIN*, Radicals in robes*, 2005.

[337] Su questo punto, cfr. L. R. BARROSO, Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 7ª edição, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 244. Con riferimento al STF brasiliano, «é importante destacar que não há um magistrado que em sua prática jurisdicional seja sempre minimalista ou perfeccionista. Nos casos da fidelidade partidária, da cláusula de barreira e da inelegibilidade, por exemplo, o Min. Eros Grau assumiu um posicionamento nitidamente minimalista e formalista, ao passo que no caso do amianto aproximou-se, conforme foi visto, do modelo perfeccionista». A. GARRIDO DA SILVA, *Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas*, Revista de direito do Estado 12:107, p. 139.

esaustiva al caso specifico, con un focus più incentrato sull'efficacia piuttosto che sulla mera validità normativa[338].

Il potenziamento creativo del giudice costituzionale ha risonanza anche nei confronti del giudice comune. In altre parole, la relazione con il primo porta invariabilmente i secondi in contatto con una "nuova teoria dell'interpretazione"[339], secondo la quale le leggi devono sempre essere riesaminate in una chiave costituzionale.

A questo punto, il concetto tradizionale vedente il giudice quale mera "*bouche de la loi*" subisce un progressivo sfaldamento. Ciò si verifica anche in sistemi teoricamente accentrati come quello italiano, in cui il giudice comune, nonostante non sia stato esplicitamente investito del potere di controllo di legittimità delle leggi dalla Cost. 1947, ha saputo "materializzare" la costituzione nel caso concreto. Ciò avviene da un lato, attraverso il processo di interpretazione e, dall'altro, mediante un continuo dialogo con il giudice costituzionale. Quindi, è necessario sottolineare come il sistema accentrato italiano possa essere definito, sotto questo profilo, "il più diffuso

---

[338] C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984, ripubblicato Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 115. In Brasile, vale la pena leggere J. REIS GONÇALVES PEREIRA – G. A. GONÇALVES, *Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*, in *Revista Juris Poiesis*, ano 18, n° 18, jan-dez.2015, p. 133: «Superado esse panorama histórico e pacificada a ideia de supremacia constitucional, opera-se um alargamento do conceito e das finalidades da Constituição. Ela não se resume ao ápice de uma pirâmide normativa autossuficiente, mas passa a ser entendida como um documento com múltiplos campos de irradiação, conformando o agir dos agentes públicos e da sociedade como um todo. Essa assunção de novas tarefas impõe uma revisão do conceito de inconstitucionalidade, reconhecendo-se que essa categoria nem sempre se resume ao exame de validade de atos estatais e da eficácia jurídica das normas constitucionais, passando a abarcar a noção de efetividade da Constituição».

[339] R. ROMBOLI, *La "crisi della legge" nell'evoluzione del rapporto tra 'diritto politico' e 'diritto culturale'*, in *Parlamento y constitución. Anuario*, Cortes de Castilla-La Mancha – Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, pp. 103-128, p. 109. la'attività creativa di diritto della corte constituzionale e dei giudici comuniRomboli, che insegna giustizia costituzionale italiana, indica che l'intuizione di Piero Calamandrei fu che l'avvento della Carta costituzionale avrebbe reso obsoleta la vecchia interpretazione del diritto a causa di una 'nuova teoria dell'interpretazione del diritto', in cui i giudici ordinari avrebbero avuto il compito, proprio per l'avvento del nuovo ordine costituzionale, di interpretare le leggi in vigore alla luce dei principi costituzionali. L'intuizione di Calamandrei fu però frenata dalla riluttanza di alcuni giudici, in particolare della Corte di Cassazione, che tendevano a mantenere una separazione tra il livello di legalità e quello di costituzionalità, svalutando così il significato e il valore della Costituzione come fonte di diritto direttamente applicabile dalla magistratura. M. LUCIANI si esprime in questo senso nel suo saggio (*Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, II, 501 ss.) di 'legalità giuridica' e di 'legalità costituzionale'. Una tale nuova interpretazione del diritto è stata solo da poco attuata in Italia dalla tecnica di interpretazione della Costituzione imposta ai giudici ordinari dalla notevole sentenza Zagrebesky, proferita dalla Corte costituzionale nel 1996.

d'Europa"[340]: quindi, a differenza delle vie di accesso in altri sistemi di giustizia costituzionale, in Italia sono soprattutto gli stessi giudici comuni a sollevare il dubbio motivato di illegittimità presso la Corte costituzionale, in qualità di suoi *gatekeepers*[341]. Perciò, forse con più accuratezza tecnica, si dovrebbe dire che un tale sistema è di natura semi-accentrata[342].

Ciononostante, il "profilo costituzionale del giudice comune" non si è avverato subito alla nascita dell'attuale ordine costituzionale italiano. Anzi, fino all'entrata in funzione della Corte costituzionale (1956), la magistratura fu autorizzata ad esercitare una sorta di controllo diffuso (secondo la VII disposizione transitoria della Cost. 1947), ma ciò non si è tradotto in un'opera di successo per la professionalità della

---

[340] È un'espressione usata dal professor R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, in *Roma Tre Press*, 2019/05 da cui merita di essere estratta la seguente citazione, contenuta alle pp. 517-519: «Il modello di giustizia costituzionale seguito in Italia viene inserito, come noto, nei modelli misti, in quanto via di mezzo tra accentrato e diffuso, a seguito della previsione della via di accesso del giudizio incidentale (un modello accentrato, ma ad iniziativa diffusa). Se questo è comune a molte altre esperienze dell'Europa continentale, la particolarità del caso italiano consiste nel fatto che, mentre le altre esperienze sono caratterizzate dalla presenza di ulteriori vie di accesso al Giudice costituzionale, oltre quella incidentale, in Italia invece la nostra Corte inizia a funzionare, ed eserciterà le sue funzioni per più di venti anni, basandosi solamente sulla via incidentale. La via principale, infatti, stante la inattuazione per molti anni delle regioni ordinarie, sarà praticata in pochi casi (con riguardo alle regioni speciali), così come pure la via dei conflitti tra enti e tra poteri. Se il modello diffuso si caratterizza anche per il fatto di valorizzare e porre fiducia nell'attività del giudice, possiamo dire che, limitando di fatto l'accesso alla sola via incidentale, il nostro modello di giustizia costituzionale, sia stato in Europa quello 'più diffuso' fra tutti i modelli accentrati».

[341] «Il necessario dialogo e rapporto diretto con i giudici, unici [o predominanti] 'portieri' della Corte, ha inevitabilmente determinato una prevalente coloritura giurisdizionale dell'attività del nostro Giudice costituzionale, dando un decisivo apporto allo sviluppo dell''anima' giurisdizionale rispetto a quella politica». R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, *op. cit.*, p. 519. Nel contesto del giudizio incidentale di costituzionalità, il giudice *a quo*, cioè il giudice ordinario, esercita un controllo intrinseco sulla costituzionalità. Questo controllo si manifesta quando il giudice opta per la rimessione della questione al giudice costituzionale, il giudice *ad quem*, solo se emerge un dubbio fondato riguardo alla compatibilità costituzionale della norma in esame, o se è persuaso della sua incostituzionalità, in base alla specifica circostanza giuridica considerata. In questa luce, il controllo di costituzionalità si palesa come un fenomeno diffuso, dato che l'attività di valutazione preliminare è svolta dai giudici comuni. Allo stesso tempo, l'autorità di annullare la norma (il cosiddetto '*Verwerfungsmonopol*') è accentrata e detenuta esclusivamente dalla Corte costituzionale. Questa interazione tra il giudice ordinario e la Corte costituzionale evidenzia l'importanza del dialogo giurisprudenziale e della coesione all'interno del sistema giuridico. Nonostante il limitato campo di competenza del giudice ordinario, il suo ruolo diventa cruciale per la realizzazione effettiva del principio di costituzionalità delle leggi. Questa particolare dinamica rende arduo l'inquadramento del sistema all'interno della teoria dell'opposizione dei modelli di giustizia costituzionale. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La faillite de la bipolarité 'modèle américain-modèle européen' en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative*, in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits*. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, Parris, 2004, p. 1086-1091 ; O. JOUANJAN, *Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale*, in Droits, n. 43, 2006, p. 83 ; TUSSEAU, G., *Contre les « modeles » de justice constitutionelle… op. cit.*, p. 33-34.

[342] Espressione usata da L. FAVOREU - W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz-Sirey, 2011.

magistratura[343]. Nel periodo storico considerato in Italia, la magistratura, e in particolare la Corte di Cassazione, non riconosceva il ruolo della Costituzione come fonte di diritto, ritardando così la transizione da un'interpretazione basata sul diritto a una basata sulla costituzionalità da parte dei giudici comuni. La situazione cambiò solo quando la Corte costituzionale, attraverso la sua giurisprudenza, indusse il potere giudiziario a operare in conformità agli standard costituzionali.

Anche nei sistemi di giustizia costituzionale con diffusione tecnica, come il Brasile, l'interpretazione costituzionale assume importanza quando la magistratura non dispone degli strumenti ermeneutici adeguati a disapplicare una legge illegittima, nonostante l'autorità per farlo. Prima dell'entrata in vigore della Cost. 1988, il controllo diffuso esisteva in Brasile, ma non era legittimato nella pratica a causa delle Costituzioni precedenti che non permettevano la concretizzazione dei diritti e che favorivano una politica separata dalla Costituzione, senza compenetrazione tra diritto e politica, come sostiene Marcelo Neves[344].

La Cost. 1988 ha segnato l'alba di un'era normativa trasformativa, un approccio che ha sollecitato la magistratura ad assumere un ruolo preminente nella metamorfosi sociale, nell'arduo combattimento all'esclusione sociale e nel ristabilire l'autonomia giuridica che era stata soffocata durante il regime militare[345]. L'*endorsement* dell'importante principio della forza normativa della Costituzione da parte del STF è un'indicazione incisiva del fervente impegno della magistratura nella promozione e nel consolidamento dell'autorità costituzionale. Tale ratificazione non solo sottolinea la centralità della Costituzione, ma testimonia anche la volontà dei giudici di operare

---

[343] R. ROMBOLI, *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in E. F. MAC-GREGOR - A. Z. LELO DE LARREA, *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VIII Processos constitucionales orgánicos, Serie doctrina jurídica, núm. 443, UNAM - IMDPC - Marcial Pons, México, 2008, p. 323-326.

[344] M. NEVES, *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018, p. 312.

[345] Cfr. A. D. ZAIDAN DE CARVALHO, *Entre o dever da toga e o apoio à farda: independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar*, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 32, n. 94, junho/2017.

all'interno di un quadro normativo più ampio, rispettando e applicando diligentemente i principi costituzionali nel loro esercizio giurisdizionale[346].

Nonostante tali sviluppi, l'ambito della giustizia costituzionale brasiliana presenta ancora considerevoli ostacoli. La cultura della giustizia costituzionale si rivela incentrata nel STF, il quale, in materia di contenzioso costituzionale, assorbe una vasta portata di potere a scapito di altri attori giudiziali rilevanti. Questa dinamica potrebbe apparire in contraddizione con il presupposto di un sistema come quello brasiliano, legittimato formalmente dalla pluralità degli interpreti giudiziali con autorità per riconoscere l'incostituzionalità di legge — tribunali di primo o secondo grado, nonché le corti superiori di qualsiasi ramo giudiziale, ossia statale, federale, elettorale, militare e del lavoro — senza dipendere dell'intervento della Corte suprema.

In definitiva, la centralità del giudice costituzionale in un sistema non può orientarsi a partire da eccessi, sia escludendosi dal dialogo giudiziale, sia invece monopolizzando il dibattito in sé stesso, entrambi in netto contrasto l'intenzione di promuovere una *constitutional literacy* che equilibri la conoscenza costituzionale tra tutti i soggetti democratici.

1. L'intensità dei movimenti di "diffusione" e di "accentramento" nella funzione interpretativa giudiziale: un esame di due concetti chiave

La funzione interpretativa di un giudice costituzionale non si configura semplicemente come un antagonismo nei confronti del legislatore o della sfera politica del potere. Essa si situa in un contesto complesso e multi-stratificato, intriso di dinamiche delicate e di sfide di legittimità. Il principio di democrazia maggioritaria potrebbe sembrare, in apparenza, in tensione con una disciplina giurisdizionale innovativa che tende a divergere dal legislatore. In questa intricata matrice, stabilire un

[346] Per esempio, oltre alle tipologie di azione che hanno ampliato la via di accesso del controllo accentrato (azione diretta di incostituzionalità, azione diretta di incostituzionalità per omissione, azione per non compimento di precetto fondamentale e, posteriormente, azione dichiaratoria di costituzionalità), furono create azioni per assicurare i diritti e le libertà fondamentali per mezzo della via diffusa (mandato di ingiunzione e habeas data, oltre ad altre che già esistevano, come l'*habeas corpus*, azione popolare e mandato di sicurezza). Come risultato, sia il giudice del STF, sia il giudice comune brasiliano diventano attori rilevanti della costituzione, ognuno nella sua sfera di competenza e, ovviamente, al di là delle sfere di competenza delle altre istituzioni democratiche, specie del potere legislativo.

equilibrio armonioso tra la norma legale e la norma del giudizio diventa un'impresa cruciale per il funzionamento fluido e la stabilità del sistema giuridico.

Tuttavia, nel contesto dell'interpretazione costituzionale nel campo delle scienze giuridiche, si possono individuare ulteriori sfumature e complessità. Emergono altre forme di contrasto, meno evidenti ma altrettanto decisive, che possono contribuire alla soluzione delle incongruenze argomentative e alla legittimazione dell'elaborazione interpretativa del giudice. Dunque, è fondamentale esaminare in questo ambito l'interazione dinamica tra i giudici costituzionali e quelli ordinari, che, pur operando all'interno dello stesso contesto giuridico, possono manifestare disaccordi di notevole rilevanza.

In definitiva, la presente sezione si propone di analizzare due concetti fondamentali riguardanti i fenomeni di "diffusione" e "accentramento" nell'ambito dell'interpretazione giudiziaria. Questi concetti, di cruciale importanza per comprendere la struttura e il funzionamento dell'interpretazione giudiziaria, costituiranno la base per un'analisi approfondita delle relazioni di potere e delle influenze reciproche che si sviluppano tra i giudici costituzionali e quelli ordinari, nonché del modo in cui tali relazioni plasmano il panorama dell'interpretazione giuridica.

1.1. Il decentramento verso l’esterno

Un'eccessiva diluizione delle competenze o una collaborazione troppo entusiastica tra giudici costituzionali e ordinari può avere conseguenze negative per un'armoniosa coesistenza istituzionale. In questa sezione, si proporrà una riflessione concettuale sul potere del giudice costituzionale di delegare parte delle proprie competenze a un altro organo giurisdizionale incluso nel sistema nazionale, denominato decentramento verso l'esterno.

Prendendo come esempio il contesto in Italia, si può osservare che in un periodo precedente la Corte costituzionale ha adottato un orientamento tendente a ridurre il proprio potere a vantaggio dei giudici ordinari, generando un fenomeno che potrebbe essere definito "decentramento verso l’esterno". In tale situazione, l'autorità decisionale

non è concentrata esclusivamente nelle mani del giudice costituzionale, ma viene ripartita tra diversi organi giurisdizionali al di là dell'istituzione stessa.

L'argomento principale del concetto riguarda l'evoluzione dell'atteggiamento della Corte costituzionale italiana, che ha gradualmente mostrato una propensione a delegare l'interpretazione della costituzione ai giudici ordinari, invece di assumere un ruolo come interprete monopolistico. La tendenza delegante si è manifestata attraverso un aumento delle pronunce di inammissibilità da parte della Corte costituzionale, al fine di favorire l'applicazione della tecnica dell'interpretazione costituzionalmente conforme da parte dei giudici ordinari.

La tendenza alla diffusione di un'interpretazione in conformità alla Costituzione, pur essendo salita alla ribalta dell'attenzione dottrinale e giurisprudenziale dagli anni Novanta del secolo passato, affonda le sue radici nel peculiare tipo di prassi decisionale inaugurato dalla Corte costituzionale stessa: le sentenze interpretative di rigetto. Attraverso questa tipologia di pronunce, la Corte ha esibito la propria visione, ritenendo che non sussista un'unica interpretazione corretta. Al contrario, si apre uno spettro di possibili interpretazioni della medesima disposizione, tra le quali dovrebbe trionfare quella che si allinea alla Costituzione.

Tuttavia, prima del 1996, nella fase del monopolio, il Giudice costituzionale non si sentiva vincolato all'interpretazione della legge seguita dal giudice comune — specie della Corte di Cassazione — nel presentarle la questione, potendo indicarne una diversa, quella appunto costituzionalmente conforme. Tale atteggiamento ha svolto un ruolo di decisiva importanza nella defascistizzazione della legislazione prima e nella costituzionalizzazione dell'ordine legale poi. L'indicazione di una soluzione alternativa a quella demolitoria della sentenza di incostituzionalità ha ottenuto infatti risultati eccellenti, sia verso le interpretazioni restrittive dei primi anni della Corte di cassazione, sia per quanto concerne la scarsa propensione del Parlamento a intervenire per colmare i vuoti eventualmente creati dalle sentenze della Corte[347].

In seguito, con la sentenza Zagrebelsky del 1996, la figura del giudice costituzionale ha potuto trovare spazi di manovra nel tipo processuale dell'inammissibilità, semplice o manifesta, utilizzata quasi come sanzione nei riguardi

[347] R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e di "diffusione"…, pp. 5-6.

del giudice rimettente per non aver assolto al compito di tentare un'interpretazione conforme o di non aver seguito un'interpretazione adeguata e presente in giurisprudenza e da ritenere, perciò, "possibile". Dunque,

> La dichiarazione di inammissibilità di una questione di costituzionalità, fondata sulla possibilità di un'interpretazione conforme, avrebbe infatti dovuto condurre la Corte ad utilizzare tale formula anche quando avesse ritenuto di intervenire con una sentenza interpretativa di rigetto. Se infatti un'interpretazione conforme era possibile, la questione avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile[348].

In un sistema accentrato di giustizia costituzionale, nonostante la responsabilità principale di dichiarare l'illegittimità di una legge sia detenuta dal giudice costituzionale, emerge il ruolo cruciale dei giudici ordinari nel processo di valutazione e interpretazione della Costituzione. Questo riconoscimento del loro contributo non è una mera concessione, bensì una consapevole espansione della prerogativa della valutazione costituzionale.

Tuttavia, il passato ha mostrato che la rivendicazione della Corte costituzionale di essere l'interprete supremo della legge alla luce della Costituzione ha suscitato tensioni, specialmente con la Corte di Cassazione, creando una sorta di "guerra delle Corti". Tale situazione conflittuale è stata superata tramite il ricorso al concetto di "diritto vivente". La Corte costituzionale, di fronte a interpretazioni giurisprudenziali consolidate, si è mossa verso l'accettazione della legge impugnata nel significato normativo attribuito da giurisprudenze consolidate, come quella della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato. In questo modo, la Corte ha abbracciato la legge così come essa "vive" all'interno dell'ordinamento, evitando di imporre una propria interpretazione esclusivamente orientata alla Costituzione[349].

In questo senso, la sentenza Zagrebelsky del 1996 rappresenta, dunque, un punto di svolta, in quanto introduce tre elementi di novità: una riduzione volontaria della competenza della Corte; l'invito ai giudici a verificare la possibilità di un'interpretazione conforme e a sollevare la questione solo se tale interpretazione risulta impossibile;

---

[348] R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e di "diffusione"…, p. 6.

[349] M. BELLOCCI — T. GIOVANNETTI (a cura di), Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale, in *Quaderno predisposto in occasione dell'Incontro di Studio con la Corte costituzionale di Ungheria*, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010, disponibile su: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20219_Tipologia_decisioni.pdf, accesso il 20 maggio 2023.

l'indicazione della decisione di inammissibilità come strumento per verificare se il giudice abbia effettivamente esplorato la possibilità di un'interpretazione conforme e che questa risulti impossibile. Questi elementi hanno delineato un nuovo asse direzionale nell'atteggiamento della Corte costituzionale verso il ruolo del giudice ordinario nell'interpretazione costituzionale[350].

Tuttavia, l'interpretazione conforme — in cui giudici comuni applicano direttamente la Costituzione — è diventata talmente frequente da minare la rilevanza della procedura incidentale per l'accesso al giudice costituzionale. Tale eccesso potrebbe portare a un'incertezza normativa, a causa di interpretazioni non condivise dalla Corte costituzionale, e comportare un rischio di accentramento del sindacato di costituzionalità[351].

In risposta, la Corte costituzionale ha apportato modifiche alla sua giurisprudenza negli ultimi anni. Ora, prima di sollevare una questione di costituzionalità, il giudice comune deve dimostrare di aver cercato un'interpretazione conforme. Tuttavia, se persiste una possibile interpretazione alternativa, la questione non sarà dichiarata inammissibile. Inoltre, se l'interpretazione conforme appare incompatibile o eccentrica rispetto al contesto normativo, il giudice è tenuto a sollevare la questione[352].

Ciò non implica che la Corte costituzionale abbia il monopolio dell'interpretazione costituzionale. Continua, infatti, a promuovere l'applicazione diretta della Cost. 1947 da parte dei giudici comuni, favorendo la diffusione dei principi costituzionali[353]. Il principale pericolo, in tal senso, risiede in un progressivo depotenziamento del suo ruolo di garante del sistema costituzionale, ossia di un ruolo che il tribunale-custode esercita sia per l'inammissibilità della questione di incostituzionalità quando è possibile l'interpretazione costituzionalmente conforme

---

350 R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e di "diffusione"…, p. 4.

351 G. MONACO, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 270-290, 2021, ISSN 2281-2113, pp. 280-281.

352 Cfr. la sentenza del 19 febbraio 2016, n. 36, punto 4 del considerato in diritto.

353 D. TEGA, *Intervento*, Il forum sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità, in *Gruppo di Pisa*, Fascicolo n. 1/2021, p. 430-431.

dall'ordinamento giudiziario, sia altresì a partire dall'emanazione di sentenze additive di principio[354].

In effetti, nel sistema di giustizia costituzionale italiano, ormai emergono due dinamiche: il decentramento e il ri-accentramento. Il decentramento è stato intenzionalmente promosso dalla Corte costituzionale, che ha condiviso con i giudici comuni il ruolo di diffondere la cultura dei principi fondamentali. Nonostante questa tendenza, la Corte ha manifestato preoccupazione per una possibile cessione eccessiva di competenze, reagendo, in seguito, con una strategia di ri-accentramento volta a mantenere o riconquistare il suo ruolo dominante nel panorama giuridico nazionale. Tuttavia, il decentramento e il ri-accentramento non rappresentano per forza degli estremi opposti. Anzi,

> Certamente credo non si possa parlare di un ritorno alla fase del monopolio, dal momento che più che una modifica la "nuovissima" giurisprudenza pare potersi qualificare come un'integrazione o specificazione della precedente "nuova" giurisprudenza, che per il resto rimane invece confermata[355].

Infatti, il decentramento promosso in Italia persiste come un fenomeno che favorisce la cooperazione nel processo decisionale all'interno del contesto socioculturale coinvolto[356]. Questo meccanismo stimola la redistribuzione del potere decisionale dall'autorità centrale (ovvero il giudice costituzionale), verso unità periferiche e capillarmente distribuiti nel panorama giuridico nazionale, ossia i giudici comuni. Naturalmente(e ciò motiva il voltarsi del tribunale-custode verso la sua nuovissima giurisprudenza), le succitate unità periferiche non devono essere in grado di annullare le

---

[354] Sulla possibilità che questo ri-accentramento consista in una mera manifestazione di attivismo giudiziario, cfr. GROPPI, T., *Il ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia (a trent'anni dalla fondazione del Gruppo di Pisa)*, in GONZALES MANTILLA, G. (coord.), *Cultura constitucional y derecho vivente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, Tomo I, Tribunal Constitucional del Perù, 2021, p. 98: «Se è di per sé difficile bollare di "audacia" il "ri-accentramento" in un sistema accentrato di giustizia costituzionale, neppure la 'ri-centralizzazione' vuol dire necessariamente 'attivismo'. Come è stato ben messo in evidenza, il fatto che la Corte torni a decidere questioni precedentemente "delegate" ai giudici comuni, o dichiari incostituzionali norme delle quali in passato si limitava ad accertare l'incostituzionalità senza pronunciarla, non tocca tutta un'altra serie di aspetti del 'minimalismo' della giustizia costituzionale italiana, nel senso che la Corte resta strettamente limitata dal principio della domanda, ha fatto utilizzo dell'autorimessione soltanto in rarissimi casi nella sua storia passata e recente, procede nelle decisioni di accoglimento secondo il metodo del 'one case at a time' (ovvero con accoglimenti parziali), preferisce pronunciarsi su un unico parametro, considerando gli altri assorbiti, non si dilunga in obiter dicta o disquisizioni dottrinali».

[355] R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e di "diffusione"…, p. 6.

[356] C. TRIGILIA, *Modernizzazione, accentramento e decentramento politico*, in Stato e mercato, n. 4, Società editrice Il Mulino S.p.A, aprile 1982, pp. 45-92, disponibile su: https://www.jstor.org/stable/24649330, accesso il 23 maggio 2023.

prescrizioni “guardiane” della Corte costituzionale: il ri-accentramento, che si sviluppa in risposta al decentramento esterno, va interpretato, infatti, come un meccanismo mirato a contendere non la delega di potere nella sua fenomenologia basica, bensì quella sproporzionata, affinché si trovi un bilanciamento tra centro e periferia. Per esempio,

> Emblematico uno dei primi casi, o forse proprio il primo, della “nuovissima” giurisprudenza.
> Si trattava della questione di costituzionalità avente ad oggetto la necessità o meno dell’intervento chirurgico demolitorio e ricostruttivo dell’organo sessuale al fine del riconoscimento del diritto alla rettificazione degli atti di stato civile. La consolidata giurisprudenza della Cassazione, fondata anche sulla altrettanto consolidata giurisprudenza della Corte Edu, aveva interpretato la disposizione legislativa nel senso che non imponesse il trattamento chirurgico.
> Il giudice, ciò nonostante, aveva sollevato questione di costituzionalità della disposizione nella parte in cui imponeva il trattamento chirurgico, motivando adeguatamente e plausibilmente nel senso che il dettato normativo non avrebbe consentito una diversa interpretazione.
> La Corte costituzionale, seguendo la “nuova” giurisprudenza avrebbe senza dubbio alcuno dichiarato inammissibile la questione, mentre stavolta decide di affrontarla nel merito, pur se giungendo a ritenere corretta e condivisibile la interpretazione conforme seguita dalla cassazione e dalla generalità dei giudici comuni[357].

Sebbene stimoli un grado di decentramento esterno, la Corte costituzionale italiana ostenta una risoluta resistenza verso ogni tentativo di disgregazione del suo fulcro di potere: il collegiato. Questa postura emerge con chiarezza nei cicli di giurisprudenza, caratterizzati da fasi alterne di accentramento iniziale, di dislocazione del potere in una fase mediana e di successivo ri-accentramento in ultima istanza: le decisioni, infine, giungono a essere frutto di un consenso univoco tra i giudici della Consulta. Il principio di collegialità, pilastro del dinamismo giurisprudenziale del guardiano costituzionale, viene impiegato come baluardo contro le critiche e come leva per mitigare l'onda d'urto del decentramento verso l'esterno.

Il collegiato si erige come epicentro decisionale del tribunale costituzionale in Italia, garantendo così un'efficace concentrazione dell'autorità all'interno dell'organo stesso, in contrapposizione a una potenziale diluizione di potere tra i vari giudici-membri attraverso decisioni monocratiche[358]. Quest’ultimo (il proliferare di

---

[357] R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e di "diffusione"…, p. 6.

[358] Il "convitato di pietra" in tale dibattito è il principio di collegialità che caratterizza il momento della decisione costituzionale, come stabilito dagli artt. 16 e 18 della legge n. 87 del 1953 e dall'art. 17 delle N.I. (nel testo approvato il 7 ottobre 2008), insieme alla segretezza (messa in discussione, secondo molta dottrina, dalla sentenza n. 18 del 1989) della discussione e del voto in camera di consiglio.

atteggiamenti monocratici all'interno di una corte) è un fenomeno che verrà analizzato in modo più approfondito nel contesto brasiliano.

Di conseguenza, malgrado un'inclinazione verso un certo grado di decentramento esterno, la Consulta esercita un controllo assai rigido sulla distribuzione del potere giudiziario in un panorama giuridico interno allo Stato, scongiurando di conseguenza una possibile frammentazione eccessiva del suo ruolo di autorità nel contesto giurisdizionale[359].

A tal proposito, durante tutte le stagioni della Corte italiana, la collegialità è sempre stata tradizionalmente innalzata in risposta alle accuse di eccessiva politicità rivolte al giudice costituzionale da altre istituzioni democratiche. Ad esempio, fu questo il caso delle accuse sollevate per quanto concerne la sentenza n. 466/2005, sulla l. n. 189/2002, il cui contenuto modificava in senso restrittivo la legislazione antecedente in materia d'immigrazione e di diritto di asilo; o quelle pronunce che hanno smantellato le cd. leggi *ad personam* adottate dai governi Berlusconi, la n. 24/2004, sulla l. n. 140/2003, e la 262/2009, sulla l. n. 124/2008[360]. Al fine di frenare qualsiasi risposta da parte di altre istituzioni interessate a mettere in discussione le modifiche in tema di

---

[359] Il Gruppo di Pisa ha affrontato il recente caso di dissociazione tra giudice relatore e giudice relatore presso la Corte costituzionale italiana a partire dalla sentenza n. 278/2020, attraverso la quale la dottrina ha ravvivato il dibattito sulla necessità/opportunità di introdurre l'istituto dell'opinione dissenziente nei procedimenti costituzionali. In tale sede, riguardo alla questione dell'istituzione dell'opinione dissenziente, Diletta Tega ha sottolineato che: « La domanda che ci viene posta oggi è pressoché la medesima che ci si fece in occasione dell'adozione della l. n. 87 del 1953: in quel momento l'ipotesi di introduzione venne scartata proprio per timore che i giudici fossero soggetti a influenze politiche e che l'autonomia e il prestigio del nuovo organo ne uscisse diminuito: in particolare si decise in tal modo perché tale istituto «avrebbe potuto condurre, in un paese come il nostro, in cui la vita politica è dominata da organizzazioni di partito, in maggioranza di massa, ad una forma di controllo dell'attività dei giudici da parte di forze politiche organizzate, controllo che fatalmente avrebbe potuto incidere sulla indipendenza e sul prestigio della Corte», così si legge nella Relazione della Commissione speciale sul disegno di legge approvato dal Senato e trasmesso alla Camera il 2 aprile 1949, Atto C. n. 469-A, presentata alla Presidenza della Camera il 17 aprile 1950, 34 (reperibile anche attraverso il sito www.normattiva.it)». D. TEGA, *Intervento*, in *Il forum sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, *op. cit.*, p. 410. Quindi, l'esternazione di un'unica e coesa argomentazione del Collegio, che non implicava la rivelazione chi fosse il giudice interno che non condivideva l'opinione prevalente, rappresentò fin dalla primissima stagione della Corte italiana un'immunità contro ogni tentativo di indebolimento politico del giudice costituzionale.

Visto il contesto politico del 2021, le paure espresse nel 1953 possono essere considerate ancora valide? Secondo Il forum sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità, promosso dal *Gruppo di Pisa*, Fascicolo n. 1/2021, parte della dottrina si è manifestata d'accordo con l'inclusione dell'opinione dissenziente (a favore dell'iniziativa: Beniamino Caravita Di Toritto, Alessandra di Martino, Saulle Panizza, Giorgio Repetto, Diletta Tega, Lorenza Violini; contrari: Valeria Marcenò, Antonio Ruggeri, Marco Ruotolo). Tuttavia, la Corte costituzionale non ha ancora interiorizzato questo istituto, né per auto-normazione né per etero-normazione.

[360] Cfr. D. TEGA, *Intervento*, in *Il forum sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, *op. cit.*, p. 411.

espansione o ridefinizione della sua giurisdizione, la Corte costituzionale invoca un tipo di collegialità che assorbe totalmente i singoli membri del collegio. Da questo punto di vista, sia per decidere di aumentare, sia per deliberare di diminuire la condivisione della giurisprudenza con il giudice comune, il giudice costituzionale esteriorizza una coesione, un'apparenza di non-dissenso, in modo da perseguire l'autolegittimazione[361].

È giustificato da ciò il fatto che negli ultimi anni siano emerse in Italia proposte legislative per introdurre l'opinione dissenziente[362]. Inoltre, nell'attuale legislatura, è stata presentata da Alessandro Pagano e da altri deputati della Lega la proposta A.C. 2560: essa intende modificare l'art. 18 della l. n. 87/1953 inserendo nel corpo della sentenza l'indicazione del numero dei giudici-membri che hanno formato la maggioranza e prevedendo la facoltà per ogni giudice costituzionale di redigere un parere dissenziente o semplicemente di dichiarare il proprio dissenso[363].

È da notare che finora non sono state approvate riforme costituzionali in merito, tantomeno sono state promulgate leggi ordinarie per disciplinare le opinioni dissenzienti. Tuttavia, è innegabile che esistano rischi connessi all'esposizione della Corte, rischi che possono essere mitigati attraverso un'unità decisionale all'interno del collegio. Tuttavia, è importante considerare che un certo grado di decentramento interno del potere verso i singoli giudici membri potrebbe consentire alla Corte di comunicare in modo più articolato con le parti coinvolte nel caso, con altre istituzioni democratiche e con la società nel suo complesso. Ad esempio, consentire ai giudici di esprimere pubblicamente il proprio dissenso rispetto all'opinione della maggioranza del collegio potrebbe favorire una maggiore chiarezza nella conduzione del contenzioso

---

[361] L. ELIA, *Intervento*, in P. PASQUINO e B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le corti costituzionali (e le altre corti)*, Milano, 2009.

[362] Cioè con lo scopo di ridurre la possibilità che l'accentramento giurisdizionale della Corte possa portare a sentenze sgradite. L'ultima iniziativa su questo tema è una proposta di legge costituzionale (A.C. 2953), presentata da Andrea Colletti e altri membri del gruppo misto, ex-deputati del Movimento 5 Stelle, intesa a modificare la legge costituzionale n. 1/1948 mediante l'introduzione di un ricorso alla Corte italiana da parte di una minoranza parlamentare e di un'opinione dissenziente A. di MARTINO, *Intervento*, Il forum sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità, *op. cit.*, p. 422.

[363] A. di MARTINO, *Intervento*, Il forum sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità, *op. cit.*, p. 423.

costituzionale, soprattutto considerando il suo (ri)accentramento all'interno della Corte costituzionale[364].

1.2. Il decentramento verso l'interno

L'eccessiva concentrazione di diverse competenze, costituzionali e ordinarie, esclusivamente nella corte suprema, nella corte costituzionale o nel corrispondente consiglio costituzionale, a scapito del giudice ordinario, può comportare un sovraccarico del collegio a causa del notevole volume di casi da trattare. Una soluzione possibile per affrontare tale sfida è rappresentata dal decentramento del potere. Tuttavia, va sottolineato che esiste un'opportunità in cui tale decentramento non comporti necessariamente una delega a un organo giurisdizionale esterno alla corte costituzionale, bensì una delega ai membri del tribunale stessi. Questo fenomeno è noto come "decentramento verso l'interno".

Ciò accade nel caso del Brasile, in cui il sistema è formalmente diffuso (o duale), ma in cui l'accumulazione di giurisdizione è di fatto sempre più accentrata nelle mani della Corte suprema, rivelandosi come una delle cause della cd. disfunzionalità della giustizia costituzionale nazionale[365].

In particolare, per rispondere all'altissimo ammontare di casi da prendere in esame, il STF, invece di distribuire veramente il suo potere a favore di altri organi giudiziari, ha invece optato per una diffusione delle facoltà giudiziali al suo interno: ne consegue, per forza di cose, l'attribuzione, al giudice relatore del caso, di un ampio

---

[364] In altre parole, il giudice-membro della corte potrebbe «reclamare la possibilità di dissentire rispetto al superamento di dottrine classiche come quella delle cd. rime obbligate in materia penale o quella Granital in tema di inversione della cd. doppia pregiudiziale, entrambe notevolmente aggiornate dall'attuale stagione giurisprudenziale». D. TEGA, *Intervento*, Il forum sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità, *op. cit.*, p. 431.

[365] Cfr. M. G. de GODOY, *O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário*, Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 12, N. 2, 2021, p. 1034-1069; D. DIMOULIS; S. LUNARDI, *Curso de processo constitucional*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; J. FALCÃO, *O Supremo*. FGV Direito-Rio, 2015; J. FALCÃO; D. W. ARGUELHES; F. RECONDO (Orgs.), O Supremo em 2015, São Paulo: FGV Direito-Rio, 2015; J. FALCÃO; D. W. ARGUELHES; F. RECONDO (Orgs.), *Onze Supremos: O Supremo em 2016*, São Paulo: FGV Direito-Rio, 2016. D. W. ARGUELHES; L. M. RIBEIRO, *Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988*, Revista Direito GV, v. 12, p. 405-440, 2016; SILVA, V. A. da, *Do We Deliberate? If So, How?*, in European Journal of Legal Studies, v. 9, p. 209-240, 2017; V. A. da SILVA, *'Um voto qualquer'? o papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal*, REI - Revista Estudos Institucionais, v. 1, p. 180-200, 2016.

giudizio monocratico (per quanto riguarda l'attribuzione a decidere le istanze cautelari in qualsiasi azione o ricorso, sia di controllo astratto, sia di controllo diffuso, *ad referendum* dell'organo Plenario o della "Turma"[366] competente)[367]. Ciò fa sì che la Corte Suprema brasiliana, all'interno del suo centro stesso, abbia forse lo *status* di "corte più diffusa del mondo", nella misura in cui ognuno dei suoi undici membri diventa "un'isola di giudizio"[368].

La Corte brasiliana è forse un esempio unico della riluttanza a sottomettersi al principio di collegialità. È vero che essa segue una metodologia in cui le decisioni di merito sono prese secondo i criteri della maggioranza dell'intero tribunale. Tuttavia, la corte stessa ha sviluppato l'abitudine giurisprudenziale di permettere ai singoli membri di prendere decisioni monocratiche di natura protettiva.

Sebbene tali decisioni debbano in linea di principio essere approvate dal plenario del STF al più presto, in pratica permettono ai giudici-membri che le emettono di sospendere indefinitamente l'applicazione di una legge con efficacia *erga omnes*. Questo perché l'agenda della sessione plenaria del STF è fissata in modo aleatorio, per cui le decisioni monocratiche non sono sottoposte al panel di giudici per essere

---

[366] In aggiunta al Plenario, che è l'organo principale della Corte Suprema e riunisce tutti gli undici giudici, ci sono due Turme, che sono camere più piccole e riuniscono cinque giudici ciascuna. Il presidente del STF è l'unico giudice a non fare parte di nessuna delle Turme, ma solo del Plenario.

[367] Secondo l'articolo 21, paragrafi IV e V, del regolamento interno del *Supremo Tribunal Federal* (STF) del Brasile, il giudice relatore ha le seguenti responsabilità: proporre al Plenario o alle Turme, a seconda della loro competenza, le azioni preventive necessarie per proteggere i diritti che potrebbero subire un danno incerto, o per garantire l'efficacia di una decisione futura sul caso in questione; nei casi urgenti, può proporre le misure preventive citate nel paragrafo precedente, con l'approvazione del Plenum o della Turma. Secondo vari rapporti e studi, come il III Relatório do Supremo em números – O Supremo e o tempo, del 2014 (http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055), un'indagine del 2018 (https://apublica.org/2018/09/semanalmente-juizes-do-supremo-decidem-sozinhos-sobre-aplicacao-da-constituicao/) condotta da Pública - agenzia di giornalismo investigativo, e dati dal portale JOTA, del 2018 (https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-recorde-monocraticas-acoes-constitucionais2018-15012019), c'è stato un aumento significativo del numero di decisioni prese da un solo giudice (decisioni monocratiche), e di conseguenza del numero di decisioni cautelari monocratiche in Azioni dirette di incostituzionalità (ADI), dal 1989 al 2018. Al contrario, il numero di decisioni prese da un gruppo di giudici (decisioni collegiali) è diminuito. Per quanto riguarda le azioni di controllo centralizzato in generale, il numero di decisioni monocratiche è salito da 227 nel 2014 a 650 nel 2018. Inoltre, tra il 10 settembre 2014 e il 20 dicembre 2018, ci sono state 94 decisioni cautelari monocratiche in ADI, contro solo 10 concesse dal plenario del STF nello stesso periodo. Cfr. M. G. de GODOY, *O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário*, Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 12, N. 2, 2021, p. 1039-1940.

[368] C. H. MENDES, *Onze Ilhas*, in Jornal Folha de São Paulo. Caderno Opinião. São Paulo, 01 fev. 2010; J. FALCÃO; D. W. ARGUELHES; F. RECONDO (Orgs.), *Onze Supremos: O Supremo em 2016*, São Paulo: FGV Direito-Rio, 2016; C. H. MENDES, *A ingovernabilidade do STF*, Jota 17 set 2014; C. H. MENDES, *O Inimigo do Supremo*, Jota, Brasília, 06 jun. 2017.

confermate in un lasso di tempo predeterminato (immediato o cronologico). Piuttosto, dipendono dalla decisione discrezionale del relatore e del presidente del tribunale di metterli all'ordine del giorno; in pratica, ciò può significare che una decisione monocratica è suscettibile di avere effetti significativi nel lungo periodo.

L'accettazione da parte di ogni giudice-membro della responsabilità personale nel promuovere tali decisioni allarga il margine di apprezzamento dei giudici costituzionali, nella misura in cui si relativizza la collegialità, un principio che costituisce un filtro contro il controllo di legittimità abusivo, accanto ad altri filtri come la dottrina della corte (suprema o costituzionale), i vincoli agli argomenti, l'auto-contenzione, ecc.[369].

Sebbene il ruolo del giudice relatore non includa la decisione diretta sul merito di questioni costituzionali, le sue decisioni monocratiche assumono un'importanza significativa nel sistema giuridico. Tale importanza è evidenziata dalla decisione presa dal giudice del STF, Alexandre de Moraes, il 17 febbraio 2022, all'interno delle ADI n. 7.042 e ADI n. 7.043, azioni che rientrano nel campo del controllo accentrato.

Moraes ha offerto un'interpretazione costituzionalmente conforme per "sospendere" una riforma legislativa, la Legge n. 14.230/2021. Questa legge aveva tolto agli enti territoriali oppure enti federativi (*União*, *Estado*, *Distrito Federal* e *Municípios*) il potere di avviare procedimenti giudiziari per improbità amministrativa contro funzionari e autorità pubbliche, riservando tale potere alla Procura della Repubblica, come avviene già nei casi penali (qui, il titolare dell'iniziativa giudiziale è sempre il Pubblico Ministero.).

Il giudice Moraes ha osservato che questa riforma avrebbe potenzialmente danneggiato "la lotta contro l'improbità amministrativa e corruzione pubblica", nonostante non esista un parametro costituzionale che attribuisca specificamente alle autorità territoriali il diritto di avviare questo tipo di azione giudiziaria. Inoltre, non sono emersi indizi che la Procura stia gestendo in modo inefficiente questa nuova responsabilità.

Moraes avrebbe potuto attendere che l'eventuale illegittimità della riforma venisse dichiarata attraverso un controllo diffuso da parte dei tribunali ordinari, oppure

[369] D. TERRÉ, *Le gouvernement des juges*…, *op. cit.*, p. 167-191.

che venisse dichiarata da un collegio di giudici, coinvolgendo così altre figure nel processo di giudizio. Tuttavia, ha scelto di agire autonomamente, "abbattendo" il risultato del processo legislativo, cioè sospendendolo con effetti *erga omnes*[370].

Secondo la nona edizione del prestigioso "*Relatório Supremo em Numeros*" prodotto da FGV Direito-Rio, un'analisi dettagliata evidenzia un trende crescente nel numero di decisioni monocratiche che favoriscono la tutela cautelare costituzionale. Queste hanno registrato un incremento significativo, passando da oltre 7.000 casi annuali nel 2017 a quasi 11.000 nel 2018. Al contempo, è opportuno sottolineare che il lasso di tempo medio intercorrente tra il giudizio liminare e il giudizio di merito supera in molteplici istanze il periodo di sei anni. Questa circostanza rappresenta un indicatore di riflessione per la velocità e l'efficienza del sistema giuridico in questione, suggerendo la necessità di ulteriori analisi e possibili miglioramenti procedurali.

Tale tendenza induce alla sospensione delle leggi tramite misure cautelari, un fenomeno che inevitabilmente modifica e cristallizza nuove relazioni giuridiche. Queste modifiche non si limitano unicamente alla situazione giuridica delle parti coinvolte, ma impattano sull'intero *corpus* del diritto brasiliano, influenzando profondamente l'interpretazione e l'applicazione della norma giuridica in questione. In tal modo, il panorama giuridico brasiliano si trova in uno stato di continua evoluzione e adattamento, al cospetto della giurisprudenza emergente[371]. Quindi, il giudizio monocratico del relatore, da un lato, influisce sull'accoglimento/rigetto del merito da parte del collegio in sé in quanto "giurisprudenza o precedente personale"; dall'altro, produce risultati anche al di fuori del tribunale, condizionando, così, il processo

---

[370] Paradossalmente, la decisione monocratica è inizialmente giustificata con l'argomento che la concessione di misure cautelari in azioni di tipo accentrato è eccezionale, in quanto tende a mettere in discussione il principio di presunzione di costituzionalità degli atti legislativi. Successivamente, però, il giudice si attribuisce un potere tale da poter mettere in pausa l'effetto del prodotto legislativo. La decisione prosegue in questa direzione: « Diante do exposto, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, DEFIRO PARCIALMENTE A CAUTELAR, *ad referendum* do Plenário desta SUPREMA CORTE, para, até julgamento final de mérito: (A) CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ao caput e §§ 6º-A, 10-C e 14, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, no sentido da EXISTÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA CONCORRENTE ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS PESSOAS JURÍDICAS INTERESSADAS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; (B) SUSPENDER OS EFEITOS do § 20, do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, em relação a ambas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (7042 e 7043); (C) SUSPENDER OS EFEITOS do artigo 3º da Lei nº 14.230/2021».

[371] III Relatório do Supremo em números – O Supremo e o tempo, *op. cit.*, p. 30.

decisionale di altre istituzioni democratiche (giudice comune, legislatore, governo etc.), purché il collegio non controlli tali pronunce monocratiche[372].

All'apparenza, nessuna delle ipotesi di giudizio monocratico del relatore sembra offrire a priori l'opportunità di esercitare un potere individuale significativo e autonomo rispetto al Collegio. Tuttavia, se osservate sotto una lente strategica, le decisioni monocratiche possono rappresentare una leva di notevole rilevanza.

Le decisioni monocratiche, effettivamente, possono agire come degli efficaci strumenti, permettendo a ciascun giudice di promuovere la propria visione giurisprudenziale. Emanate in maniera autonoma, le sentenze detengono la potenza di generare implicazioni di vasta portata, oltrepassando i confini della Corte Suprema e, simultaneamente, evitando la necessità di un intervento del processo collegiale. Tali decreti rappresentano un'espressione peculiare dell'autorità, un'emanazione di sovranità individuale che persiste e si impone anche all'interno di una struttura fondamentalmente collegiale.

Da tale prospettiva, le decisioni monocratiche non dovrebbero essere considerate come mere azioni isolate di un giudice. Al contrario, esse costituiscono pedine strategicamente disposte su un tabellone più ampio, in cui gli attori del sistema giuridico orchestrano le loro mosse. Questa visione propone un prisma interpretativo inedito per scrutare la dinamica del potere nelle corti supreme, una lente che valorizza la capacità di

---

[372] Sull'uso delle decisioni monocratiche come precedenti, cfr. D. W. ARGUELHES; L. M. RIBEIRO, *O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político*, in Direito, Estado e Sociedade, [s. l.], n. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015: «Nos termos das regras oficiais vigentes, deveria haver reduzidas oportunidades para que a ação de um(a) Ministro(a) seja suficiente para produzir efeitos no mundo externo ao tribunal. Formalmente, o poder individual mais explícito que o desenho do STF reconhece a seus Ministros talvez seja o de decidir monocraticamente pela concessão de liminares. Mesmo assim, essa é uma decisão precária, que pode ser revista a qualquer tempo pelo Plenário. Mas essas regras formais são insuficientes para explicar o comportamento do STF e a atuação dos seus ministros no Brasil de hoje. O comportamento estratégico de um determinado ator relevante – no caso, o Congresso ou o Presidente – pode se orientar, também, por ações que, embora não necessariamente formalizadas em termos de regras escritas, podem servir como sinalizações de futuras decisões e fornecer inputs para antecipações estratégicas por parte de atores políticos externos ao STF» (p. 127).

influire come singoli, anche in un ambiente comunemente dominato da dinamiche di gruppo[373].

Sebbene questa "non-collegialità" contribuisca a ridurre l'arretrato di casi pendenti nel STF, poiché un "tribunale diviso" è in grado di emettere più decisioni complessive, essa crea altre problematiche, tra cui: la riproduzione in qualche modo, dentro la corte, delle divisioni politiche esterne a essa; la diminuzione di autorevolezza e di legittimazione dell'istituzione; l'aumento dell'incertezza, dei conflitti e delle controversie; il rafforzamento della personalizzazione delle pronunce e di eventuali eccessi polemici[374]. In altre parole, se questo è un vantaggio per affrontare le statistiche riguardo al numero di casi pendenti davanti al STF, oggi, in termini di argomentazione o di qualità, può rivelare un'instabilità nel sistema costituzionale.

Inoltre, la diffusione interna nel STF causa paradossalmente una limitazione del controllo diffuso in relazione ai giudici comuni. Questo avviene perché essi sono vincolati non solo dai precedenti costituzionali collegiali nel controllo astratto (come stabilito dall'art. 28, *Parágrafo único*, della Legge n. 8.868/1999) e nel controllo concreto (come stabilito dall'art. 927, II, del CPC/2015), ma anche attraverso decisioni prese in via monocratica. Ciò porta a una centralizzazione o concentrazione del potere decisionale nelle mani del singolo giudice costituzionale, poiché quest'ultimo comincia ad assumere una giurisdizione sempre più ampia dal punto di vista materiale.[375].

A tal riguardo, dato che il STF ha diverse vie d'accesso, dal controllo astratto al controllo concreto, esso riesce così ad agire in anticipo rispetto agli altri organi giudiziari sull'interpretazione costituzionale delle leggi. Secondo Luís Guilherme Marinoni, ciò rivela un quadro di svalutazione del modello diffuso in Brasile perché «il

---

[373] D. W. ARGUELHES; L. M. RIBEIRO, *O Supremo individua... op. cit.,* p. 139: «Ciò si verifica [...] in casi in cui nulla è oggettivamente deciso. Il giudice relatore fa uso della sua libertà di costruire la motivazione della decisione a suo piacimento. Questo gli permette di (i) annunciare tesi giuridiche potenzialmente controverse e (ii) trattare come 'giurisprudenza' o 'precedente' del STF tesi già annunciate in passate decisioni monocratiche. Tutto ciò avviene senza alcuna forma di mediazione da parte del processo decisionale collegiale. Nonostante il giudice abbia la libertà di redigere il proprio voto come desidera, almeno potrebbe essere criticato direttamente dai suoi colleghi durante la presentazione dei suoi argomenti e delle sue ragioni in seduta.» [tradotto da me].

[374] Cfr. D. TEGA, *Il forum sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, *op. cit.*, p. 411.

[375] Cfr. STF bate recorde de monocráticas em ações constitucionais em 2018. JOTA, Brasília, gennaio 2019. Disponibile su: https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-recorde-monocraticas-acoes-constitucionais2018-15012019.

STF interpreta la legge prima che il dibattito interpretativo abbia dato i suoi frutti [e le corti inferiori della magistratura, specie il STJ] abbiano avuto la possibilità di pronunciarsi»[376].

Potrebbe essere un errore pensare che l'intensificazione della diffusione interna, come sta ora avvenendo in Brasile, possa contribuire alla dialettica tra i membri del STF. Questo perché, a differenza delle deliberazioni nel Collegio, in cui un'opinione dissenziente può effettivamente arricchire l'autorità argomentativa, nelle decisioni monocratiche non c'è dialogo né scambio di idee tra i giudici. Inoltre, queste decisioni spesso sollevano dubbi sulla loro imparzialità.

Cio emerge, ad esempio, dalla critica rivolta dalla dottrina alla decisione monocratica del giudice Luiz Fux, che ha sospeso la disposizione legislativa che introduceva la figura del "giudice per le indagini preliminari" al primo livello del sistema giudiziario. Questa decisione, presa nel contesto delle azioni ADIs nn. 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, è stata presentata *ad referendum* al plenario. Tuttavia, due anni dopo, senza alcun referendum plenario, l'ultimo aggiornamento sul sito del STF mostra che il caso è stato rimosso dall'ordine del giorno dallo stesso presidente della corte, il giudice Fux. Inoltre, non è previsto tra i temi da discutere nella sessione plenaria del primo semestre del 2022.

Il testo della legge n. 13.964/2019, che ha introdotto la figura del giudice per le indagini preliminari, era stato approvato all'unanimità in entrambe le camere legislative e sancito dal presidente Jair Bolsonaro. Tuttavia, questa disposizione legale non è ancora entrata in vigore a causa della decisione monocratica del giudice Fux.

Inoltre, nella vita quotidiana del STF, l'eccesso di decisioni monocratiche a scapito di quelle collegiali può rivelare una sorta di strategia politica adottata dai giudici per evitare la sessione plenaria, dimodoché l'efficacia della decisione del giudice relatore si prolunghi senza essere discussa dagli altri giudici-membri. Così, la diffusione verso l'interno alla Corte suprema brasiliana diventa un palcoscenico di incertezza giuridica e ha un effetto corrosivo sulla separazione dei poteri[377].

---

[376] L. G. MARINONI, *A zona de penumbra entre o STJ e o STF. A função das Cortes supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*, Revista dos Tribunais, 2019, p. 197-198.

[377] O ESTADO DE SÃO PAULO, *Com excesso de decisões monocráticas, STF favorece subjetivismo jurídico*, 17/02/2018. Disponibile su: https://www.conjur.com.br/2018-fev-17/supremo-tribunal-federal-decisoes-monocraticas. Accesso il 31/01/2022.

In questo contesto, l'unico dissenso praticabile diventa quello espresso dal giudice ordinario nei confronti della Corte Suprema. I tribunali di grado inferiore non possono decidere i casi concreti in contrasto con l'interpretazione fornita dalla Corte Suprema, ma possono manifestare la propria posizione, presentando argomentazioni a favore di una revisione dell'interpretazione del ruolo del giudice costituzionale. «Il dissenso, in questo senso, è molto importante non solo per l'aggiornamento del diritto, in accordo con i nuovi fatti e valori sociali, ma anche perché il diritto venga ripensato con attenzione ad altri fattori, non messi in discussione o addirittura debitamente approfonditi»[378], tenendo in considerazione altri fattori che potrebbero non essere stati problematizzati o adeguatamente analizzati nella loro specificità.

Il STF del Brasile ha implementato una riforma significativa, con l'obiettivo di ridurre il predominante potere monocratico dei giudici costituzionali, attraverso l'approvazione dell'Emenda Regimental 58, del 26 dicembre 2022. Questa riforma si propone di limitare il periodo di restituzione dei richiami di vista a 90 giorni, rafforzando così il potere decisionale collettivo del collegio. Inoltre, introduce un meccanismo accelerato per l'analisi delle misure cautelari in situazioni urgenti e stabilisce un termine comune di sei giorni lavorativi per le decisioni relative ai casi di grande rilevanza. Questi passaggi costituiscono un progresso significativo verso trasparenza, equità e responsabilità maggiori, alimentando la speranza per un futuro del sistema giudiziario brasiliano più equilibrato e democratico. Tuttavia, nella pratica, questa trasformazione non ha ancora prodotto risultati concreti.

Di fronte alle sfide rappresentate dai concetti di decentramento verso l'esterno e verso l'interno, è dunque fondamentale ricercare un equilibrio che consenta sia il corretto espletamento delle competenze della Corte Suprema, sia il ruolo attivo del giudice ordinario come attore nell'applicazione della costituzione. Una riflessione pratica che tenga conto di entrambi gli aspetti potrebbe consistere nella promozione di una stretta collaborazione tra i diversi organi giurisdizionali, favorendo la comunicazione e lo scambio di opinioni, al fine di garantire una corretta interpretazione e una giusta applicazione delle norme costituzionali.

---

[378] L. G. MARINONI, *A não decisão enquanto opção democrática,* in *Revista de Processo*, vol. 324, ano 47, p. 201-229. São Paulo, Editora RT, fevereiro 2022., p. 202.

2. L'ostacolo alla condivisione giurisdizionale dovuta alla mancanza di una riconoscibilità dei giudici comuni da parte del giudice costituzionale: riflessioni sulla Francia

La questione dell'equilibrio del potere tra diverse corti o consigli costituzionali rispetto ai giudici di rango inferiore può manifestarsi come un problema particolarmente intricato. Tale complessità emerge quando vi è un conflitto tra la tendenza a decentrare il potere per incrementare la legittimità e l'opposta necessità di (ri)accentrarlo per altre ragioni significative, mettendo, così, a rischio la reciprocità tra giudici costituzionali e giudici comuni.

In Francia, la giustizia costituzionale ha attraversato una notevole evoluzione dalla creazione della QPC riguardo al *Conseil constitutionnel* nel 2008. Questa evoluzione ha portato a un cambiamento significativo nel sistema giuridico, passando da un'attenzione focalizzata sulla cultura della legge, definita come 'legicentrica', a un sistema basato sulla cultura della costituzione[379]. In altre parole, con questa novità, il diritto costituzionale francese si sta avvicinando sempre di più a un "vero diritto"[380], superando così la sua tradizionale connotazione politica.

Tuttavia, la QPC ha apportato un'ulteriore complessità al tradizionale dualismo giurisdizionale, caratterizzato dalle sfere giuridiche ordinaria e amministrativa, storicamente riconosciute nel Paese. Ciò ha richiesto cooperazione e riconoscimento reciproci tra i giudici, compresi quelli facenti parte del Consiglio Costituzionale e i giudici comuni, che, precedentemente all'implementazione della QPC, non avevano la possibilità di accedere o interagire all'interno dello stesso sistema[381].

---

379 D. ROUSSEAU, La QPC, une culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle, in *Jus Politicum*, número 27, janvier 2022, 323-340, p. 326

380 J. RIVERO, *Rapport de synthèse*, in L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, préf. Tunc A., Paris, Economica/Aix-en-Provence/PUAM, coll. Droit public positif, 1987, pp. 517-529, en 540 pp., pp. 528-529.

381 G. TUSSEAU, *Le pouvoir des juges constitutionnels*, in M. Troper — D. Chagnollaud (dirs.), *Traité international de droit constitutionnel*, Suprématie de la Constitution, Paris, Dalloz, 3 vol., 2012, pp. 169-206, en xxxvi+825 pp. ; G. TUSSEAU, *Les juges constitutionnels comme autorités normatives: éléments d'une taxonomie des sentences constitutionnelles*, in G. GRANDJEAN — J. WILDEMEERSCH (dirs.), *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, préf. P. Martens, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 169-196,

In tale contesto, il sistema giudiziario francese si è da sempre strutturato in due distinti ordini giurisdizionali: quello giudiziario, con la *Cour de Cassation* come massima autorità, e quello amministrativo, con il *Conseil d'Etat* quale massima corte. Tuttavia, con l'introduzione della QPC, il *Conseil Constitutionnel* è stato in qualche modo "inglobato" nel sistema giudiziario, creando così nuove sfide e competizioni tra le tre corti. Questo sviluppo ha incontrato delle resistenze, soprattutto da parte della Cassazione, che ha percepito l'introduzione della QPC e il conseguente cambiamento nel panorama giuridico come una minaccia al proprio potere e alla propria influenza[382].

L'impatto di tale trasformazione sulla modalità di elaborazione della giurisprudenza ordinaria o amministrativa, unito all'aumento significativo delle decisioni del Consiglio Costituzionale (passate da 30 all'anno fino al 2010 a oltre 100 all'anno da allora), evidenzia una sorta di "battaglia gerarchica" tra le corti. È importante notare che il Consiglio Costituzionale non fa parte del sistema giudiziario francese e non può essere considerato superiore in modo verticale alla Corte di Cassazione, ad esempio, per quanto riguarda la protezione delle libertà fondamentali. Considerata la mancanza di una disposizione costituzionale che riorienti il predominio delle corti nelle questioni di libertà e garanzie a livello interno, il dialogo giudiziario in Francia si è incontrato con maggiori impedimenti rispetto all'Italia. In quest'ultima nazione, nonostante la Corte costituzionale italiana non faccia parte del sistema giudiziario, ha sempre rivestito un ruolo interpretativo di notevole prestigio in materia di diritti individuali.

In effetti, l'impatto della QPC si è esteso alla giurisprudenza delle corti supreme, consentendo al Consiglio Costituzionale di riesaminare le interpretazioni giuridiche delle leggi che precedentemente ricadevano al di fuori della sua competenza. Ciò ha generato una controversia su chi abbia l'ultima parola nell'interpretazione del diritto[383].

La Corte di Cassazione francese, nel suo ruolo di custode della tradizione legicentrista del Paese, ha manifestato una certa diffidenza nei confronti della crescita del ruolo del giudice costituzionale nel sistema e ha cercato di riaffermare il potere

---

[382] F. HAMON, Il controllo di costituzionalità delle leggi in Francia dopo la riforma del 23 luglio 2008, in *Rivista di diritto pubblico italiano*, 1, 2010, 43-67.

[383] S. GUINCHARD, Le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation : un dialogue difficile mais nécessaire, in *Jus Politicum*, 15, 2016, 3-34.

giurisdizionale nazionale, vale a dire di "ri-accentrarsi", soprattutto durante il periodo di Vincent Lamanda come presidente della Cassazione (2007-2014). Questa tendenza è stata attenuata con il suo successore, Bertrand Louvel (2014-2019), che si è dimostrato più propenso a instaurare un dialogo costruttivo con il giudice costituzionale[384]. Tuttavia, durante il suo mandato, Lamanda ha spinto la Corte di Cassazione a sollevare la questione di costituzionalità (QPC) stessa davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso Melki e Abdeli del 22 giugno 2010 (C-188/10 e C-189/10). In tale contesto, è stato sostenuto che l'istituto costituzionale minacciasse la supremazia del diritto comunitario.

Tuttavia, l'orientamento prevalso presso la Corte di Lussemburgo riteneva che, se il costituente ha voluto conferire alla questione costituzionale un carattere prioritario, tale priorità non è stata concepita come una supremazia sul diritto comunitario. I due controlli sono distinti l'uno dall'altro; possono susseguirsi, se necessario, poiché la legge organica si è limitata a specificare l'ordine di precedenza.

Questa "strumentalizzazione" del diritto comunitario contiene un messaggio non scritto: la *Cour de Cassation* non voleva permettere che il Consiglio costituzionale valutasse la costituzionalità delle leggi in vigore. Temevano, senza che si comprendesse bene il motivo, di perdere il loro prestigio[385]. Un timore inaspettato, considerando che il Consiglio di Stato, in netto contrasto, non condivideva tale preoccupazione e stava già impegnandosi attivamente nel processo di riforma[386]. Tale contrasto divenne ancor più evidente con la pronuncia della sentenza n. 340554 del 15 maggio 2013 dal prestigioso *Conseil d'Etat*, la quale stabiliva che:

> Le riserve di interpretazione annesse a una decisione del Consiglio Costituzionale che dichiara una disposizione legislativa conforme alla Costituzione sono dotate di autorità assoluta e vincolano il giudice amministrativo nell'applicazione e interpretazione di tale disposizione; compete a quest'ultimo applicarla, se necessario, d'ufficio.

---

[384] S. GUINCHARD, *Le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation*…, 3-34.

[385] G. CARCASSONNE — N. MOLFESSIS, La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité. Il n'y avait donc rien dans la question qui fût directement d'ordre constitutionnel, in Le Monde, 22 apr. 2010, 14:35. Disponibile su: https://www.lemonde.fr/idees/article/2010/04/22/la-cour-de-cassation-a-l-assaut-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-par-guy-carcassonne-et-nicolas-molfessis_1341147_3232.html. Accesso in data: 24 mag. 2010, 17:02.

[386] F. HAMON, Il controllo di costituzionalità delle leggi in Francia…, 43-67.

In questo contesto, si è evidenziata l'importanza del dialogo tra i giudici. Di fronte alla perenne dicotomia tra l'influenzare da dentro e il combattere da fuori, il Consiglio di Stato ha scelto una via saggia: sviluppare un'interpretazione strumentale della QPC e del dialogo tra i giudici, partecipando attivamente alla riforma, per poterla controllare e influenzare più efficacemente. Di contro, *la Cour de Cassation*, non avendo seguito una strategia simile di dialogo, ha subito critiche da accademici, parlamentari e altri tribunali, tanto da portare all'abolizione del panel speciale dedicato alla QPC, finendo per essere vista come la figura perdente della riforma[387].

In base a un approccio epistemologico, l'introduzione della QPC ha modificato la percezione del diritto costituzionale sia come oggetto di studio, sia come discorso sul soggetto[388]. Nei singoli casi, si osserva non solo una mutazione nell'approccio alla questione trattata, riguardante un oggetto (legge vigente) interpretato o contestato a livello costituzionale, ma anche una trasformazione nella maturità culturale dei giudici coinvolti, grazie all'interazione tra il giudice supremo (come filtro per la QPC) e il giudice costituzionale.

D'altra parte, il ruolo del giudice costituzionale francese nella definizione di un "nuovo diritto costituzionale" fondato sulla giurisprudenza si dimostra fondamentale. Questo richiede l'integrazione della dottrina del diritto politico, focalizzata sulle istituzioni statali, con una dottrina di tutela giurisdizionale dei diritti, della quale il giudice costituzionale inizialmente non ha avuto una piena consapevolezza[389].

Infatti, la QPC ha portato a un cambiamento graduale nel modo in cui il diritto costituzionale viene percepito, passando da un focus sulle istituzioni politiche a un'attenzione più rafforzata sulla giurisprudenza e sui diritti fondamentali. Questa transizione è stata favorita dallo sviluppo del controllo di costituzionalità delle leggi in

---

[387] P. DE MONTALIVET, QPC et « dialogue des juges», in *Revenue française de Droit constitutionnel*, n. 116, 2018, 919-932, pp. 923-924.

[388] D. ROUSSEAU, La QPC, une culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle…, pp. 329-333.

[389] X. MAGNON, A. VIDAL-NAQUET, Le droit constitutionnel est-il un droit politique ?, in *Les Cahiers Portalis*, 2019/1, n. 6, 107-128.

Francia dagli anni '80, e dal riconoscimento del valore costituzionale della Dichiarazione del 1789 e del Preambolo del 1946[390].

Mentre analizza l'evoluzione del diritto costituzionale francese, Dominique Rousseau rileva un'incoerenza tra le responsabilità e le caratteristiche attuali del Consiglio in veste di tribunale costituzionale. Sottolinea, quindi, la necessità di riformare il processo di nomina dei giudici costituzionali. Nonostante l'attuale metodo di selezione, politicamente orientato, possa assicurare una rappresentanza adeguata, Rousseau evidenzia come tale approccio possa minacciare l'imparzialità del Consiglio e il suo prestigio presso corti costituzionali simili. Avanza, pertanto, l'idea di un modello rinnovato, in cui i membri del Consiglio verrebbero scelti dalle assemblee parlamentari, le quali a loro volta dovrebbero optare per esperti legali con una carriera di almeno 15 anni alle spalle ed eletti con un voto di maggioranza qualificata. Similmente, propone trasformazioni strutturali, come l'espansione del Consiglio, l'abolizione della categoria "membro di diritto", e l'elezione del capo dell'organo da parte dei suoi stessi membri. Infine, per evitare pressioni economiche, Rousseau sostiene che il Consiglio dovrebbe garantirsi l'autonomia di bilancio, con il compito di presentare le proprie previsioni finanziarie al Parlamento[391].

In Francia si è manifestata con chiarezza l'impellente esigenza di trascendere un approccio rigidamente ancorato alla lettera della legge per stimolare un dialogo costruttivo tra il giudice costituzionale e quello ordinario: una dinamica assai differente rispetto a quella riscontrabile in Italia. È stata altresì riconosciuta l'urgenza di rafforzare la legittimità del giudice costituzionale, enfatizzando una visione maggiormente giuridica e meno politicamente inclinata del suo ruolo[392].

A proposito, il decentramento del potere giurisdizionale in Francia, in cui emerge il passaggio di competenze dalle corti supreme al giudice costituzionale mediante la QPC, ha dato inizio a una varietà di dialoghi tra gli stessi magistrati. Ad esempio, le dinamiche procedurali tendono a favorire un dialogo "verticale" tra i

---

[390] D. ROUSSEAU, La QPC, une culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle…, pp. 329-333.

[391] D. ROUSSEAU, La QPC, une culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle…, pp. 328-329.

[392] D. ROUSSEAU, La QPC, une culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle…, pp. 329-333.

tribunali ordinari e il Consiglio Costituzionale, senza tuttavia implicare una gerarchia formale tra i giudici o un dialogo "orizzontale" tra gli stessi giudici ordinari in materia di tutela dei diritti.

La suddetta interazione implica una crescente convergenza di vedute sull'interpretazione del diritto[393]. Infatti, l'analisi delle decisioni emanate dal Consiglio Costituzionale, dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Cassazione evidenzia una convergenza nell'approccio ai diritti fondamentali. Questi tre tribunali condividono una prospettiva orientata alla salvaguardia delle libertà individuali, alla promozione dell'uguaglianza tra i cittadini e al rispetto della dignità umana[394].

Malgrado le disparate modalità nell'applicazione di particolari principi da parte delle diverse giurisdizioni, esiste una salda convergenza di valori che favorisce un'interazione feconda tra loro. L'articolato dialogo instauratosi consente una condivisione dell'autorità nella valutazione della costituzionalità delle leggi, amalgamando il ruolo delle corti supreme come filtro della QPC con la tecnica di interpretazione adeguata alla costituzionalità. Questa dinamica contribuisce a mantenere un saldo equilibrio di potere, eludendo potenziali frizioni che potrebbero sovvertire la legittimità del complessivo sistema giuridico.

Nonostante la presenza di strategie volte a perfezionare l'equilibrio all'interno della giustizia costituzionale, è innegabile che l'accesso al Consiglio Costituzionale richieda ulteriori adeguamenti. Prima del 2008, tale accesso era riservato esclusivamente alle autorità politiche, una scelta mirata a incentivare un vivace scambio dialettico e a promuovere una diffusione più capillare della cultura costituzionale tra i diversi protagonisti.

È in questo contesto che Rousseau lancia il suo guanto di sfida, mettendo in discussione l'attuale sistema, nel quale l'ingresso al Consiglio Costituzionale è mediato dalla Corte di Cassazione o dal Consiglio di Stato. L'autore sottolinea la necessità urgente di una riconsiderazione della portata delle norme di controllo. Come attualmente strutturato, il controllo è applicato solo alle leggi ordinarie, alle leggi

---

393 Hamon, F. (2010). Il controllo di costituzionalità delle leggi in Francia dopo la riforma del 23 luglio 2008. Rivista di diritto pubblico italiano, 1, 43-67.

394 Guinchard, S. (2016). Le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation: un dialogue difficile mais nécessaire. Jus Politicum, 15, 3-34.

organiche, ai trattati internazionali e ai regolamenti delle assemblee. Rousseau propone, invece, di estendere questo controllo a tutte le leggi, incluse quelle adottate per referendum, sottolineando che la Costituzione non differenzia le leggi in base al metodo di adozione[395].

Infine, l'autore sostiene che il Consiglio Costituzionale dovrebbe avere il potere di riesaminare le decisioni della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato nel caso in cui tali decisioni si basino erroneamente sul diritto, violino i principi di un giusto processo, manchino di fondamento legale o applichino oppure interpretino la legge in modo irrazionale o illogico[396].

La prospettiva di assegnare l'ammissibilità della QPC a giudici comuni, bypassando il filtro delle eminenti Corti di Cassazione e del Consiglio di Stato, potrebbe aprire una via verso un sistema che coinvolga un'ampia varietà di giudici. Questo comporterebbe un maggiore coinvolgimento dei magistrati di primo e secondo grado nella comprensione e nell'applicazione della cultura costituzionale. Eppure, non è detto che una riforma che muti il Consiglio Costituzionale in una figura simile a quella della Corte suprema dell'ordinamento giuridico francese possa avere lo stesso effetto desiderato.

In particolare, si rischia di alterare la natura del dialogo giudiziario, che potrebbe evolvere da un dialogo basato sulla condivisione a uno improntato sulla supremazia dell'autorità. La crescente enfasi sul ruolo del Consiglio Costituzionale attraverso la QPC ha stimolato gli studiosi a interrogarsi sulla possibile tendenza del Consiglio a orientarsi verso il modello di una Corte suprema[397].

Ma forse è nei modi e nelle pratiche del dialogo tra giudici che la situazione può subire un ulteriore e significativo miglioramento. Al momento, l'atmosfera generale appare positiva e produttiva. Una mossa significativa in questa direzione è stata effettuata dal Consiglio Costituzionale stesso e dalla Corte di Cassazione: il 2 febbraio 2015, i membri di entrambe le Corti si sono riuniti per avviare un vero e proprio dialogo

---

[395] D. ROUSSEAU, La QPC, une culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle…, pp. 337-341.

[396] D. ROUSSEAU, La QPC, une culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle…, pp. 337-341.

[397] P. DE MONTALIVET, QPC et « dialogue des juges » …, pp. 930-932.

— nel senso più puro e letterale del termine — sulla messa in atto dei testi relativi alla QPC e, soprattutto, sulla questione della filtrazione. Potrebbe essere perspicace estendere questi incontri anche al Consiglio di Stato, istituendo una conferenza annuale tra le tre più alte Corti della Francia. Qui, come in altri scenari, è nella volontà e nell'iniziativa degli attori coinvolti, più che nella revisione dei testi legislativi, che si potrà compiere un vero progresso[398].

In definitiva, l'evoluzione della giustizia costituzionale francese dovrebbe condursi attraverso una dialettica costante tra due poli apparentemente opposti, ma reciprocamente necessari: l'accentramento e il decentramento.

Per "accentramento" si intende una sempre più pregnante auto-consapevolezza da parte del giudice costituzionale dell'importanza di promuovere un obbligo di motivazione strettamente connesso con la giuridicità della Costituzione. Ciò comporta un rafforzamento dell'autorità del Consiglio Costituzionale, rendendolo un baluardo di indiscutibile integrità nel garantire l'osservanza del principio di costituzionalità. Questo percorso di accentramento sarebbe la chiave per assicurare che le sentenze emesse dal Consiglio Costituzionale si fondino sempre più solidamente sullo spirito e sulla lettera della Cost. 1958.

Parallelamente, è fondamentale perseguire una politica di decentramento, in termini di disseminazione del costituzionalismo giuridico a tutte le ramificazioni dell'ordinamento giudiziario. L'obiettivo è capillarizzare la tutela costituzionale del diritto, estendendo l'approccio costituzionale a ogni livello del sistema giudiziario. Ciò garantirebbe che ogni decisione, a prescindere dalla sua rilevanza o dimensione, sia radicata nei principi costituzionali, promuovendo, in questo modo, una tutela costante e universale dei diritti fondamentali dei cittadini.

La giustizia costituzionale in Francia, pertanto, dovrebbe ricercare una sintesi operante tra questi due poli, accentramento e decentramento, in un incessante lavoro di equilibrio dinamico. Il risultato sarà un sistema giuridico in cui la supremazia costituzionale è garantita in modo sempre più rigoroso, e in cui l'ombrello della protezione costituzionale si estende in modo sempre più diffuso a tutte le ramificazioni dell'ordinamento giuridico.

---

[398] P. DE MONTALIVET, QPC et « dialogue des juges » …, pp. 930-932.

3. Il decentramento simbolico

Il bilanciamento tra decentramento e accentramento è una questione fondamentale che incide notevolmente sulla funzionalità dei sistemi di giustizia. Nel contesto del STF del Brasile, tale decentramento, in particolare nel campo penale, si presenta meno normativo di quanto potrebbe sembrare a prima vista. Questo rischio si manifesta nell'esercizio della competenza del STF come "giudice ordinario nei casi penali"; rischia, quindi, di essere considerato come un "decentramento simbolico".

Il ruolo del *Supremo*, come "giudice ordinario nei casi penali" stabilito dall'articolo 102, I, b e c della Costituzione del 1988, ha suscitato un ampio dibattito e molte critiche da parte della stessa dottrina. Questa disposizione ha spinto il tribunale a occuparsi di casi non strettamente costituzionali, distogliendo la sua attenzione dal suo ruolo principale di guardiano della Costituzione.

Il caso emblematico è l'Azione Penale n. 470, conosciuta come "ação do Mensalão", sviluppatasi tra il 2005 e il 2014, riguardante una rete di corruzione politica, riciclaggio di denaro e creazione di un'organizzazione criminale. Durante questo processo, il STF ha applicato la teoria del "dominio del fatto", che ha portato a numerose critiche per la sua apparente incompatibilità con il principio di responsabilità

individuale, in base al quale ogni individuo è responsabile solo dei propri atti e delle proprie intenzioni[399].

André Ramos Tavares[400] sostiene che le competenze del STF come giudice ordinario siano inconciliabili con il suo ruolo fondamentale nello Stato Costituzionale. Secondo lui, il tribunale dovrebbe concentrarsi principalmente su questioni costituzionali e lasciare le questioni tecniche di diritto infra-costituzionale ad altri tribunali.

---

[399] Nella sentenza dell'azione penale n. 470/2012, il STF ha respinto due argomenti volti a far dichiarare la corte incompetente a giudicare come giudizio penale di prima istanza gli imputati della causa, smembrando così il caso a favore delle corti inferiori. Il primo argomento sosteneva che il processo diretto nella corte suprema avrebbe violato il diritto al doppio grado di giurisdizione, ai sensi dell'art. 9º, X, della Convenzione americana dei diritti umani. Anche se si tratta di un argomento che riguarda un diritto previsto nel parametro del sistema sovranazionale dei diritti umani, la corte lo ha ammesso come questione preliminare per l'esame nel merito. Tuttavia, la sua risposta a questo argomento fu di far prevalere il parametro costituzionale su quello sovranazionale, cioè, la ragione prevalente respingerlo fu che la costituzione prevedeva espressamente che certe autorità fossero imputate davanti al STF, che, in questo caso, un giudice nel frattempo di prima e ultima istanza. Dato che non c'era un'istanza più alta del STF per controllare il loro giudizio attraverso un ricorso giudiziario, la corte ha negato l'adempimento del diritto al doppio grado di giurisdizione in questo caso. Un secondo argomento rispinto dalla corte suprema era che non si poteva accusare una persona direttamente al STF che non disponesse di foro per prerogativa di funzione, a pena di ciò significare un'ampliazione indebita della giurisdizione penale originale della corte suprema. A questo proposito, il STF aveva stabilito nel 2005 (ADI n. 2797) che solo la costituzione può prevedere competenze della corte. Ciononostante, il STF ha rigettato questo argomento, dicendo che la condotta degli imputati che non avevano il foro per prerogativa di potere era così intrecciata con la condotta delle autorità che lo avevano, che non sarebbe stato possibile smembrare il caso. Questo giustificò la centralizzazione di tutti gli imputati in un unico processo sotto la giurisdizione della corte suprema.

A questo proposito, vale la pena leggere un pezzo dell'opinione del giudice Ayres Britto nella sentenza (azione penale n. 470): «Também é de ser afastado o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal (na redação da Lei nº 10.628/2002) implicou um reconhecimento da impossibilidade de julgamento originário, por este Supremo Tribunal Federal, de ações penais propostas contra pessoas desprovidas de foro especial por prerrogativa de função. Explico: o que decidimos na ADI 2.797 foi que violava a Constituição Federal a extensão, no tempo e por via legislativa, do foro especial por prerrogativa de função, 'ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante'. Isto sob a premissa de que 'o ex-titular do cargo ou mandato ou da função não carrega consigo a prerrogativa como se carregasse (...) uma roupa ou vestimenta cotidiana' (trecho do voto que proferi na referida ADI). Além do que ficou assentada a não-aplicação do foro especial por prerrogativa de função às ações resultantes da prática de atos de improbidade administrativa. 5. Como se vê, o caso destes autos é completamente diferente. A prorrogação da competência originária do Supremo Tribunal Federal se deu por necessidade da investigação e da instrução processual, tamanho o imbricamento dos fatos e das condutas dos réus. Noutras palavras, coube a esta nossa Casa de Justiça, que detém a competência constitucional para o exame da ação penal, decidir pelo não desmembramento. Decisão que se apoiou, não na inconstitucionalidade deste ou daquele dispositivo legal, mas na necessidade da própria investigação. Reitere-se o juízo: nas oportunidades em que deliberamos pelo desmembramento desta ou daquela investigação, o que estava em jogo era a necessidade, ou não, da reunião do processo numa única instância».

[400] A. RAMOS TAVARES, Justiça constitucional e suas fundamentais funções, in *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 171, p. 19-47, jul./set. 2006, pp. 27-28.

Questa proposta dottrinale di cambiamento di prospettiva rispecchia una differenza rispetto alle costituzioni precedenti, in cui il STF ha agito più come custode della legge federale che come custode della Costituzione[401].

Per risolvere questo problema, è stata proposta una riduzione o eliminazione delle competenze del STF come giudice ordinario, dimodochè possa concentrarsi maggiormente sul suo ruolo costituzionale. Questo potrebbe contribuire a rafforzare e consolidare la cultura costituzionale del Brasile[402].

Tuttavia, le critiche alla capacità del STF di svolgere entrambi i ruoli non si sono limitate al mondo accademico. L'opinione pubblica ha anche esercitato pressione, come si è visto durante l'"Operazione Lava-Jato", una vasta operazione anticorruzione. In risposta a questa pressione, nell'Azione Penale (AP) n. 937, il STF ha riconsiderato il principio del non-smembramento, limitando il suo ruolo come giudice penale e riaffermando la sua posizione come tribunale costituzionale.

Il 3 maggio 2018, il giudice supremo ha stabilito che le prerogative concesse ai deputati federali e ai senatori dovrebbero applicarsi solo ai reati commessi durante l'esercizio del mandato e in relazione alle loro funzioni. Questa decisione è stata presa durante il giudizio di una questione di ordine nell'AP n. 937.

Nonostante il processo di decentramento promosso dal STF, quest'ultimo rimane un attore di rilievo nel campo penale. Recentemente, quando la Corte ha aperto indagini sul presidente Jair Bolsonaro per possibili reati correlati alle "*fake news*", alla diffamazione e alle minacce rivolte ai membri del STF, ha dimostrato ancora una volta la sua volontà di interagire in modo attivo con i processi penali. Da allora, il STF ha riconquistato una maggiore centralità nella giurisdizione penale, svolgendo un'intensa opera di contropropaganda politica[403].

Il principio di responsabilità individuale non è stato messo quindi in discussione; tuttavia, la condotta del tribunale ha generato polemiche e ha messo in luce le tensioni tra la libertà di espressione e la protezione dell'integrità delle istituzioni democratiche.

---

401 J. W. FERREIRA SOBRINHO, Por um tribunal constitucional, in *Revista de informação legislativa*, v. 32, n. 128, p. 149-156, out./dez. 1995, pp. 155-156.

402 P. FERREIRA DA CUNHA, Cultura constitucional & revisões constitucionais, in *International studies on law and education*, maio-ago/2011, CEMOrOc – Feusp, IJI – Universidade do Porto, 2011, p. 9.

403 VILHENA VIEIRA, O., *A batalha dos poderes... op. cit.,* p. 291 ss.

Tuttavia, a causa dell'importanza cruciale delle questioni penali e del loro impatto sulla libertà individuale.[404], talvolta il ruolo del STF come custode delle questioni di incostituzionalità è stato messo in secondo piano.

Malgrado le critiche presentate in questo saggio, si desidera mettere in evidenza come, il 18 giugno 2020, attraverso il procedimento dell'ADPF n. 572, il plenario del STF, con una maggioranza, si sia pronunciato a sostegno della validità dell'INQ n. 4781. Quest'ultimo amplia ulteriormente la competenza della Corte Suprema nel condurre indagini e procedimenti penali al fine di preservare l'integrità dell'istituzione e dei suoi membri-giudici in risposta ad attacchi promossi da soggetti terzi. A seguito degli attacchi o del tentativo di colpo di Stato dell'8 gennaio 2023 in Brasile, l'intensità della giurisdizione penale del *Supremo* si è espansa, con un incremento di indagini sotto la diretta supervisione del giudice supremo[405].

Nell'attuale panorama, risulta pertanto sempre più evidente un fenomeno di "decentramento simbolico" da parte del STF, un'illusione che richiede una riflessione più approfondita. Sebbene si presuma che le indagini e le azioni penali debbano essere guidate dal giudice supremo solo in circostanze eccezionali, si osserva una pratica contrastante: a seconda dell'importanza del caso, il giudice può scegliere di non applicare il principio del proprio precedente dell'AP n. 937 e di assumere direttamente la giurisdizione penale. Tale sconcertante decentramento simbolico svela una disfunzione del sistema, suggerendo una necessità impellente di un decentramento normativo e reale.

È altresì importante esaminare l'effetto collaterale di questo decentramento simbolico: un'iper-esposizione della Corte suprema, che può minare la cultura costituzionale e restringere l'attività costituzionale degli altri giudici nel potere giudiziario. La giurisdizione penale, sebbene rivesta un ruolo fondamentale per la legittimazione del giudice supremo, può incidere negativamente sulla sua visibilità e

---

[404] Consoante art. 145 do RI do STF, terão prioridade no julgamento pelo Plenário, os habeas corpus, os pedidos de extradição, as causas criminais e, dentre estas, as de réu preso; os conflitos de jurisdição; os recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral; os mandados de segurança; as reclamações; as representações; os pedidos de avocação e as causas avocadas.

[405] Si veda https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-ja-soma-7-novos-inqueritos-sobre-atos-antidemocraticos-23012023, accesso il 28 maggio 2023.

sull'efficacia del suo operato, minando altresì la fiducia nella capacità dei giudici comuni di preservare l'integrità dei diritti.

Proposte di ridurre le competenze del STF in controversie di natura soggettiva, privilegiando le competenze attinenti a questioni propriamente costituzionali, potrebbero fornire una soluzione. Ciò rispetterebbe il presupposto dell'indipendenza dell'istituzione, proteggendo la Corte dal pericolo di sacrificare l'interesse pubblico a vantaggio di considerazioni particolari. Lontano dalle tensioni dei casi concreti, il *Supremo* potrebbe così riservarsi il compito di moderare le divergenze sul significato della norma costituzionale[406].

In tal senso, il STF si è già mobilitato, iniziando a limitare la sua competenza in materia penale originaria e sottraendo, così, il giudizio di alcuni crimini alla sua competenza diretta. Ciò ha ridotto la possibilità di critiche che contestano l'imparzialità del *Supremo* e mettono in dubbio il suo comportamento etico[407]. Tuttavia, nonostante l'importanza di questo precedente, persiste la necessità di una riforma costituzionale più radicale.

In aggiunta a ciò, va sottolineato che l'attuale performance del STF come Corte d'appello o Corte criminale può celare un mutamento costituzionale, permettendo alla Corte di esercitare un potere discrezionale potenzialmente pericoloso per la democrazia. Per evitare questo rischio, è essenziale procedere a una riforma costituzionale radicale, attraverso l'emanazione di un emendamento costituzionale da parte del potere costituente riformatore.

Per concludere, si evidenzia una prevalenza assertiva del giudice costituzionale nel confronto con il giudice ordinario in relazione ai nuovi diritti o tematiche delicate.

---

406 C. HÜBNER MENDES, Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP [jan. 2018], in *Folha de São Paulo*, São Paulo, disponibile su: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml, acesso il 08 luglio 2018.

407 Sobre isso, vale destacar a forte crítica que Mendes faz ao STF, chamando-o de "protagonista de uma democracia em desencanto". Assinala que a Corte está em dívida com muitas perguntas que colocam em dúvida sua isenção política, tais como: "e Delcídio do Amaral (PT-MS), Eduardo Cunha (MDB-RJ), Renan Calheiros (MDB-AL) e Aécio Neves (PSDB-MG) detinham as mesmas prerrogativas parlamentares, por que, diante das evidências de crime, receberam tratamento diverso? Se houve desvio de finalidade no ato da presidente Dilma Rousseff (PT) em nomear Lula (PT) como ministro, por que não teria havido o mesmo na conversão, pelo presidente Michel Temer (MDB), de Moreira Franco (MDB) em ministro? Se o STF autorizou a prisão após condenação em segunda instância, por que ministros continuam a conceder habeas corpus contra a orientação do plenário, como se o precedente não existisse?" (MENDES, 2018).

Questa dinamica si manifesta spesso con l'intervento attivo del giudice costituzionale nell'elaborazione di nuove interpretazioni delle leggi. Tale svolgimento viene conseguito attraverso l'attuazione della tecnica dell'interpretazione costituzionalmente conforme: una prassi che, nel contesto brasiliano, è di competenza del giudice costituzionale[408]. Contrariamente, in nazioni come l'Italia, tale responsabilità è attribuita al giudice ordinario, sulla base della concezione di "diritto vivente"[409].

Questa reinterpretazione innovativa della legge, avviata dal giudice costituzionale, è destinata a essere adottata nei casi futuri. Di conseguenza, l'agire del giudice ordinario risulta condizionato, poiché il suo ruolo di interprete del diritto si ritrova limitato.

Dunque, ci troviamo di fronte a una situazione che sottolinea l'essenzialità di un dialogo incessante tra giudici costituzionali e ordinari, affinché si mantenga un equilibrio tra il rispetto imprescindibile della Costituzione e l'adeguamento del diritto alle mutevoli esigenze della società. L'esame di tale questione rivela un impellente bisogno di un mutamento tangibile: un decentramento normativo autentico e fattuale, capace di infondere nuova vitalità al nostro sistema giudiziario e di consolidare l'indipendenza e l'imparzialità della nostra Corte Suprema.

---

[408] In questo senso, G. DOS SANTOS SICCA, A interpretação conforme à Constituição *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 36 n. 143 jul./set. 1999, 1-34, pp. 29-30: «A interpretação conforme à Constituição possibilita que o Tribunal possa garantir a força normativa da Constituição e o princípio da separação dos poderes. Todavia, sua utilização apresenta problemas. No Brasil, a interpretação conforme à Constituição tem sido considerada um meio de controle de constitucionalidade, entendimento patente no voto do Ministro Moreira Alves na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417-7. Como vimos, na época o Ministério Público Federal, em parecer dado naquela Representação, entendeu a *Verfassungskonforme Auslegung* cabível de ser aplicada na representação de interpretação, hoje instituto que não mais existe. Dessa forma, o princípio teria verdadeiro caráter de interpretação, não surgindo como verdadeiro mecanismo de controle de constitucionalidade. (...). Note-se que à interpretação conforme à Constituição pode ser vista como meio de interpretação em países de controle concentrado, onde a tarefa de "hermeneuta da Constituição" é confiada a um só órgão apenas. No Brasil, tem o STF a atribuição de verificar a constitucionalidade das leis, algo muito mais grave do que a idéia de interpretação sistemática. Esta, em nosso país, deve ser feita por todos os juízes, inclusive pelo Supremo, sem, entretanto, vincular a todas as jurisdições. Como se pode ver, as dificuldades são grandes, decorrência da estrutura mista de controle. O que pode solucionar o problema é institucionalizar o entendimento de que somente o Supremo pode utilizar-se da *Verfassungskonforme Auslegung* como mecanismo de controle de constitucionalidade, em sede abstrata».

[409] L. SALVATO, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, febbraio 2015, Disponibile su https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf, accesso il 15 maggio 2023.

Sezione II – L'interpretazione giurisdizionale attraverso l'influenza del giudice sovranazionale

La giustizia costituzionale, nella sua molteplicità e complessità, viene sottolineata dall'interazione tra i vari livelli di giudici: costituzionali, regionali e sovranazionali. Questi ultimi, come gli stessi giudici della Corte Europea dei Diritti Umani (Corte EDU) e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Corte UE) in Europa, o la Corte Interamericana dei Diritti Umani (Corte IDH) nelle Americhe, svolgono un ruolo fondamentale nella tutela dei diritti fondamentali, in particolare per quanto riguarda i cosiddetti nuovi diritti. Il controllo di legittimità convenzionale o comunitario esercitato da queste corti sovranazionali spinge i giudici ordinari a interpretare le norme in conformità non solo con la Costituzione nazionale, ma anche con i diritti fondamentali delineati nei rispettivi ordini sovranazionali.

In tale contesto multidimensionale, emerge la questione del decentramento o dell'accentramento del potere giudiziario costituzionale e del suo rapporto con le corti regionali e sovranazionali. Il giudice costituzionale, navigando in queste acque complesse, si trova di fronte a un equilibrio delicato.

Da un lato, infatti, persiste la possibilità di un decentramento, che prevede l'apertura al dialogo con le corti regionali e sovranazionali. Questo percorso potrebbe ampliare le risorse ermeneutiche del giudice ordinario, offrendo una gamma più ampia di interpretazioni e quindi una comprensione più ricca dei diritti fondamentali. Tale processo di decentramento potrebbe portare a una maggiore uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione dei diritti umani.

Un ulteriore percorso di decentramento può essere quello parziale, in cui si consente alla corte regionale di dialogare con il giudice ordinario, ma il giudice costituzionale stesso non intraprende un dialogo diretto con la corte regionale.

D'altra parte, si presenta la possibilità di un accentramento, attraverso cui il giudice costituzionale mantiene un ruolo dominante, cercando di limitare l'influenza del giudice sovranazionale nel sistema giudiziario interno. Questa prospettiva potrebbe essere guidata dalla preoccupazione di preservare il ruolo e la rilevanza del giudice costituzionale nel sistema.

Un ultimissimo percorso è rappresentato dal ri-accentramento, con cui il giudice costituzionale, pur consapevole dell'interazione tra giudice sovranazionale e giudice ordinario, non solo si autoesclude dal dialogo, ma non permette neanche un dialogo tra la corte regionale e il giudice ordinario. Questa strada potrebbe portare a una maggiore autonomia per i giudici sovranazionali, ma potrebbe anche comportare il rischio di interpretazioni incoerenti e applicazioni dei diritti fondamentali. Un esempio di ciò si può riscontrare nel sistema accentrato della giovane democrazia rumena, in cui il sistema costituzionale post-comunista non autorizza i giudici ordinari a promuovere interpretazioni costituzionali creative. Tuttavia, la giurisprudenza delle corti di

Lussemburgo e Strasburgo ha legittimato i giudici nazionali a prendere decisioni più attiviste, anche in contrasto con le decisioni della Corte costituzionale[410].

[410] Sulla Corte costituzionale rumena come custode del sistema nazionale, rinvio il lettore all'articolo di B. SELEJAN-GUȚAN (*The constitutional court and others in Romanian constitutionalism – 25 years after*, in *ICL Journal*, 11(4): 565–584, 2017, p. 568-569). Il saggio sottolinea che alla Corte costituzionale è stato attribuito un profilo kelseniano di tribunale costituzionale. Anche se questo le ha garantito la posizione formale di custode della Costituzione, l'istituzione ha infine incontrato difficoltà nel far riconoscere le sue decisioni come vincolanti per i tribunali ordinari una volta iniziato il regime democratico. A tal riguardo, dall'avvento della Cost. 1991, Selejan-Guțan classifica l'affermazione pratica della Corte costituzionale in due momenti: 1) Quello intercorrente tra il1992 e il 2003, in cui i giudici ordinari non si sentivano obbligati a seguire le disposizioni del giudice costituzionale; 2) Quello intercorrente tra il 2003 e il periodo recente, in base a un emendamento costituzionale che ha fornito effetto *erga omnes* alle decisioni della Corte costituzionale, il che ha impattato sul modo in cui il giudice comune si sommetteva al giudice costituzionale. Se nel primo momento esso credeva che la sua deferenza fosse indirizzata soltanto al legislatore, dal secondo momento la deferenza si è ampliata per comprendere anche il giudice costituzionale. Per ulteriori delucidazioni in merito, rimando il lettore a H. ABAS FRAZÃO, *Accentramento o regressione? Un'analisi delle risposte del sistema costituzionale rumeno al dovere di primato del diritto comunitario*, in *Consulta online*, 2023. Inoltre, vale la pena sottolineare alcuni spunti presenti nella sentenza n. 104 del 6 marzo 2018 della Corte costituzionale rumena per illustrare che forse il rapporto tra giudice costituzionale e giudice ordinario in Romania sta vivendo un terzo e ultimissimo momento di dialogo, che comprende anche il giudice sovranazionale: in tale sentenza, il giudice costituzionale ha segnalato che il diritto dell'UE prevale su una norma a livello legale, ma non a livello costituzionale. Disponibile su: https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/201029. Né la Decisione 2006/928-CE (che, al di là di stabilire il MCV, ha stabilito una serie di obblighi di subordinazione del diritto nazionale della Romania al sistema europeo) potrebbe costituire un punto di riferimento per sottoporre il giudice costituzionale all'ordine dell'UE. A tal fine, ai sensi dell'articolo 148 della Cost. 1991, la Corte costituzionale ha manifestato che «[la Decisione 2006/928-CE] è stata adottata prima dell'adesione della Romania all'Unione e non è stata oggetto di alcun'interpretazione da parte della Corte di giustizia per quanto riguarda il suo contenuto, la sua natura giuridica e la sua durata nell'ambito del trattato di adesione». In risposta, il giudice sovranazionale, nella sua sentenza del 18 maggio 2021, dichiara che lo Stato rumeno è vincolato al primato del diritto comunitario e che la Decisione 2006/928-CE, così come qualsiasi atto della Commissione europea elaborato sulla base della stessa sentenza sovranazionale, può servire come fondamento per l'interpretazione diretta della Corte di Lussemburgo «senza che sia necessario a tal fine sapere se quegli atti siano vincolanti o meno». Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 18. 5. 2021 (versione in portoghese) nelle cause riunite C- 83/19, C-127/19, C-195/19, C-294/19, C-355/19 e C-379/19, Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e o., p. 23. Disponibile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CJ0083&from=IT. Accesso il 06 gennaio 2022. Nella stessa sentenza, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che «il principio del primato del diritto dell'Unione europea osta a una normativa nazionale di rango costituzionale in forza della quale un giudice di rango inferiore (ordinario) non dispone del potere di disapplicare, di propria iniziativa, una disposizione nazionale che rientra nel campo di applicazione dell'MCV ed è contraria al diritto dell'Unione». Se si stabilisce che il trattato UE o la decisione dell'MCV sono stati violati, il principio del primato del diritto dell'Unione impone al giudice il rinvio di non applicare più le disposizioni in questione, siano esse di origine legislativa o costituzionale. Ma, in replica, in una decisione della Corte costituzionale dell'8 giugno 2021, essa «ha constatato che gli organi giurisdizionali nazionali non hanno la facoltà di esaminare la conformità al diritto dell'Unione delle disposizioni nazionali dichiarate costituzionali dalla Corte costituzionale e che gli obblighi derivanti dalla decisione del MCV non gravano sugli organi giurisdizionali nazionali». *Relazione della Commissione europea sulla rule of law in Romania 2021*, versione in italiano, p. 25. Successivamente, la Corte di giustizia dell'UE torna poi ad affrontare la stessa questione il 21 dicembre 2021, in una decisione che segue quella del 18 maggio 2021. In questo frangente, la corte sovranazionale non solo afferma le stesse ragioni della sentenza precedente, ma esprime preoccupazione per il rischio che il primato del diritto dell'UE possa essere ignorato dalle autorità nazionali rumene, in particolare dai giudici costituzionali. In questo scenario, si è rivelato il rischio che i giudici comuni evitino l'applicazione del diritto nazionale in contrasto con il diritto comunitario per paura di sanzioni. Di fronte a un contesto che impedisce alla giustizia comune di esercitare il controllo di legittimità delle leggi in conformità al diritto comunitario, la giurisdizione esercitata da essa si riduce notevolmente, da un lato in termini di indipendenza funzionale, dall'altro in

In sintesi, il rapporto tra il giudice costituzionale, il giudice sovranazionale e il giudice sovranazionale è complesso e richiede un attento equilibrio tra l'accentramento e il decentramento del potere giudiziario costituzionale. La scelta tra i summenzionati percorsi dipenderà in gran parte dal contesto specifico, dalle priorità e dai valori del sistema giudiziario in questione[411].

In questa sezione, verrà pertanto proposto di esplorare la metamorfosi della relazione tra il giudice costituzionale e le corti regionali. Particolare enfasi sarà posta sul processo di decentramento, o meglio sull'armonizzazione del protagonismo, dal giudice costituzionale al giudice sovranazionale. Il concetto di decentramento in questo contesto trascende l'ambito giuridico e si presenta come un indicatore di progresso e di cambiamento nel panorama del diritto costituzionale comparato, suggerendo dinamismo ed evoluzione in corso.

Il caso italiano assume un'importanza particolare, grazie al suo marcato contrasto con la situazione francese, che sarà analizzata successivamente. In Francia si riscontra infatti un modello di decentramento parziale, caratterizzato da un'integrazione tra il sistema domestico e il sistema regionale, eppure il giudice costituzionale nazionale rimane restio ad avviare un autentico dialogo con il giudice sovranazionale. Questo contrappunto non solo valorizza l'analisi della presente tesi, ma offre anche un ulteriore strato di complessità, ampliando l'orizzonte dell'esame e arricchendo la profondità della discussione.

Questo panorama si amplia ulteriormente con l'inclusione del caso brasiliano, in cui la Corte suprema si presta a uno pseudo-dialogo, sovrapponendosi al discorso giurisprudenziale della Corte IDU. In altre parole, la Corte suprema brasiliana aderisce alle decisioni della Corte regionale solo quando la propria interpretazione coincide con la giurisprudenza regionale.

La contrapposizione tra questi Paesi non è una semplice questione di definizione, ma mette a fuoco le diverse opzioni e strategie che possono essere scelte nei vari sistemi costituzionali. Di conseguenza, si rende necessario un riesame dei concetti di accentramento e decentramento (o diffusione) precedentemente introdotti, al fine di riflettere più accuratamente il contenuto dell'analisi.

---

411 A. RUGGERI, Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri, in *Revista AIC*, 2011, nº 2, 21.

1. Condivisione e "margine di apprezzamento" di fronte alla CEDU

Questo paragrafo affronterà il concetto di "condivisione" e il concetto di "margine di apprezzamento" nel contesto del dialogo tra il giudice costituzionale italiano e il giudice della Corte EDU. A tal proposito, la condivisione serve a garantire un'applicazione efficace e coerente dei diritti fondamentali riguardanti le dimensioni costituzionale e fondamentale. Ciononostante, il "margine di apprezzamento" è un concetto chiave nel sistema EDU — senza corrispettivi paralleli nel sistema interamericano omologo — che consente una certa flessibilità nell'applicazione delle norme in base alle specifiche circostanze nazionali. Nel contesto della CEDU, quindi, il giudice costituzionale deve verificare se l'interpretazione delle leggi nazionali rispetta i principi fondamentali della costituzione e se si mantiene entro i limiti del margine di apprezzamento. Tale meccanismo, da un lato, può facilitare la conversazione tra i giudici implicati; dall'altro, rischia di inibire una maggior influenza dei nuovi diritti europei nel sistema costituzionale.

Infatti, la sovranità costituzionale nell'attuale panorama geopolitico si articola tra diversi livelli o dimensioni di tutela giurisdizionale – locale e globale, nazionale e sovranazionale ecc. Il giudice costituzionale, nondimeno, opera come punto di snodo cruciale in questa complessa architettura; anche se non è un giudice prevalente, egli ha il compito di preservare un equilibrio dinamico tra le diverse sfere giuridiche.

In altre parole, oltre a interpretare le disposizioni della costituzione del proprio Paese, i giudici costituzionali devono monitorare il dialogo instaurato dal giudice nazionale con la Corte di Strasburgo, considerandolo nel proprio quadro di riferimento[412]. Tale dialogo si attiva quando vi è un sospetto di violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Ciononostante, il giudice costituzionale deve altrettanto verificare se l'interpretazione delle leggi nazionali in relazione alla CEDU rispetta i principi

[412] S. GREER, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006; M. JANIS — R. KAY — A. BRADLEY, *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford University Press, 2008.

fondamentali della Costituzione[413]. A proposito, se l'interpretazione proveniente da Strasburgo contravviene al "margine di apprezzamento", il tribunale costituzionale assume la facoltà di non considerare la giurisprudenza regionale nel giudizio di legittimità delle leggi nazionali[414].

A titolo illustrativo, in Italia la CEDU, a seguito delle cosiddette sentenze "gemelle" (nn. 348 e 349 del 2007), viene considerata una "norma interposta" nel sistema costituzionale. Ciò vuol dire che la norma interposta non produce effetti diretti nell'ordinamento nazionale, in quanto si tratta di uno standard subordinato alla Cost. 1947, nonostante sia esplicitamente collegata a essa, conformemente all'art. 117 (1) della disposizione costituzionale[415].

D'altro canto, il diritto dell'Unione Europea ha effetto diretto, vale a dire può essere invocato autonomamente dai giudici ordinari per superare una legislazione nazionale che si trovi in contrasto[416]. Va comunque sottolineato che tale autonomia non si estende all'applicazione della CEDU.

In tal senso, quando il giudice ordinario italiano identifica un conflitto tra una legge interna e la CEDU, anziché disapplicare la norma oggetto di discussione, ha il potere di sollevare la presunta illegittimità della legge che contrasta lo standard EDU davanti alla Corte costituzionale. Tuttavia, è importante sottolineare che soltanto il giudice costituzionale ha l'incarico di disapplicare la legge interna che viola la norma EDU, e ciò solo se essa è compatibile con i principi costituzionali fondamentali. Il risultato dell'esclusone di una legge interna dal caso specifico a causa del suo contrasto con la CEDU rappresenta il decreto della sua incostituzionalità. Pertanto, il meccanismo di interazione tra le corti (costituzionale e EDU) dipende, in questo contesto, dal margine di apprezzamento nazionale.

---

413 R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale… (2017-2019)*, *op. cit.*, p. 40.

414 Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002.

415 D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 2007, p. 1.

416 R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"…, pp. 12-13.

In aggiunta a ciò, sebbene la CEDU venga utilizzata come "parametro" per esaminare la legge domestica dinanzi alla Corte costituzionale, sempre associata alla Costituzione stessa, non ha lo stesso *status* del diritto dell'UE. Questo è un elemento chiave nel dibattito sul decentramento della giustizia costituzionale in Italia. Lo *status* della CEDU come norma interposta implica che i giudici devono verificare *in primis* la conformità dello standard europeo alla Costituzione italiana, prima di volgerlo al caso individuale. Se le interpretazioni basate sulla Cost. 1947 e sulla CEDU entrano in conflitto, prevale l'interpretazione basata sulla Costituzione, riflettendo così la preminenza della Costituzione italiana sulla CEDU[417].

Infatti, la CEDU possiede una certa superiorità rispetto alle leggi ordinarie successive, anche se essa risulta condizionata. In caso di incompatibilità tra le norme interne e le norme della CEDU, il conflitto sulla legittimità della norma interna si trasformerà in una questione di legittimità costituzionale, la quale verrà risolta dal giudice costituzionale[418].

In relazione alla giurisprudenza della Corte EDU, il giudice costituzionale italiano, attraverso la sua sentenza n. 49/2015, ha stabilito un salutare limite all'efficacia vincolante delle interpretazioni della CEDU effettuate dalla stessa Corte di Strasburgo. In virtù di tale criterio, i giudici comuni italiani, nel loro dovere di interpretare la CEDU, sono invitati a fondare le loro riflessioni principalmente su quelle decisioni della Corte Europea che incarnano un "orientamento consolidato". Ciò implica che dovrebbero dare maggior peso alle sentenze che sono espressione di una giurisprudenza ben radicata e stabile nel tempo, piuttosto che a decisioni isolate o di recente formazione che potrebbero non avere ancora raggiunto un consenso ampio o una solidità temporale[419].

L'atteggiamento discrezionale della giustizia costituzionale italiana riguardo alla Corte EDU sembra, principalmente in relazione al margine di apprezzamento e all'idea di "orientamento consolidato" (un concetto vago e indefinito che tende a scoraggiare il

---

[417] Cfr. sentenza n. 349 del 2007, punto 6.1 e punto 6.2 in diritto.

[418] Cfr. D. TEGA, *La Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali* 2/2007.

[419] R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"…, pp. 12-13.

giudice ordinario dal dialogare con il giudice della Corte Europea dei Diritti Umani – EDU e dal prenderlo come punto di riferimento), stabilire barriere per un dialogo giudiziario che comporti un'influenza reciproca. Ciò si verifica perché il giudice costituzionale tende a essere, almeno in parte, resistente alla dottrina della Corte EDU, che innova la dottrina della Corte costituzionale in materia di diritti umani.

Per quanto riguarda "l'orientamento consolidato", sembra corretto a prima vista che il giudice nazionale preferisca interpretare la legge nazionale in conformità con il precedente europeo più "sostanzioso", dimodoché si rafforzi nel tempo e finisca per acquisire una condizione più intensa di *hard law* grazie alla coesione con cui preserva l'essenza o il nucleo fondamentale dei diritti umani nel corso del tempo. Così, le orientazioni o interpretazioni "consolidate" della Corte EDU tendono ad essere seguite dal giudice comune con un minor potenziale di censura da parte del giudice costituzionale.

Tuttavia, in questa prospettiva, se non esiste un "orientamento consolidato" della Corte EDU, vale a dire un precedente debitamente riconosciuto come tale dal giudice costituzionale, il giudice comune avrebbe teoricamente più libertà di interpretare la legge nel modo che ritiene più appropriato, anche se esiste un precedente più recente di Strasburgo, o non consolidato, che potrebbe essere trascurato per il giudizio del caso individuale. Tuttavia, il ruolo della Corte Europea dei Diritti Umani non può essere sostituito nel contesto del diritto interno.

In effetti, Alberto Randazzo[420], con l'obiettivo di ispirare i giudici comuni ad associarsi di più alla Corte EDU, introduce il concetto di "sentenza-pilota", che è un precedente importante di Strasburgo avente la possibilità di servire da guida per decisioni future. Il giudice ordinario deve essere consapevole di queste "sentenze-pilota" e, in generale, si prevede che le segua, anche se non sono un "orientamento consolidato". A tal proposito,

> Non si comprende sulla base di quale fondamento normativo il giudice interno non debba ritenersi vincolato alla giurisprudenza EDU anche in assenza di un orientamento consolidato, sempre che l'operatore non si trovi dinanzi ad una "sentenza-pilota" (anch'essa considerata vincolante), la cui riconoscibilità è pur sempre a lui affidata; ancora una volta, l'art. 46 CEDU pare di ardua conciliabilità con quanto ora detto. È ovvio che nulla vieterebbe

[420] A. RANDAZZO, Il ruolo dei giudici comuni e i loro rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo dinanzi alle "nuove domande di giustizia", in *Costituzione e Carte dei diritti fondamentali* - 25 giugno 2021 n. 1803.

> (o potrebbe vietare) ad un giudice di seguire l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo anche in assenza di un orientamento consolidato, la cui sussistenza sarebbe comunque affidata all'operatore interno; a tal proposito, quest'ultimo sarebbe chiamato a prendere in considerazione una serie di indici, ai quali fa rimando la Consulta e la cui presenza indicherebbe la mancanza del suddetto orientamento[421].

Pertanto, il giudice comune può decidere di seguire l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, anche in assenza di un "precedente consolidato". Spetta al giudice comune interpretare la legge nazionale in base ai parametri europei ogni qualvolta può proteggere in modo migliore i diritti delle persone coinvolte.

In Francia, invece, il rapporto tra diritto nazionale ed europeo è caratterizzato dal principio di "*cloisonnement*" (compartimentalizzazione). Secondo questo principio, stabilito dal *Conseil constitutionnel* nel 1975[422], la Costituzione francese e le norme provenienti dalla CEDU e dall'Unione Europea operano in parallelo, ma separatamente tra loro. Questo comporta, *a priori*, una minore interazione tra il giudice nazionale e quello sovranazionale; quindi, si potrebbe osservare che l'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per esempio, tende a essere meno marcata in Francia piuttosto che in Italia.

Tuttavia, Guy Canivet sostiene che, in pratica, la compartimentalizzazione sia, in realtà, "illusoria"[423]. In tal senso, il Consiglio costituzionale ha dovuto prendere in considerazione sia la legislazione dell'Unione Europea, sia la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel suo controllo di costituzionalità della legge. La presunta compartimentalizzazione è, in verità, limitata solo al controllo di costituzionalità della legge stessa, dal momento che non si applica quando deve essere valutata la conformità dei trattati con la Cost. 1958, neanche quando lo standard regionale (CEDU) è valutato in maniera sistematica con la Costituzione medesima, al fine di rileggere la legge nazionale.

---

[421] A. RANDAZZO, Il ruolo dei giudici comuni e i loro rapporti…, p. 7

[422] *Conseil Constitutionnel*, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

[423] G. CANIVET, *L'incontournable question de l'application du droit européen par le juge constitutionnel français*. Conférence organisée par l'Académie de Droit Européen (Dr. Karine Caunes) sur la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Trèves, 18-19 juin 2015, disponibile su https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/l-incontournable-question-de-l-application-du-droit-europeen-par-le-juge-constitutionnel-francais. Accesso il 6 giugno 2023.

In tal senso, il metodo adottato dal *Conseil constitutionnel* a partire dalla giurisprudenza del 1975, benché non sia privo di efficacia, si espone ora a un paradosso, poiché il Consiglio ha tentato di coordinare i diritti umani esistenti, sia quelli di natura nazionale, sia quelli di natura regionale (CEDU), senza tuttavia abbandonare la postura giurisprudenziale stabilita nel 1975. In linea generale, la situazione porta il Consiglio a verificare la conformità delle leggi francesi allo standard europeo in maniera sistematica. Tuttavia, la dottrina francese è critica in merito, sostenendo che si manchi di trasparenza metodologica e si permetta al Consiglio di avvicinarsi o allontanarsi dalle interpretazioni dei diritti fondamentali perorate dai tribunali europei senza giustificare le sue decisioni[424].

In definitiva, la concordanza tra la CEDU e il giudice costituzionale può anche affrontare la questione del merito legislativo. Su questo, un punto cruciale consiste nel fatto che, a differenza della prassi giuridica dell'UE, non interviene direttamente sugli atti legislativi europei, limitandosi piuttosto all'analisi delle decisioni giuridiche prese dagli Stati membri. Per esempio, emerge chiaramente tale distinzione osservando il ruolo del *Conseil constitutionnel*, il quale generalmente si sottrae dal valutare la legittimità delle decisioni legislative[425]. Tale atteggiamento si contrappone nettamente a quello della Corte Europea, che non esita a indagare le scelte del legislatore nell'analisi delle risoluzioni giuridiche degli Stati aderenti.

Tuttavia, la Corte di Strasburgo può concedere uno "spazio di valutazione" agli Stati, evitando, ad esempio, di condannare Austria e Francia in merito al rifiuto di legalizzare il matrimonio e l'adozione per le coppie omosessuali, a patto che non si riscontri un consenso all'interno del Consiglio d'Europa. Ciò implica che il *modus operandi* della Corte di Strasburgo non sia tanto influenzato dalla capacità decisionale di un Parlamento democraticamente eletto, quanto dall'assenza di un orientamento prevalente a livello europeo, o, più esattamente, dalla presenza di un orientamento opposto.

---

[424] G. CANIVET, *L'incontournable question de l'application du droit européen par le juge constitutionnel français*…

[425] M. LOUIS C. et autres, Commentaire. Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, in *conseil-constitutionnel.fr*, disponibile su https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2011173qpc/ccc_173qpc.pdf, accesso il 20 maggio 2023.

Se tali impedimenti non sussistono, i magistrati europei si ritengono autorizzati a riesaminare le decisioni adottate dalle autorità nazionali. Esemplare in tal senso è il caso Jäggi contro Svizzera del 2006[426]. In tale occasione, la Corte Europea stabilì che il diritto di conoscere la propria origine aveva la precedenza sul diritto al riposo eterno del defunto, contraddicendo così la decisione delle autorità svizzere[427].

Però, gli articoli 61-1 e 61 della Cost. 1958, pur supponendo una violazione dell'intendimento, non attribuiscono al Consiglio costituzionale un potere decisionale di natura simile a quello del Parlamento; tali articoli assegnano semplicemente al *Conseil* la competenza di decidere sulla conformità di una disposizione legislativa con i diritti e le libertà costituzionali[428]. Di conseguenza, il legislatore, richiedendo che un individuo abbia espressamente dato il suo consenso in vita per la realizzazione di un'analisi genetica sul suo corpo dopo la morte, ha voluto, secondo il Consiglio Costituzionale, «*faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts*» [impedire le esumazioni per garantire il rispetto dei defunti][429]. In quest'ottica, a differenza del precedente della Corte EDU Jäggi contro Svizzera, il giudice costituzionale francese ha preferito rimandare la questione di merito politico alla valutazione discrezionale del Parlamento[430].

La mancanza di congruenza e di profondità nell'interazione tra il giudice costituzionale e il giudice della Corte di Strasburgo, soprattutto in questioni di rilevante peso politico, rappresenta un problema giuridico sostanziale. Nella situazione in cui il compito di risolvere l'ingiustizia relativa a una questione politica sia delegato al Parlamento, emergono implicazioni che possono risultare difficili da decifrare.

Il problema si intensifica quando le questioni sociali coinvolte sono mal definite, cosa che tende a complicare la dinamica tra le diverse istanze giurisdizionali e

---

[426] CEDH, 13 juillet 2006, Jäggi c. Suisse, n° 58757/00 : RTD civ. 2006, p. 727, obs. Marguénaud ; RTD civ. 2007, p. 99, obs. Hauser.

[427] M. LOUIS C. et autres, Commentaire. Décision n° 2011-173 QPC…

[428] Cfr. *Conseil Constitutionnel*, Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011.

[429] M. LOUIS C. et autres, Commentaire. Décision n° 2011-173 QPC...

[430] François CHÉNEDÉ - Pascale DEUMIER, *L'oeuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille*, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n. 39 (dossier : la Constitution et le Droit des personnes et de la famille), avril 2013, disponibile su https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-oeuvre-du-parlement-la-part-du-conseil-constitutionnel-en-droit-des-personnes-et-de-la-famille, accesso il 18 maggio 2023.

legislative[431]. Di conseguenza, si può creare una zona di assenza di supervisione costituzionale, la cui esistenza è problematica, in quanto ostacola una chiara comprensione o delimitazione del dialogo giudiziario.

La prospettiva secondo cui la possibilità di una critica del giudice costituzionale nei confronti del giudice europeo possa offrire uno spazio di dialogo risulta essere rilevante. Tuttavia, quando la reazione allo standard europeo diventa eccessiva, comportando un ampio potere discrezionale attribuito al sistema giuridico nazionale per rifiutare di assorbire influenze esterne, può verificarsi un'atrofia del diritto interno nell'incorporazione di "nuovi diritti". Inoltre, il dialogo può trasformarsi in una simulazione superficiale: il giudice costituzionale può quindi assumere una posizione gerarchica rispetto al giudice di Strasburgo, filtrando selettivamente le pronunce della Corte europea che dovrebbero influenzare l'operato dei giudici comuni nazionali.

Nel contesto di una giurisprudenza sovranazionale che conferisca nuovi diritti ai sistemi giuridici nazionali coinvolti, l'assenza di una coordinazione efficace tra il giudice costituzionale, il giudice della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune nazionale può comportare una scarsa precisione e un’insufficiente coerenza nell'applicazione delle norme e dei principi giuridici pertinenti. Pertanto, è imperativo stabilire una conversazione più ampia e approfondita tra le due istanze giudiziarie, al fine di garantire efficacia e linearità nell'applicazione del diritto.

2. Verso una condivisione complessiva con l'UE: il caso italiano

Nel periodo compreso tra il 2011 e il 2013[432], la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ha affrontato una proposta avanzata da Roberto Romboli, che può

---

[431] I. A. ANRÒ, Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e della Corte europea dei diritti dell’uomo, in A. ODENNINO, E. RUOZZI, A. VITERBO, F. COSTAMAGNA, L. MOLA, L. POLI (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell’ordinamento internazionale e nell’ordinamento comunitario: atti dell’Incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Napoli, 2010, p. 10; cfr. altresì R. MORELLI, Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale, in *www.cortecostituzionale.it*, 20 settembre 2013, p. 4.

[432] ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale… (2011-2013)*, *op. cit.*, p. 37; cfr. altresì su questo punto, cfr. MALFATTI, E., PANIZZA, S., ROMBOLI, R., *op. cit.*, p. 349-350.

essere definita provocatoria[433] a dir poco: trasformare il modello di giustizia costituzionale italiana da un approccio misto a uno duale.

Il Professor Romboli focalizza la sua attenzione sul delicato equilibrio necessario in un contesto in cui interagiscono sovranità nazionale e sovranazionale, sia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), sia dell'Unione Europea (UE). Tali interazioni sollevano complessi interrogativi sull'applicazione delle leggi in caso di presunto conflitto tra le normative nazionali e il parametro costituzionale o regionale.

Romboli propone una raffinata reinterpretazione del sistema costituzionale italiano[434], il quale, di fronte all'impossibilità di conferire un'interpretazione adeguata a una legge nazionale, presenta due alternative di rilievo. La prima opzione consiste nell'esercitare la facoltà di disapplicare le norme nazionali che entrano in conflitto con il diritto comunitario, offrendo così un esempio di controllo diffuso. La seconda opzione, in netto contrasto con la precedente, prevede il sollevamento della questione di illegittimità davanti alla Corte costituzionale, anche nel caso in cui la non conformità violi il sistema europeo dei diritti umani, configurando così una forma di controllo accentrato di notevole rilevanza.

Il Professor Romboli osserva un "dualismo" nel sistema di giustizia costituzionale in Italia, con una particolare attenzione riservata al diritto costituzionale e al diritto dell'Unione Europea. Tale peculiarità si sottolinea in virtù del coinvolgimento maggiormente significativo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sede in Lussemburgo, nel contesto giuridico italiano[435].

La Corte costituzionale italiana, infatti, ha adottato un approccio di "diffusione" a partire dalla sentenza Granital (n. 170 del 1984), in cui ha seguito i principi già

---

[433] Cfr. MALFATTI, E., *Tendencias en los procedimientos en vía incidental de la 'difusión' hacia una nueva centralización*, in GONZALES MANTILLA, G. (coord.), *Cultura constitucional y derecho vivente…, op. cit.,* p. 320.

[434] R. ROMBOLI, I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli, in *Forumcostituzionale.it*., p. 24.

[435] D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: …*, *op. cit.*, p. 2.

enunciati nella sentenza Simmenthal (Corte di giustizia, C-106/77 del 1978[436]), pronunciata dal giudice dell'UE. La Corte italiana ha così permesso ai tribunali nazionali di rivolgersi direttamente al giudice dell'Unione e di non applicare il diritto nazionale quando in contrasto con il diritto europeo. Questo potere del giudice comune di "resistere" alla legge è stato ulteriormente rafforzato dopo il Trattato di Lisbona, quando l'ordinamento comunitario si è dotato di una vera e propria Carta dei diritti fondamentali, conferendo al giudice comune italiano un ruolo più rilevante nella tutela dei diritti.

In questo scenario, anziché sollevare questioni di incostituzionalità davanti alla Corte costituzionale, i tribunali comuni dovrebbero assumere un ruolo più attivo nell'interpretazione delle norme costituzionali, alla luce dei principi europei. Questa prospettiva consentirebbe di evitare conflitti di competenza tra i giudici comuni e la Corte costituzionale, nonché di garantire una maggiore coerenza nella tutela dei diritti fondamentali.

Sebbene in passato la Corte costituzionale abbia esitato nel promuovere un dialogo tra la giurisdizione costituzionale e la giurisdizione della Corte di Lussemburgo, oggi possiamo affermare che tale dialogo è ora molto più comprensivo. Infatti, la Corte di giustizia dell'Unione Europea (UE) dialoga sia con il giudice ordinario, sia con il giudice costituzionale. Il dialogo tra il giudice sovranazionale dell'UE e il giudice ordinario è di tale importanza che sta attualmente sollevando domande sulla pratica del controllo diffuso di illegittimità della legge in Italia. Tuttavia, l'interazione tra i giudici

---

[436] Effettivamente, esiste una complessa linea giurisprudenziale secondo la quale i trattati europei non fanno parte del "diritto internazionale comune, ma hanno creato un ordine giuridico autonomo". Pertanto, essi non devono essere interpretati come trattati di diritto internazionale (orientati alla volontà delle parti contraenti e interpretati restrittivamente se limitano la propria sovranità), ma come diritto nazionale, ovvero in base alla loro finalità oggettiva, indipendentemente dalla volontà degli Stati. Queste decisioni sono correttamente considerate rivoluzionarie. Senza di esse, l'UE sarebbe forse ancora un'organizzazione internazionale tra le altre, certamente con maggiori competenze e una struttura organizzativa più complessa, ma non sarebbe quella singolare ibridazione tra organizzazione internazionale e Stato federale che da allora la costituisce", vedi, tra molte altre, D. GRIMM, La forza della UE sta in un'accorta autolimitazione, in *Nomos* 2/2014, pp. 1 ss., in part. p. 5. È da ricordare che è stata la Corte di giustizia a definire i principi, ossia le regole generali non scritte, che stabiliscono precisamente come lo Stato membro adatta l'ordinamento di cui è portatore al sistema giuridico comunitario, cfr. ad esempio LA PERGOLA, Costituzione e integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 815 ss., p. 818.

può essere vista con preoccupazione in termini di giurisdizione costituzionale, in quanto potrebbe diminuire il prestigio del giudice costituzionale come guardiano del sistema[437].

All'inizio, la Corte costituzionale italiana ha manifestato un certo grado di esitazione nel recepire direttamente il sistema comunitario, specialmente in relazione all'atteggiamento adottato dai giudici di merito. Tale reticenza era prevalentemente ancorata alla sua struttura, concepita per un ordinamento di giustizia costituzionale di tipo centralizzato. Quest'ultimo presuppone una natura vincolante della legge a livello tecnico, con l'assunzione da parte della giurisprudenza dello stesso peso solo occasionalmente, ovvero quando è emanata dal giudice custode.

Durante la fase iniziale d'interazione con la Corte di Lussemburgo, l'ente giuridico italiano ha costantemente esortato alla cautela nel conferire ai magistrati nazionali qualsiasi potere di disapplicazione della legge. In effetti, nel suo legame tra il diritto nazionale e quello dell'Unione Europea, ha mantenuto una posizione tendenzialmente internazionalistica[438].

La trama prosegue con la sentenza n. 170 del 1984, facente riferimento al caso Granital, e i successivi chiarimenti che hanno delineato un sistema di coesistenza tra i due ordini giuridici, diverso dal sistema iniziale denominato "internazionalisco". In questo secondo contesto emerge un quadro di giustizia costituzionale in Italia che si allinea all'adesione ai principi e alle regole del diritto comunitario. Un'evoluzione in tal senso ha per forza di cose comportato l'adozione di forme incidentali di accesso alla giustizia sovranazionale, come il rinvio pregiudiziale presso la Corte di giustizia dell'UE

---

[437] Questa prudenza, inoltre, ha motivato la Corte costituzionale a seguire, nelle sue sentenze 'gemelle', l'idea che la disapplicazione della legge da parte dei giudici comuni non si applica al diritto convenzionale, ma solo al diritto comunitario e nei suoi stretti limiti. In questo senso, è stato spiegato che il diritto convenzionale non fa parte del diritto comunitario e non deve essere confuso con esso, anche se il diritto convenzionale ha influenzato indirettamente la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e pur avendo un riferimento testuale nell'articolo 6 del trattato sull'Unione europea. In effetti, secondo la corte italiana, i principi del sistema della Cedu sarebbero ampi e indeterminati e non sarebbero strutturati e formulati in modo comparabile alle norme che hanno effetto diretto nell'ordinamento giuridico comunitario. Dunque, dalle sentenze "gemelle" si deve concludere che i giudici comuni non hanno il potere di disapplicare il diritto interno quando è in conflitto con l'ambito convenzionale. CARTABIA, M., *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in Giurisprudenza costituzionale, anno LII, fasc. 5, 2007, p. 3566.

[438] Conforti, B. (1991), Conclusioni, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 15 e 16 ottobre 1990*, Milano, pp. 191 ss.

e la delega della giurisdizione di quest'ultima al giudice ordinario, affinché egli possa astenersi dall'applicare la legge nazionale contraria al parametro comunitario[439].

Nonostante un crescente interesse verso il diritto dell'Unione Europea, la Corte costituzionale italiana inizialmente non si considerava giudice di ultima istanza e quindi non era soggetta all'obbligo di rinvio pregiudiziale. Di conseguenza, affidava al giudice comune la questione di compatibilità con il diritto comunitario, costringendolo a effettuare il rinvio sotto la minaccia di una dichiarazione di inammissibilità. Successivamente, la Corte costituzionale ha cominciato autonomamente i rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia e, più recentemente, ha eliminato l'obbligo di non applicazione delle norme interne in conflitto con i diritti sanciti nella Costituzione e nella Carta dei diritti dell'UE[440]. Tale cambiamento è avvenuto dopo l'instaurarsi di un "dialogo diretto" con la Corte di Giustizia, riducendo, così, la necessità di dare priorità alla questione europea. La decisione n. 269 del 2017 è il risultato di una giurisprudenza costituzionale che ha cercato progressivamente di riaffermare il proprio ruolo nella protezione dei diritti.

Con riguardo alla "prima fase", quando il giudice costituzionale ha limitato la propria partecipazione al dialogo con la Corte di Strasburgo, all'interno del contesto della "doppia pregiudizialità", ovvero quando si sono verificate possibili violazioni simultanee della Costituzione del 1947 e della Carta dei diritti dell'UE, il giudice costituzionale ha delineato un percorso processuale che partiva da Lussemburgo per, successivamente, approdare a Roma[441]. All'interno di questo quadro, la questione relativa all'Unione Europea venne affrontata inizialmente come presupposto logico-giuridico prima della questione di costituzionalità corrispondente.

Nel contesto precedente, il giudice comune era tenuto, in conformità ai principi di supremazia e di diretta applicabilità del diritto comunitario, a "disapplicare" le norme interne in caso di conflitto con il diritto comunitario, sostituendole con quest'ultimo.

---

[439] M. NICOLINI – S. BAGNI, *Comparative constitutional justice*, Comparative public lae treatise, l'Aia, Eleven, 2021, p. 197-198.

[440] A. CARDONE, Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea, in *Consulta Online*, *Liber amicorum* per Pasquae Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione. III Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale, 2020, p. 345.

[441] A. CARDONE, Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità…, p. 344.

Tuttavia, se il giudice nazionale avesse nutrito dubbi sull'interpretazione corretta del diritto comunitario applicabile al caso, avrebbe potuto interrompere il procedimento e richiedere una risoluzione da parte della Corte di Giustizia secondo l'articolo 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Allo stesso modo, il giudice costituzionale affermava che l'interpretazione delle norme comunitarie prive di effetto diretto spettava esclusivamente alla Corte di Giustizia, nel caso in cui un esame di costituzionalità fosse condizionato da tale interpretazione. Di conseguenza, la Corte costituzionale rinviava gli atti pertinenti, lasciando aperta la possibilità di un eventuale riesame della questione una volta ottenute le necessarie delucidazioni (ordinanze n. 206/1976, n. 319/1996, n. 108 e n. 109/1998).

Infine, come già anticipato in precedenza, nella "fase iniziale", sebbene si consideri come regola generale che il giudice di ultima istanza sia vincolato all'obbligo di effettuare un rinvio pregiudiziale, a eccezione di situazioni "manifeste", "risolte" o "insignificanti"[442], con l'ordinanza n. 536/1995, la Corte costituzionale ha escluso per sé stessa la qualifica di "giudice nazionale", evitando così di dover sollevare i propri dubbi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Nella successiva fase, avviatasi con la pronuncia n. 269/2017, la Corte costituzionale ha introdotto una nuova direzione giurisprudenziale che ha mutato la consolidata posizione riguardante la supremazia del giudizio comunitario rispetto a quello costituzionale. Infatti, è stata stabilita la priorità della questione di costituzionalità nel caso in cui una legge entri in conflitto sia con il diritto costituzionale, sia con la Carta dei diritti dell'UE. Tale scelta si basa sulla natura intrinsecamente costituzionale della Carta, specialmente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e sull'imperativo e la necessità di emettere una decisione con effetti *erga omnes*. Secondo il Professor Romboli,

> La nuova giurisprudenza può quindi essere qualificata come una deroga alla posizione consolidata precedentemente assunta dalla Corte e trova il suo fondamento in due differenti elementi sopravvenuti: a) il riconoscimento del valore giuridico pari a quello dei Trattati istitutivi, attribuito alla Carta dei diritti dal trattato di Lisbona e b) la legittimazione della Corte costituzionale a effettuare rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, riconosciuta a se

[442] Cfr. sentenza della CJUE del 6 ottobre 1982, nella causa Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità, Causa 283/81. La questione di pronuncia pregiudiziale è stata sollevata dalla Corte suprema di cassazione italiana. L'obbligo di rinvio pregiudiziale è stato stabilito. La sentenza è riportata negli European Court Reports 1982 -03415.

> medesima prima nell'ambito del giudizio in via principale (2008), poi anche in quello incidentale sulle leggi (2013)[443].

Effettivamente, la Corte costituzionale, mediante la sua recente giurisprudenza, intraprende un'interazione diretta con il diritto comunitario nell'ambito della salvaguardia dei diritti, evitando così di rimanere sempre più emarginata per responsabilità propria. A tal riguardo,

> Per le ricadute, sotto il profilo esaminato relativo alla contrapposizione "accentrato-diffuso", la sentenza 269/2017, con le precisazioni ad essa apportate nel corso del 2019, riconosce al giudice la possibilità di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, sia prima dell'eventuale intervento della Corte costituzionale, sia dopo, specie ovviamente in caso di decisione di infondatezza ed addirittura di poter disapplicare, senza limiti, la disposizione ritenuta dalla Corte costituzionale non in contrasto con i principi della Costituzione, né con quelli della Carta dei diritti[444].

Stiamo navigando, quindi, in un'epoca di mutamento, nella quale si osserva una trasposizione dell'ordine delle questioni pregiudiziali, la cui delimitazione rimane peraltro ancora sfumata. Emergono, inoltre, riflessioni circa l'obbligo del giudice ordinario di non applicare la normativa nazionale in contrasto con i diritti riconosciuti dalla Carta, nonché sulla coerenza dell'approccio adottato dalla Corte costituzionale nei riguardi della giurisprudenza dell'UE.

Dopo la sentenza n. 269/17, il meccanismo di risoluzione della doppia pregiudizialità è diventato più complesso. Ora appare necessario distinguere se la norma dell'Unione Europea in conflitto con la legge nazionale sia contenuta nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (Cdfue) o in altre fonti del diritto europeo. Questa distinzione determina il corso d'azione del giudice. Se la norma è nella Cdfue, la questione di incostituzionalità viene affrontata prima di inoltrare la questione pregiudiziale all'Unione Europea. Se la norma non è nella Cdfue, si applica la "regola Granital" e si verifica, prima, la costituzionalità della norma nazionale[445].

---

[443] R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"…, p. 8.

[444] R. ROMBOLI, Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"…, p. 8.

[445] La distinzione aggiunge complessità al processo di risoluzione della doppia pregiudizialità, richiedendo un'analisi accurata da parte dei giudici per garantire la corretta applicazione del diritto costituzionale e del diritto dell'Unione Europea. A. CONSENTINO, Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee, in *Questione giustizia*, 06/02/2020, disponibile su https://www.questionegiustizia.it/articolo/doppia-pregiudizialita-ordine-delle-questioni-disordine-delle-idee_06-02-2020.php, accesso il 10 maggio 2023.

Nonostante la tendenza di ri-accentramento del giudice costituzionale in Italia, sembra fattibile constatare come il pronostico di Romboli[446] di un sistema duale di giustizia costituzionale nel Paese sia in via di sviluppo, specie tramite il costituzionalismo multilivello[447]. Ciò implica una rivalorizzazione del controllo accentrato, in cui il giudice costituzionale predefinisce nuove finestre di contato diretto affacciate sul contenzioso riguardante i diritti fondamentali. In alcuni casi, il giudice costituzionale, richiamato prioritariamente, può decidere di sollevare rinvii pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo.

Tuttavia, tale rivalorizzazione dell'accentramento appare come un indizio di una maggiore presenza del giudice costituzionale nel panorama della comunicazione pubblica interistituzionale e in una riduzione del canale di controllo diffuso creato dal diritto comunitario. Nonostante questa tendenza, emergono anche discussioni relative all'equilibrio tra l'urgenza dell'intervento della Corte costituzionale e la possibilità di un duplice rimedio delle questioni pregiudiziali. Inoltre, si pongono dubbi sull'eventuale transizione della Consulta verso un modello giuridico monista, distaccandosi in tal modo da un approccio dualista.

De facto, la possibilità di capovolgimento dell'ordine delle decisioni preliminari tra l'UE e le decisioni costituzionali, come accennato nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017, ha decretato la fine del modello tradizionale di relazioni tra l'UE e il diritto nazionale in termini di protezione dei diritti.

All'ombra di una vigorosa dialettica tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia Europea si pone dunque l'esigenza di un confronto reciproco. La Corte costituzionale, avendo il diritto di pronunciare la "prima parola", plasma il contesto e le

---

[446] R. ROMBOLI, I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2015, specie nelle pagine 26-29.

[447] I. PERNICE, Multilevel Constitutionalism in the European Union, in *European Law Review*, 2002, 1-15; A. SAJÓ —R. UITZ, Multi-layered Constitutionalism, Globalization, and the Revival of the Nation State, in *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism* (Oxford, 2017; online edn, Oxford Academic, 21 Dec. 2017), https://doi.org/10.1093/oso/9780198732174.003.0013, accessed 11 June 2023.

materie di discussione[448]. Tuttavia, non si tratta di un fine, bensì di un principio, ovvero l'inaugurazione di un dialogo, non la sua conclusione. Lo scopo non è tanto di imporre una narrazione unilaterale, quanto di innescare un discorso vivace, contribuendo a modellare le tradizioni costituzionali comuni, fondamentali nell'esegesi della Carta di Nizza.

Perciò, la Corte costituzionale non deve mai ambire a minare il primato del diritto europeo, bensì incentivare l'utilizzo di tecniche di scambio che promuovono l'interazione reciproca. Sollevare questioni di legittimità costituzionale prima di intraprendere il rinvio pregiudiziale rappresenta un preludio all'inclusione della Corte di Giustizia nel dibattito costituzionale, e della Corte costituzionale nel dibattito europeo, il che consente di avvalersi del suo contributo per la comprensione della Carta di Nizza.

In tale contesto dinamico, la Corte costituzionale si attribuisce la prerogativa di guidare il rinvio pregiudiziale in circostanze di eccezionale importanza costituzionale, richiedendo l'intervento della Corte di Giustizia: un intervento che non solo favorisce l'ordinamento italiano, ma risuona come un'eco benefica per tutti gli ordinamenti dei Paesi membri dell'Unione Europea. Parallelamente, la Corte costituzionale rivendica il diritto di intervenire nelle questioni che attengono alla tutela dei diritti fondamentali e di interpretarli in sintonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri[449].

In sintesi, l'ambizione della Corte costituzionale non è tanto l'ostruzione del dialogo giudiziario, quanto piuttosto il suo riavvio, nell'ottica di fornire un contributo sostanziale all'interpretazione e alla tutela dei diritti fondamentali e della costituzionalità.

Dunque, nonostante il ri-accentramento del giudice costituzionale, il sistema duale di giustizia costituzionale in Italia continua a svilupparsi, specialmente attraverso il costituzionalismo multilivello, o multidimensionale. La rivalorizzazione del controllo accentrato porta a una maggiore presenza del giudice costituzionale nella

---

[448] N. ZANON, Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della "precisazione" contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla "grande regola" Simmenthal-Granital, in *Identità nazionale degli stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, Celebrazioni del 70° anniversario della corte di giustizia dell'Unione Europea, Roma, Palazzo della Consulta, 5 settembre 2022, 1-22, disponibile su https://cortecostituzionale.it/jsp/consulta/convegni/5_sett_2022/Giornata-Studio-Zanon.pdf, accesso il 10 maggio 2023.

[449] N. ZANON, Ancora in tema di doppia pregiudizialità…, pp. 21-22.

comunicazione pubblica interistituzionale, ma non sembra ridurre il canale di controllo diffuso creato dal diritto comunitario. Il nuovo modello proposto da Romboli offre un'opzione tra la disapplicazione della norma e il sollevamento della questione di costituzionalità, mantenendo comunque la possibilità di ricorrere alla Corte di Lussemburgo per dubbi sull'interpretazione del diritto dell'UE[450].

L'interazione tra il giudice costituzionale, il giudice dell'UE e il giudice ordinario in Italia potrebbe rappresentare un indicatore tangibile dell'integrazione e dell'efficienza di un nuovo modello di condivisione giurisdizionale orientato a un dialogo olistico. Quest'ultimo, inevitabilmente, deve affrontare numerose sfide sistemiche e facilitare una reciproca influenza tra ciascun giudice coinvolto. Sarà particolarmente d'aiuto osservare il punto di vista di Diletta Tega[451] in merito al rinvio pregiudiziale proposto dall'Ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale, tramite il quale i giudici del Lussemburgo potrebbero pendere tra due estremi: da un lato, potrebbero optare per un atteggiamento tollerante nei confronti di una maggiore resistenza del giudice costituzionale o nazionale a seguire gli standard europei, consolidando o ampliando le concessioni precedentemente accordate dalla Corte di Giustizia, come nel caso del sistema francese. D'altro canto, potrebbero decidere di intraprendere un percorso meno convenzionale, introducendo interpretazioni più penetranti.

Nel secondo scenario, emerge un interrogativo rilevante, precedentemente affrontato anche nel confronto con la Corte EDU: l'autorità di disapplicazione della legge nazionale in contrasto con la normativa dell'UE potrebbe essere attenuata da un contro-limite rappresentato dall'obbligo di rispetto per uno dei principi fondamentali intrinseci al sistema nazionale?

Infatti, se il contro-limite viene stabilito come un'opportunità di orizzontalità e di consenso tra i giudici, l'argomento dell'osservanza di una coesistenza tra standard UE e le strutture fondamentali della costituzione sembra configurarsi come una riserva verso una legittimità dialogica tra sistemi, il che sembra essere opportuno. A tal proposito, il

[450] D. TEGA, *La Corte nel contesto*…, *op. cit.*, p. 184.

[451] D. TEGA, *La Corte nel contesto*…, *op. cit.*, p. 184.

modello Taricco e le sentenze n. 317 del 2009, n. 264 del 2012 e n. 85 del 2013 forniscono un quadro di riferimento importante per affrontare le succitate questioni.

Tuttavia, i contro-limiti rischiano di rappresentare un ostacolo al dialogo, il che potrebbe pregiudicare il potenziale di condivisione giurisdizionale, intesa come un'azione congiunta per un'interpretazione più ampia dei diritti, sul piano locale come sul piano globale.

La Corte costituzionale ha ribadito il suo impegno nel bilanciare tutti i diritti - costituzionali, nazionali, dell'UE - in un atto coerente con la prassi stabilita dal sistema CEDH. Questo esercizio di equilibrio si fonda su due pilastri fondamentali: il principio della massima espansione delle libertà e delle garanzie e l'importanza di garantire una tutela sistemica e non frammentata. Tali principi potrebbero diventare elementi chiave dei contro-limiti; tuttavia, quali implicazioni ne deriverebbero[452]?

3. Una non-condivisione con il giudice EU? Il caso del giudice costituzionale francese

La complessa relazione tra il *Conseil constitutionnel*, la legislazione dell'Unione Europea e la giurisdizione sovranazionale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) si colloca al centro del dibattito tra la sovranità costituzionale francese e gli impegni internazionali della Francia.

Nell'esaminare il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa e il successivo Trattato di Lisbona, il *Conseil* è stato chiamato a pronunciarsi sulla posizione della Costituzione rispetto ai trattati europei. L'interazione è avvenuta in un nuovo contesto, segnato dalla modifica costituzionale del 26 giugno 1992, che ha introdotto l'articolo 88-1, costituzionalizzando la partecipazione della Francia all'Unione Europea.

Nonostante l'articolo 88-1 della Costituzione del 1958 imponga la trasposizione delle direttive dell'UE nel diritto interno, la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*

[452] D. TEGA, *La Corte nel contesto*…, *op. cit.*, p. 254-257.

non è stata immediatamente modificata in tal senso, dal momento che ha continuato a considerare il diritto comunitario come diritto internazionale[453].

L'anno 2004, indubbiamente, ha rappresentato un periodo di cambio fondamentale nel panorama del diritto costituzionale rispetto all'incorporazione del diritto comunitario. In tale scenario, due decisioni hanno riscosso un'importanza significativa. La *Décision* DC n° 2004-496, emanata il 10 giugno 2004 e conosciuta come *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, ha imposto l'idea che la conversione nel diritto interno di una direttiva comunitaria scaturisce da un obbligo costituzionale che potrebbe essere ostacolato solo da una disposizione espressa specificamente contraria alla Cost. 1958.

In assenza di tale disposizione, spetta solo al giudice comunitario, interpellato se necessario per questioni pregiudiziali, accertarsi del rispetto da parte di una direttiva comunitaria sia delle competenze definite dai trattati, sia dei diritti fondamentali garantiti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea. Di conseguenza, le critiche rivolte contro le disposizioni legislative che si limitano a dedurre le conseguenze necessarie alle disposizioni incondizionate e precise di una direttiva, su cui il Consiglio costituzionale non è competente a pronunciarsi, sono prive di effetto.

Inoltre, la *décision* DC n° 2004-505, rilasciata il 19 novembre 2004 e chiamata *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, ha evidenziato l'indispensabile bisogno di un emendamento o una revisione pregressi della Costituzione nazionale prima di procedere alla ratifica del Trattato. Anche se il Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa non è stato poi ratificato, l'opinione del giudice costituzionale continua a essere di notevole rilevanza.

In ogni caso, tale cambio di direzione non ha modificato le intenzioni in base alle quali il sistema giuridico francese posiziona la sua Costituzione al vertice della gerarchia delle norme (punto di vista che nemmeno l'edificazione dell'UE è riuscita a

---

[453] Quindi, ad esempio, il giudice costituzionale esamina, senza riconoscergli alcuna specificità, nell'agosto 1994, la costituzionalità di una legge di trasposizione di una direttiva (Cons. cost. n° 94-348 DC del 3 agosto 1994, Legge relativa alla protezione sociale complementare dei dipendenti e per la trasposizione delle direttive n° 92/49 e 92/96 del 18 giugno e 10 novembre 1992 del Consiglio delle Comunità Europee, JORF 6 agosto 1994, p. 11482). A. LEVADE, Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série - Colloque du cinquantenaire, 3 novembre 2009, disponibile su https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-l-union-europeenne#note-22, accesso il 10 maggio 2023.

scalfire, poiché la costituzione dello Stato è vista ancora come sacra dal giudice costituzionale francese[454]).

In seguito, dopo l'introduzione della riforma francese della QPC (*Question Prioritaire de Constitutionnalité*), la Corte di Giustizia di Lussemburgo ha chiaramente evidenziato che l'istituzione di una via incidentale di costituzionalità nel sistema francese non potrebbe automaticamente ostacolare la legittimità del "controllo diffuso" propugnato dal diritto comunitario. In altri termini, sarebbe essenziale che il canale di dialogo tra il giudice ordinario e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea sia mantenuto libero da ingombri e che non si possano tollerare interferenze derivanti da disposizioni interne che prevedano procedure incidentali di controllo di costituzionalità delle leggi e che assegnino a tali procedure un carattere prioritario[455].

In effetti, seguendo la raccomandazione della Corte di Lussemburgo, i giudici nazionali sono autorizzati ad attivare il rinvio pregiudiziale. Tuttavia, persistono alcuni ostacoli che impediscono un dialogo completo e una condivisione efficace del potere tra la giurisdizione costituzionale e quella comunitaria.

Per esemplificare, consideriamo la decisione del Consiglio Costituzionale del 15 ottobre 2021, n. 2021-940 QPC[456]. Da questa decisione risulta evidente che, sebbene l'articolo 88-1 della Costituzione stabilisca che la trasposizione di una direttiva comunitaria nel diritto interno (o l'adattamento di un regolamento comunitario a quest'ultimo) sia un obbligo costituzionale, persistono le seguenti premesse.

La prima prevede il diritto di opporsi a tale trasposizione (o adattamento) nel caso in cui essa contraddica un principio intrinseco all'idea costituzionale della Francia, a meno che il potere costituente non abbia espresso il suo consenso. In tal senso, la posizione del Consiglio Costituzionale risulta nella disposizione in cui, in assenza di contestazione di tale norma o principio, esso non ha la competenza di verificare la

---

[454] Henry, B. 2007. L'influence de la construction d'un ordre juridique communautaire sur le droit constitutionnel français : L'intouchable droit constitutionnel français : mythe ou réalité ? In Molinier, J. (Ed.), Les influences de la construction européenne sur le droit français. Presses de l'Université Toulouse Capitole. doi:10.4000/books.putc.177

[455] *CGUE*, Melki e Abdeli, C-188 e 189/10, particolarmente §§ 44-45. Trovano conferma in tal senso anche le decisioni del 2017 e 2018 Global Starnet, C-322/16, § 23, come pure XC, YB, ZA, C-234/17, §§ 41-44.

[456] *Conseil constitutionnel*, 15 octobre 2021, n° 2021-940 QPC, Société Air France [Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée], cons. 9.].

conformità con la Costituzione delle disposizioni legislative che si limitano a trarre le conseguenze necessarie da disposizioni incondizionate e precise di una direttiva o di un regolamento dell'Unione Europea. Pertanto, tale competenza è esclusiva del giudice dell'Unione Europea, che, in via preliminare, deve verificare se la direttiva o il regolamento rispettano i diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione. Per la seconda, il Consiglio costituzionale insiste con l'intenzione di non essere obbligato ad attivare il meccanismo di rinvio pregiudiziale, come previsto dall'articolo 267 del TFUE[457], a causa di questioni circostanziali legate ai termini concessi per la presa di decisioni.

La complessità delle relazioni tra l'ordinamento giuridico dell'Unione Europea e la Costituzione nazionale francese si evidenzia nell'analisi comparativa delle sentenze delle massime corti francesi e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CJUE). L'esame mette in luce risoluzioni contraddittorie e l'adozione di criteri elastici, quali l'identità nazionale e i principi dell'identità costituzionale della Francia. L'applicazione di queste norme è influenzata da principi etici che guidano il comportamento delle giurisdizioni, come il rispetto per l'identità nazionale, la cooperazione leale e l'assistenza reciproca, fornendo uno spazio per la manifestazione di diverse strategie che oscillano tra potere e sottomissione, dominazione e resistenza, integrazione e separazione[458].

Nel contesto francese, la Costituzione nazionale, ancora fortemente legata alla concezione di norma derivante dal legislatore costituente e non dall'interpretazione dei giudici o da norme non scritte, deve adattare le sue pretese di supremazia, per rispettare la primazia del diritto comunitario, attraverso emendamenti costituzionali. Si osserva che la condivisione di giurisdizione tra giudici (costituzionali, dell'UE e ordinari) in Francia sembra più limitata rispetto a quanto non avvenga in Italia, come precedentemente osservato. Tuttavia, tale limitazione alla condivisione non deve tralasciare il fatto che esiste già un certo avvicinamento tra il diritto comunitario e il diritto costituzionale e che, in particolare, esiste un dialogo tra giudici ordinari e giudici

---

457 *Conseil constitutionnel*, 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 19.

458 G. CANIVET, Constitution française et droit de l'Union européenne : approche par la complexité des rapports de puissance juridique, in *RED* 2021/2 (N° 3), pp. 27-35.

dell'UE, sebbene il Consiglio Costituzionale continui a rifiutare di fungere da tramite per i rinvii pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo e di valutare la compatibilità delle leggi con i trattati internazionali.

La resistenza del giudice costituzionale francese all'apertura alla condivisione del potere con la scena sovranazionale non invalida, quindi, il ruolo cruciale della giurisdizione ordinaria e amministrativa nell'interpretazione dei principi generali e dei diritti fondamentali della comunità[459]. In questo processo, è fondamentale che i valori costituzionali dell'Unione siano chiariti e sviluppati in un dialogo continuo con i giudici nazionali.

Nel contesto di un costituzionalismo multilivello più profondamente condiviso, Dominique Rousseau[460] propone un intreccio più stretto tra il controllo di costituzionalità e quello di conformità ai trattati internazionali, aprendo un percorso potenziale per migliorare il dialogo tra il Consiglio Costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE).

Esaminando criticamente la decisione autonoma del Consiglio del 1975 di dichiararsi incompetente per valutare la conformità delle leggi ai trattati internazionali, Rousseau propone una revisione di tale posizione, il che potrebbe incentivare un dialogo più strutturato tra il *Conseil constitutionnel* e la Corte di Lussemburgo.

Ciò non comporta che il Consiglio debba venir meno al suo compito di custode della sovranità costituzionale francese. Al contrario, ne consegue che dovrebbe cercare meccanismi per equilibrare tale compito con l'obbligo di conformarsi alla legislazione dell'UE. Ciò potrebbe implicare una maggiore disponibilità a interagire con la CGUE, nonché una riconsiderazione del modo in cui le direttive dell'UE sono interpretate e incorporate nel diritto francese.

Un approccio di questa natura consentirebbe un'interazione più fluida tra la giurisdizione costituzionale francese e quella sovranazionale comunitaria, creando una struttura che favorisca una cooperazione armoniosa senza sacrificare la sovranità costituzionale francese. Il conseguimento di tale equilibrio potrebbe fungere da esempio

---

[459] G. CANIVET, Constitution française et droit de l'Union européenne…

[460] D. ROUSSEAU, La QPC, une culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle…, pp. 337-341.

per altre giurisdizioni nazionali che cercano di conciliare i propri obblighi internazionali con la protezione della propria identità costituzionale[461].

4. La condivisione tautologica tra giudice costituzionale e giudice IDH: il caso brasiliano

La *Corte interamericana de derechos humanos* (Corte IDH) svolge un ruolo cruciale nella tutela giuridica dei diritti umani in America Latina, nonostante il suo sistema di accesso sia considerevolmente limitato: solo gli Stati membri e la Commissione Interamericana dei Diritti Umani sono autorizzati a portare casi davanti alla Corte IDH (art. 61 della Convenzione Americana). Di conseguenza, l'accesso al giudice interamericano è "accentrato", in marcato contrasto con l'accesso più "diffuso" osservabile nel suo omologo europeo[462]. Infatti, un accesso più ristretto potrebbe diminuire l'influenza del giudice sovranazionale nel sistema interno. In aggiunta a ciò, è importante considerare che le difficoltà derivanti dalla struttura fisica ed economica dell'istituzione Corte IDH[463] ostacolano attualmente una sua attuazione più ampia e diretta.

Come soluzione fattibile per aumentare ed espandere la letteratura dei diritti nelle Americhe, il giudice sovranazionale ha adottato un approccio di "decentramento"

---

[461] D. ROUSSEAU, La QPC, une culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle…, pp. 337-341.

[462] Nello sviluppo del sistema della CEDU, il protocollo n. 11 ha segnato una vera svolta, stabilendo la giurisdizione della Corte su tutti gli Stati contraenti. È stato anche abolito il filtro della Commissione per introdurre la possibilità di un ricorso individuale alla Corte di Strasburgo. A causa di questa riforma, combinata con l'estensione geografica, il numero di domande è aumentato, il che a sua volta ha portato alla situazione di sovraccarico che oggi esiste nel sistema europeo. «Alla fine del 2011, oltre 151600 ricorsi erano pendenti dinanzi alla Corte EDU. Mentre la "vecchia" Corte, nell'organizzazione precedente alla riforma introdotta dal Protocollo n. 11, aveva reso meno di 1 000 sentenze, la nuova Corte ne aveva già pronunciate più di 14 000 prima della fine del 2011: si veda il rapporto annuale della Corte EDU per l'anno 2011, all'indirizzo http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/001F2457-5173-44B0-ADC8-B6E0DEC0B134/0/2011_Rapport_Annuel_FR.pdf, 14 e 155. Per permettere alla Corte di gestire l'ingente carico di lavoro dato dalla nuova procedura, sono stati apportati dei cambiamenti strutturali importanti all'organizzazione della cancelleria: in particolare, è stata creata una sezione di filtraggio, appositamente dedicata a esaminare i ricorsi presentati contro i cinque Stati che rappresentano i convenuti nella maggior parte dei casi dinanzi alla Corte (cfr. lo stesso rapporto, 20)». T. GROPPI - A. M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'Uomo: dall'influenza al dialogo?* in *Federalismi.it*, n. 19/2013, p. 11.

[463] L. A. CAMARILLO GOVEA, *Acceso directo del individuo ante la Corte interamericana de derechos humanos*, Tesis doctoral para la obtención del grado de doctorado en derecho, bajo la dirección del Profesor Francisco Javier Días Revorio, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2014, p. 281-284.

o condivisione del proprio giudizio decisorio con i tribunali ordinari di ciascuno Stato membro. Di conseguenza, un cambiamento nella posizione della Corte IDH sulla relazione tra il diritto sovranazionale e quello nazionale è stato ampiamente promosso.

Inizialmente, il giudice sovranazionale sosteneva che spettasse a ogni Paese stabilire come incorporare il diritto dei trattati nel proprio sistema giuridico. Ad esempio, attraverso la sentenza *Velásquez Rodriguez c. Honduras*[464], del 29 luglio 1988, e la consultazione del Costa Rica, del 29 agosto 1986[465], la CIDH stabilì che la Convenzione Americana deteneva una natura auto-esecutiva e che sarebbe stata responsabilità di ciascun Paese definire come implementarla, pur riconoscendo il carattere cogente del diritto sovranazionale[466]. In ogni caso, questo paradigma si è rivelato un ostacolo per garantire che la dottrina sovranazionale diventasse effettivamente parte integrante dell'ordinamento giuridico di ciascun Paese.

Successivamente, in una seconda fase, a partire dalla sentenza del caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*[467] nel 2006, il giudice sovranazionale ha riconosciuto la dottrina del "*bloque de convencionalidad*", che ha consentito una "diffusione" dell'interpretazione degli standard americani da parte dei giudici ordinari[468]. Inoltre, il giudice sovranazionale stesso ha stabilito che le decisioni da lui prese avevano effetto vincolante ed *erga omnes*, stabilendo l'obbligo per i giudici dei

---

[464] CIDH, 29 luglio 1988, sentenza di fondo del Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, (ser. C) No. 4. Disponibile su: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

[465] Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, Corte IDH (ser. A) No. 7 (29 de agosto de 1986).

[466] X. FUENTES TORRIJO, *La evolución de la normativa entre el sistema interamericano de derechos humanos y los sistemas jurídicos nacionales*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 4, October 2021, https://doi.org/10.1093/icon/moab119, p. 1209.

[467] CIDH, 26 settembre 2006, sentenza Caso Almonacid Arellano e altri c. Cile (obiezioni preliminari, merito, danni e spese), serie C, no 154, § 124. Disponibile su: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. *Verbis*: «La Corte es consciente que los jueces y tribunales nacionales están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

[468] X. FUENTES TORRIJO, *La evolución de la normativa*…, p. 1211.

casi individuali di disapplicare le leggi nazionali in contrasto con la norma interamericana, anche se *ex officio*, indipendentemente, quindi, da una pronuncia specifica del giudice IDH o dalla consultazione di un giudice costituzionale[469].

In altre parole, «i giudici nazionali dovrebbero agire come giudici interamericani e stabilire un dialogo tra la giurisprudenza interna e quella internazionale dei diritti umani, in particolare per ridurre le violazioni e abbreviare i reclami internazionali[470]».

Dunque, in contrapposizione alla dottrina del margine di apprezzamento, originata dalla Corte EDU, quella del blocco di convenzionalità richiede ai giudici nazionali di considerare equiparabilmente supreme non solo la costituzione nazionale, ma anche le norme derivate dal sistema interamericano dei diritti umani. Di conseguenza, i tribunali ordinari sono stati riconosciuti come "giudici convenzionali", vincolati a non applicare la legge nazionale nel caso in cui questa sia in contrasto con la giurisprudenza interamericana.

Inoltre, con l'*overruling* prodotto dal caso Almonacid, lo Stato non può più decidere come il diritto sovranazionale possa essere incorporato nel sistema nazionale, in quanto il contenuto della decisione Almonacid è diventata coercitiva per tutti gli Stati membri: le sentenze e le decisioni della CIDH hanno forza vincolante (*res judicata*) nei casi in cui gli Stati siano parti, e forza interpretativa (*res interpretata*) per gli Stati terzi, a condizione che siano anche parti stesse della Convenzione americana dei diritti umani[471].

---

469 «Gli organi della magistratura nazionale devono esercitare non solo un controllo di costituzionalità, ma anche un 'controllo di convenzionalità' d'ufficio tra le norme interne e la Convenzione americana, evidentemente nell'ambito delle loro rispettive competenze e dei corrispondenti regolamenti di procedura». CIDH, 24 novembre 2006, sentenza del Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e altri) c. Peru (obiezioni preliminari, merito, riparazioni e spese), serie C, n. 158, § 128. Disponibile su: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

470 Questa frase è stata pronunciata dal giudice della "Cassazione" brasiliana Reynaldo Soares da Fonseca, nel STJ, 28 aprile 2021, decisione Ricorso in Habeas Corpus n. 136961 - RJ (2020/0284469-3). Il giudice ha ordinato il doppio conteggio di tutto il tempo scontato in una situazione degradante, al fine di conformare il caso alle disposizioni della risoluzione della CIDH del 22 novembre 2018 – Misure Provvisorie rispetto al Brasile – Oggetto l'Istituto Penale Plácido de Sá Carvalho. Disponibile su: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=125604537&tipo_documento=documento&num_registro=202002844693&data=20210430&tipo=0&formato=PDF.

471 Sulla *res judicata* e *res interpretata* delle sentenze della Corte interamericana dei diritti umani, si veda E. F. MAC-GREGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) – Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay*, in *Estudios constitucionales*, año 11, n. 2, 2013, pp. 641-694.

Relativamente al sistema interamericano, il sistema nazionale non avrebbe la facoltà di scegliere se aderire o meno alla normativa sovranazionale dei diritti umani, nemmeno in caso di disaccordo tra il giudice sovranazionale e il giudice costituzionale. Piuttosto, secondo il modello di "controllo diffuso di convenzionalità" sostenuto dalla dottrina della Corte IDH, il giudice addetto al caso individuale non avrebbe margine di manovra per ignorare la normativa sovranazionale in qualsiasi situazione che coinvolga la tutela dei diritti umani.

In tale contesto, il decentramento del potere decisionale verso i giudici nazionali ha permesso al giudice interamericano di incrementare la sua influenza giurisdizionale, sebbene persista una resistenza da parte dei tribunali costituzionali, o delle corti supreme americane, nei confronti degli standard regionali sui diritti umani. L'eventuale compatibilità della norma IDH con la costituzione nazionale non rappresenta un argomento sufficiente a impedire la diretta diffusione della giurisprudenza IDH stessa, a differenza di quanto avviene con la dottrina del margine di apprezzamento.

Inoltre, la risoluzione del caso Almonacid ha instaurato un profondo mutamento nel panorama della giustizia costituzionale (in senso multilivello), particolarmente in quei contesti dove la disposizione costituzionale non conferisce ai giudici l'abilità di esaminare diffusamente la legittimità delle leggi. A titolo esemplificativo, in Brasile la realizzazione di un meccanismo di controllo diffuso interamericano potrebbe essere agevolata dalla preesistente struttura di "controllo diffuso di costituzionalità", la quale già coinvolge il potere giudiziario. Di contro, in Cile, dove la Carta Costituzionale non contempla un modello di controllo diffuso equivalente, l'adattamento delle strutture legali attraverso il precedente della Corte IDH ha introdotto una modalità incidentale di

convenzionalità praticabile da ciascun giudice, rappresentando un progresso di considerevole complessità[472].

Sorprendentemente, il quadro giudiziario brasiliano esprime una maggiore esitazione nell'associarsi alla giurisprudenza interamericana rispetto all'ordinamento cileno, come corroborato dai dati presentati dalla Corte IDH[473]. Persino rispetto al Messico, nel quale il controllo di costituzionalità diffuso è presente, il sistema giuridico brasiliano ha un basso livello di conformità con la disciplina interamericana[474].

---

[472] «Por último, al hablar sobre el modo como Chile cumple con las sentencias de la Corte IDH, es importante hacer una referencia al tema del control de convencionalidad. La doctrina jurídica chilena está dividida en cuanto a su aplicabilidad, al menos en los términos que establece la Corte IDH, es decir, afirmando que los órganos nacionales tienen la obligación de cumplir con lo que disponga dicha corte, incluso pasando por encima de lo que ordene la legislación nacional. Una parte importante de la doctrina chilena se pronuncia en contra del control de convencionalidad en tales términos. Este rechazo puede deberse al hecho de que en Chile no existe un control de constitucionalidad difuso, sino que solo uno concentrado, lo que hace más ajena la idea de un control de convencionalidad difuso, como lo plantea la Corte IDH». Á. PAÚL, *¿Una paradoja interamericana? Chile, un Estado que cumple las sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero que impulsa su reforma*, in *Rev. Investig. Const.*, vol. 7, n. 1, p. 59-85, jan. /abr., Curitiba, 2020, p. 68. Tuttavia, le corti superiori cilene non hanno adottato questa dottrina, che propone un'osservazione più restrittiva della conformità della giurisprudenza nazionale con quella della CIDH. Al contrario, almeno la decisione della Corte Suprema nel caso Norín Catrimán afferma esplicitamente che : «mediante el control de convencionalidad, los jueces nacionales forman parte del sistema interamericano en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de tales derechos, dependiendo las consecuencias de este análisis de las funciones que cada operador de justicia tiene, siendo obligación de todos, las autoridades e integrantes del Estado, interpretar sistemática e integralmente las disposiciones que informan el sistema jurídico, de forma tal que sus determinaciones guarden la mayor correspondencia y compatibilidad con las obligaciones internacionales adquiridas soberanamente por éste». Corte Suprema de Chile, Antecedente Administrativo, AD-1386-2014, visto nº 9.

[473] CIDH. Informe annuale 2018, p. 86, 2019. Disponibile su: http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf. Accesso il 04/08/2021.

[474] La situazione in Brasile è anche diversa da quella del Messico, dove il potere giudiziario ha integrato di fatto il controllo di convenzionalità in modo equivalente al controllo diffuso di costituzionalità (che già esiste). Questo può essere illustrato dalla posizione della Corte suprema di fronte alla sentenza della Corte interamericana in Radilla Pacheco contro Messico. CIDH, 23 novembre 2009, sentenza del Caso Radilla Pacheco c. México (obiezioni preliminari, merito, risarcimenti e spese), serie C, n. 209. La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ex officio e senza essere coinvolta in una vicenda giudiziaria interna, ha ritenuto, in conformità con la sentenza interamericana, di essere vincolata al contenuto della sentenza. In questo senso, la Corte Suprema non solo ha accettato il "controllo di convenzionalità ex officio in un modello di controllo diffuso di costituzionalità", ma ha considerato che è vincolata al testo della sentenza in tutti i suoi termini. Cfr. cumplimiento explícito al párrafo 339 de la Sentencia de la Corte IDH en el Caso Radilla Pacheco vs. México relativo a la obligación de ejercer "control de convencionalidad ex officio. Expediente Varios 912/2010, resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011, párrs. 22 a 36. La Corte Suprema ha considerato che 'las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio'. Vide Expediente Varios 912/2010, resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011, párr. 19.

A tal riguardo, potrebbe emergere l'ipotesi che l'attuale difficoltà all'assimilazione della giurisprudenza della Corte IDH nel sistema brasiliano risieda, in modo particolare, nella figura del *Supremo Tribunal Federal*. Quest'ultimo, custode preminente dei diritti nel panorama domestico, non sembra essere sufficientemente suscettibile di subire una revisione della propria consolidata giurisprudenza, a causa dell'influenza della Corte IDH.

Forse, un percorso promettente per favorire un impatto maggiore della giurisprudenza interamericana verso il *Supremo* sarebbe rappresentato dall'instaurazione di un dialogo più aperto tra le corti (IDH e STF), non limitato solo alla dottrina del blocco di convenzionalità, che sottolinea l'aspetto dell'"ascensione" del ruolo della CIDH rispetto ai giudici nazionali.

È fondamentale considerare anche le opportunità di collaborazione tra i giudici costituzionali e gli altri giudici al fine di affrontare eventuali resistenze che potrebbero emergere nel contesto della giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani (CIDH). In particolare, in Brasile si è sviluppato un approccio di "contro-verticalizzazione", o "contro-dottrina del blocco di convenzionalità". Ciò implica che il giudice supremo ha la facoltà, in casi specifici, di non seguire la giurisprudenza della CIDH e stabilire che l'intero sistema giudiziario non sia obbligato ad adeguarsi a tale giurisprudenza, qualora il diritto di costituzionale abbia interpretato in modo diverso la stessa norma oggetto di analisi.

Un dialogo equilibrato tra le corti sovranazionali e i giudici nazionali può dunque contribuire alla ricerca di un giusto equilibrio tra la tutela dei diritti umani e il rispetto dell'autonomia e delle specificità dei sistemi giuridici nazionali. Tale approccio può trarre ispirazione dal diritto comparato, consentendo di sviluppare un approccio più sofisticato per l'armonizzazione dell'interpretazione dei diritti umani e in vista del mantenimento della giurisdizione e della competenza dei sistemi giuridici nazionali.

4.1 La dottrina del blocco di convenzionalità è sufficiente per aprire una completa armonizzazione tra il giudice costituzionale e il giudice interamericano?

Dal punto di vista teorico, l'interazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale è tradizionalmente oggetto di dibattito tra due prospettive contrapposte: il monismo e il dualismo. Il monismo propone l'integrazione completa dei sistemi giuridici nazionale e internazionale, conferendo a quest'ultimo una posizione preminente in caso di conflitto e riconoscendo l'applicabilità diretta delle norme internazionali, senza la necessità di una conversione in legge nazionale per ottenere efficacia nel contesto interno. D'altro canto, il dualismo sottolinea la separazione tra i due sistemi giuridici, attribuendo al diritto nazionale una posizione di superiorità e richiedendo che le norme internazionali siano trasformate in norme nazionali tramite un processo di conversione, spesso attraverso l'adozione di una legge ordinaria[475].

In questo scenario, la dottrina del blocco di convenzionalità introduce la possibilità di considerare l'integrazione come un approccio monistico, che privilegia gli standard dei diritti umani. Tuttavia, la reazione della Corte Suprema brasiliana sembra orientarsi verso un approccio dicotomico, poiché cerca di proteggere i precedenti costituzionali interni nel caso in cui il "diritto internazionale" li violi, specialmente in contrasto con i principi o fondamenti nazionali. Pertanto, in considerazione della mancanza di un dialogo efficace, il blocco di convenzionalità potrebbe richiedere una maggiore armonizzazione tra monismo e dualismo al fine di promuovere un dialogo più autentico tra il giudice costituzionale e il giudice sovranazionale?

Nonostante la posizione stabile finora mantenuta dalla Corte IDH, è importante notare che recentemente si è manifestata una certa resistenza da parte dei sistemi costituzionali all'idea di un effetto obbligatorio automatico della giurisdizione sovranazionale. A tal proposito, nel 2019 i governi di Argentina, Brasile, Cile, Colombia e Paraguay hanno avanzato osservazioni al sistema interamericano[476], concentrandosi principalmente sul modo in cui la Corte e la Commissione IDH interpretano attualmente il principio di sussidiarietà previsto dalla Convenzione interamericana (art. 46), il quale

---

[475] A. VON BOGDANDY, Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say, in *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 6, n. 3-4, p. 397-413, July/ Oct. 2008. p. 399-400; J. G. STARKE, Monism and dualism in the theory of international law, in *British Yearbook of International Law*, Oxford, v. 17, p. 66-81, 1936. p. 70.

[476] PARAGUAY, *Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se manifiestan sobre el sistema interamericano de derechos humanos. Gobierno nacional de Paraguay*, Asunción, 24 aprile 2019. Disponibile su: https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos. Accesso il 6 Aprille 2022.

sembra favorire un predominio marcato del sistema sovranazionale rispetto ai sistemi nazionali.

Sebbene ciò non costituisca, di per sé, una regressione o una diminuzione dei valori democratici[477], ha pur suscitato una vasta reazione della società civile a difesa del sistema interamericano. Più di 200 organizzazioni dell'America Latina hanno sottoscritto una dichiarazione congiunta per protesta contro la posizione degli Stati, interpretandola come un riflesso di «*a coordinated effort to weaken the promotion and protection of human rights in the continent, as it looks to cut back on the powers of the Interamerican Commission and Court of Human Rights*[478]» [uno sforzo coordinato per indebolire la promozione e la tutela dei diritti umani nell'emisfero, poiché i poteri della Commissione interamericana e della Corte dei diritti umani saranno ridotti].

Eppure, se ci si chiedesse se questo atteggiamento comune tra gli Stati stia effettivamente minando il sistema interamericano, Álvaro Paúl risponderebbe con una negazione categorica. Infatti, secondo l'autore,

> Tali apprensioni sono infondate, in quanto è ragionevole che gli Stati pienamente democratici segnalino le carenze a organismi che operano al di fuori di un sistema di *checks and balances*, e che, allo stesso modo, non sono concepiti per fornire una voce di avvertimento intrasistemica nel caso in cui un qualsiasi organismo oltrepassi le sue funzioni. Inoltre, gli stati europei hanno la pratica di fare dichiarazioni e riforme volte a migliorare il loro sistema regionale dei diritti umani. Questo si vede, per esempio, nelle dichiarazioni di Brighton e Copenaghen, e nei molti protocolli alla Convenzione europea dei diritti umani[479].

In base ai termini della Convenzione americana sui diritti umani, il sistema sovranazionale richiede che il postulante esaurisca tutti i ricorsi interni prima di rivolgersi al sistema interamericano. Tuttavia, Paúl sostiene che la Commissione e la Corte IDH effettuano eccezioni a tale requisito, superando i limiti imposti dalla convenzione stessa. Ad esempio, essi accettano che i ricorsi siano esauriti durante il

---

[477] M. G. FACHIN – B. NOWAK, *The joint declaration to the Inter-American system of human rights: backlash or contestation?*', in *I-CONnect*. Blog of the International Journal of Constitutional Law, 12 December 2019; S. STEININGER, *Creating loyalty: communication practices in the European and Inter-American human rights regimes*, in *Cambridge University* Press, Global constitutionalism, 1-36, 2022, p. 28-29.

[478] Center for Justice and International Law, *Attacks on the Interamerican Human Rights System Violate the Regional Protection of Human Rights*, disponibile su: https://www.cejil.org/en/attacks-interamerican-human-rights-system-violate-regional-protection-human-rights.

[479] Á. PAÚL, *¿Una paradoja interamericana?...*, *op. cit.*, p. 70-71 (da me tradotto).

trattamento della petizione presso la Commissione IDH, purché ciò avvenga prima dell'esame formale di ammissibilità[480].

Ad ogni modo, il problema pratico sembra riguardare meno la determinazione dell'interpretazione prevalente del principio di sussidiarietà e pare esser pertinente in misura maggiore a come il sistema giuridico nazionale, inclusi i giudici costituzionali, possa essere più coinvolto nell'applicazione degli standard dei diritti umani, considerando i contesti specifici delle Americhe. Nonostante la comparabilità di tali contesti, non si può affermare l'esistenza di una sintesi comune univoca.

In effetti, Argentina, Brasile, Cile, Colombia e Paraguay non solo richiedono che il sistema interamericano consenta ai sistemi costituzionali di trovare soluzioni autonome alle controversie sui diritti umani, in conformità con la Convenzione americana, ma si aspettano anche uno spazio di autonomia, ovvero un "margine di apprezzamento" per risolvere le questioni in accordo con la CIDH. Inoltre, tale margine dovrebbe: (1) essere assicurato nonostante ci sia già un precedente vincolante della CIDH[481]; (2) essere ancora più ampio nei confronti di Paesi che non facenti parte della controversia che ha dato origine alla giurisprudenza interamericana[482].

Nel contesto di un approccio culturalista, è importante considerare l'atteggiamento dei cinque Paesi in misura minore come un tentativo di ottenere margine di autonomia nel loro quadro decisionale democratico nazionale, e in misura maggiore come una risposta a un'eventuale applicazione letterale della dottrina del blocco di

---

480 Á. PAÚL, *The Inter-American Commission on Human Rights' initial review of petitions, its backlog, and the principle of subsidiarity*, in *The George Washington International Law Review*, vol. 49, feb. 2016, p. 48-51. La mancanza del meccanismo di esaurimento delle vie di ricorso interne è stata criticata anche dai giudici della CIDH, per esempio nel voto del giudice Vio Grossi nel caso Díaz Peña contro Venezuela. CIDH, 26 giugno 2012, opinione separata dissenziente del giudice Vio Grossi nel Caso Díaz Peña contro Venezuela, obiezioni preliminari, merito, riparazione e spese, serie C n. 244.

481 A tal riguardo, i cinque Paese: «consideran que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales». PARAGUAY, *Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay…*

482 Inoltre, i Paesi anche «destacan la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano sólo tienen efectos para las partes del litigio». PARAGUAY, *Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay…*

convenzionalità, la quale non tiene conto dei contesti locali[483]. Altrimenti, il controllo sovranazionale delle leggi potrebbe essere visto come un limite alla capacità di interpretare i diritti umani in una modalità contestualizzata, che tenga peraltro conto delle specifiche condizioni culturali e sociali di ciascuno Stato. La tensione tra norme regionali e globali (o 'glocali') rappresenta una caratteristica chiave per una visione intermediaria tra monismo e dualismo, in quanto tali teorie sono insufficienti per risolvere il rapporto problematico tra il STF e la Corte IDH[484].

Infine, la proposta dei cinque Paesi può essere un punto di partenza per una soluzione comunicativa riguardo alla costruzione della giurisprudenza dei diritti umani, favorendo un margine di conversazione che permetta una pluralità di interpretazioni legittime dei diritti umani, invece dell'imposizione di un'interpretazione univoca da parte di un'autorità sovranazionale per problemi complessi. Ciò riflette una concezione dei diritti umani presa in considerazione come un campo contestato di interpretazione, piuttosto che come un insieme fisso di norme non negoziabili.

Con riguardo agli effetti vincolanti prodotti dai precedenti del giudice reginale, in un primo caso lo Stato, responsabilizzato, nel diverbio si sottomette a un'efficacia diretta, completa e assoluta, con l'intenzione di osservare la sentenza interamericana, comprese le *rationes decidendi*, in base alle disposizioni degli artt. 67 e 68.1 della Convezione americana e dell'autorità della cosa giudicata (materiale e sostanziale) che proviene dalla sentenza internazionale[485]. Invece, in un secondo caso, gli altri Stati che non sono intervenuti nel caso individuale sono limitati soltanto a osservare la "giurisprudenza interamericana", cioè la norma convenzionale interpretata, e non la

---

[483] Come uno studio pionieristico su questo argomento in Brasile, rimando il lettore a V. de O. MAZZUOLI, *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, *op. cit.* [la prima edizione del libro risale all'agosto 2009].

[484] R. ROBERTSON presenta il tema della glocalizzazione nel suo saggio *Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity* in M. FEATHERSTONE – S. LASH – R. ROBERTSON (eds.), *Global Modernities*, Sage, London, 1995; cfr. anche T. C. HALLIDAY – P. OSINSKY, *Globalization of law*, in *Annual Review of Sociology*, vol. 32, pp. 447-470, agosto 2006, disponibile su: https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.soc.32.061604.123136, p. 466-466: «The farther globalizing legal norms and practices are located from core local cultural institutions and beliefs, the less likely those norms and practices will provoke explicit contestation and confrontation, whether in the center, periphery, or in between... The road to promulgation of universals clearly involves conflicts over principles by powerful actors who struggle among themselves for ascendancy in setting global standards and for advantage in global dispute-resolution forums. And the power of local actors cannot be minimized as they variously adopt and adapt, resist and reject globalizing initiatives».

[485] E. F. MAC-GREGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional:…*, *op. cit.*, p. 657-676

totalità della sentenza. Riguardo al secondo orientamento, si potrebbe subito considerare che il margine di dialogo può entrare in gioco, affermando che lo standard sovranazionale dovrebbe prevalere solo nel caso in cui non esista una norma interpretativa nazionale capace di fornire una maggiore protezione dei diritti, in accordo con l'articolo 29 della Convenzione Americana e con il principio *pro homine*[486].

Riguardo al primo orientamento, invece, il percorso verso una conversazione sembra ostacolato. Perciò, per l'esecuzione della sentenza nel *Caso Gelman c. Uruguay*, attraverso la risoluzione del 20 marzo 2013, la Corte IDH ha deciso di spiegare il diverso grado di efficacia che producono le sentenze interamericane, dipendentemente al fatto che lo Stato parte della convenzione sia anche parte del contenzioso interamericano. A titolo d'esempio, l'Uruguay si è sottomesso a un'efficacia diretta, completa e assoluta, nella misura in cui era parte della controversia: quindi, non è stato autorizzato a non applicare la sentenza sovranazionale, nonostante l'invocazione di una norma o l'interpretazione costituzionale, come da stretta imposizione dell'art.68.1 della Convenzione americana in relazione con gli artt. 26 e 27 della Convenzione di Vienna sui diritti dei trattati[487].

Come si può vedere, a differenza della *res interpretata*, la *res iudicata* produce una restrizione che impedisce categoricamente allo Stato responsabile di trovare il proprio modo di applicare la sentenza interamericana: quindi, il sistema domestico non può innovare o rispondere alla Corte IDH in un modo tale da offrire una possibile alternativa elaborata a livello interno e con un potenziale democratico altrettanto significativo. A questo punto, un certo "margine di apprezzamento" potrebbe funzionare come strumento per conciliare in maniera pratica i sistemi giuridici sovranazionali e nazionali, anche dopo la pronuncia della sentenza interamericana, il che potrebbe rappresentare uno stratagemma che favorirebbe non solo una fase di condivisione giurisdizionale, ma anche un vero e proprio dialogo.

---

[486] Per quanto riguarda il principio *pro homine*, v. V. de O. MAZZUOLI – D. RIBEIRO, *The pro homine principle as an enshrined feature of international human rights law*, in *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, v. III, issue 1, January 2016, p. 77-99; e Z. D. DE CLÉMENT, *La complejidad del principio pro homine*, in *Jurisprudencia Argentina*, fascículo nº 12, Buenos Aires, mar./ 2015, p. 98-111.

[487] CIDH, 20 marzo 2013, risoluzione riguardante la supervisione del rispetto della sentenza nel Caso Gelman c. Uruguay, item 67, disponibile su: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.doc. La sentenza del 22 febbraio 2011 dello stesso caso può essere consultata su: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.doc.

In tal senso, per esempio, considerando il margine di apprezzamento nei procedimenti della CIDH, Roberto Gargarella sostiene che la decisione della Corte Interamericana sul Caso Gelman potrebbe essere esaminata più attentamente, nella misura in cui ha ignorato *«el extendido y profundo debate democrático que se diera en Uruguay, antes de la sanción de una ley de amnistía (un debate che incluyó, entre otras instancias, dos consultas directas a la ciudadanía, que la Corte IDH descartó como meras formalidades)*[488]*»* [l'ampio e profondo dibattito democratico che si è svolto in Uruguay, prima dell'approvazione di una legge di amnistia (un dibattito che includeva, tra le altre cose, due consultazioni dirette con i cittadini), un aspetto che la Corte IDH ha liquidato come una mera formalità)].

Trasformando i giudici nazionali in "giudici convenzionali", il sistema interamericano ha dato una priorità espressiva alle sue regole normative nell'analisi di ogni caso specifico di fronte ai paradigmi nazionali. Si potrà argomentare che un tale orientamento si occupa di prevenire che l'assenza di coerenza in America latina e nei Caraibi riguardo ai diritti umani internazionali porti alla condizione sfortunata per cui una persona che eventualmente viva in un sistema nazionale che non aderisce alla tutela dei diritti di cui sopra si trovi in una condizione alquanto vulnerabile, a differenza di un altro soggetto che risieda in un Paese il cui sistema, nello stesso continente, osserva la loro.

Tuttavia, tale considerazione non dovrebbe tradursi in un pensiero eurocentrico riguardo allo sviluppo e al progresso, che inibisce gli attori nazionali nel pensare e fornire soluzioni ancora più adeguate al loro contesto, vale a dire con un maggiore potenziale di tutela dei diritti. In nessun caso i giudici convenzionali dovrebbero, pertanto, trasformarsi in giudici nazionali; essi dovrebbero, piuttosto, imparare dalle buone pratiche che emergono lungo un asse *bottom-up*.

Ogni movimento di decentramento o accentramento del potere giurisdizionale deve tenere in considerazione che la condivisione di tale potere tra giudici (costituzionali, sovranazionali e ordinari) necessita di un dialogo costante. Da un lato, qualsiasi tentativo di uniformare l'interpretazione dei diritti umani a livello regionale,

---

[488] R. GARGARELLA, *La Corte interamericana de derechos humanos y la «conversación entre iguales»*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 4, October 2021, https://doi.org/10.1093/icon/moab118, pp. 1223-1228, p. 1227.

senza prendere in considerazione che ogni Paese o località continentale ha il proprio contesto, potrebbe generare un altro tipo di ingiustizia, la cui conseguenza sarebbe una concezione di democrazia utopica e idealistica: in una situazione simile, si correrebbe il rischio di incontrare la resistenza dei giudici costituzionali. Infatti, risulterebbe altrettanto problematico che l'imposizione di una giurisprudenza interamericana sugli stati nazionali inneschi un processo in cui una corte (sia essa suprema o costituzionale) si senta legittimata ad accentrare eccessivamente il potere decisorio su di sé, come si vedrà in seguito.

4.2 L'accentramento del STF nel confronto con l'esterno

Se la condivisione giurisdizionale promossa dalla CIDH non appare propriamente in dialogo con i giudici nazionali, nell'ottica della concessione di un ruolo più decisivo nella collaborazione con la dottrina dei precedenti della corte regionale, soprattutto nel caso di *res iudicata*, l'apertura da parte della Corte Suprema (STF) nel condividere la propria giurisdizione con il giudice sovranazionale risulta notevolmente

limitata. Ciò si verifica sia in virtù della gerarchia delle fonti normative[489], sia a causa dell'ignoranza o del rifiuto da parte del giudice costituzionale dell'idea che il giudice

[489] Per quanto riguarda l'uso del diritto internazionale dei diritti umani quale parametro per il controllo giurisdizionale delle norme del diritto interno brasiliano, parte della dottrina nazionale sottolinea che i tribunali interni dovrebbero applicare i trattati sui diritti umani secondo il principio *pro homine*; i trattati dovrebbero cioè essere considerati come «parametro principale di controllo» ogni volta che la tutela da essi offerta risulti più ampia di quella offerta dalla Costituzione nazionale. Questa interpretazione sembrerebbe trovare legittimazione nel § 2 dell'articolo 5, Cost. 1988 («I diritti e le garanzie espressi in questa Costituzione non escludono gli altri derivanti dall'ordinamento e dai principi che essa adotta, o dai trattati internazionali di cui la Repubblica Federativa del Brasile è parte»). Quindi, il principio *pro homine* avrebbe la legittimazione costituzionale per essere applicato come risultato del dialogo tra fonti internazionali (trattati sui diritti umani) e diritti interni. V. de O. MAZZUOLI, *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 2° rev. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, spec. 154 ss.; I. SARLET, *Controle de convencionalidade dos tratados internacionais*, in *Consultor Jurídico*, 10 aprile 2015. Tuttavia, la giurisprudenza del STF ha deciso di non adottare tale criterio interpretativo, seguendo invece quello per cui la Costituzione prevale sempre di fronte ai trattati. In ogni caso, lo stesso STF ha stabilito che la gerarchia dei trattati può variare in funzione della loro natura (diritti umani o non-umani) o della procedura (più o meno complessa) utilizzata per la loro incorporazione nel sistema giuridico nazionale. In particolare: a) i trattati avranno di regola una gerarchia equivalente a quella delle leggi interne ordinarie; b) se sono trattati sui diritti umani, potranno prevalere sulle leggi ordinarie, ma non sulla Costituzione; c) se i trattati sui diritti umani sono approvati dal Congresso Nazionale con la stessa procedura adottata per l'approvazione degli emendamenti costituzionali, essi posseggono una forza di resistenza equivalente a quella di un emendamento costituzionale, ai sensi del §3 dell'art. 5, Cost. 1988 («I trattati e le convenzioni internazionali sui diritti umani che vengono approvati in ogni camera del Congresso Nazionale, in due turni, con tre quinti dei voti dei rispettivi membri, sono equivalenti agli emendamenti costituzionali»). Poiché in Brasile gli emendamenti costituzionali possono essere soggetti al controllo di costituzionalità, si può osservare che anche i trattati equivalenti agli emendamenti costituzionali sono soggetti all'esame formale e sostanziale di compatibilità con la Costituzione brasiliana. Cfr. STF, 05 giugno 2009, sentenza del Ricorso Straordinario (RE) 466.343, relatore il giudice Cezar Peluso; e STF, 26 dicembre 2008, sentenza del Habeas Corpus n. 87585, relatore il giudice Marco Aurelio. Alla luce di questa giurisprudenza del STF, la dottrina brasiliana sottolinea che la produzione normativa interna deve essere verificata o dal controllo di costituzionalità o dal controllo di convenzionalità (alla luce dei trattati o delle convenzioni sui diritti umani). In quest'ultimo caso, anche i trattati sui diritti umani che non sono equivalenti a un emendamento costituzionale possono essere utilizzati quale parametro per il controllo di altri atti normativi, comprese le leggi ordinarie e gli atti che hanno forza di legge. Infine, vale la pena far presente che secondo la posizione dottrinale prevalente in Brasile qualsiasi giudice o tribunale nazionale è obbligato a controllare *ex officio* la convenzionalità delle leggi, invalidando le norme interne che sono incompatibili con i trattati sui diritti umani in vigore nello Stato. Tale interpretazione è in linea con la posizione della Corte interamericana, che dal 2006 ha stabilito che la magistratura nazionale è obbligata a svolgere l'esercizio di compatibilità delle norme interne con i trattati sui diritti umani. V. de O. MAZZUOLI, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, *op. cit.*, 167-168. Secondo la dottrina, il Brasile è vincolato al diritto internazionale e sovranazionale dei diritti umani tramite clausole di dialogo che rendono possibile l'interconnessione ordinamentale. In questo senso, le clausole di dialogo, previste principalmente nei trattati o convenzioni sui diritti umani, consistono in disposizioni che non escludono l'applicazione del diritto interno quando la norma di quest'ultimo è più favorevole ai diritti della persona nel caso concreto, conformemente alla norma *pro homine*. Sulla base di queste clausole, il giurista brasiliano Mazzuoli ritiene che il giudice debba abbandonare i tradizionali criteri di risoluzione delle antinomie (gerarchico, specialistico e cronologico) per coordinare le fonti internazionali e nazionali al fine di stabilire il significato più coerente in accordo con la protezione dei diritti umani. Esempi di clausole di dialogo sono l'articolo 29 della Convenzione interamericana sui diritti umani e gli articoli 4º, II e 5º, comma 2, Cost. 1988. V. de O. MAZZUOLI, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, *op. cit.*, 158-159. Inoltre, l'interpretazione delle disposizioni dei trattati o delle convenzioni a cui si fa riferimento nella presente indagine sarà presa in considerazione alla luce della prassi internazionale o, per meglio dire, della giurisprudenza delle Corti internazionali, prospettiva che permette un'interpretazione meno astratta delle disposizioni dei trattati. Si veda, in particolare, la critica di Carvalho Ramos in merito all'utilizzo da parte del STF della Convenzione interamericana e altri testi internazionali sui diritti umani come parametro interpretativo senza tuttavia seguire l'interpretazione datane a livello internazionale; questo processo creerebbe un

interamericano abbia la capacità di emettere una giurisprudenza di rango costituzionale o equiparabile[490].

In ogni circostanza, assume una rilevanza fondamentale il fatto che il giudice costituzionale non adotti un approccio di gerarchia verticale chiuso nei confronti del giudice sovranazionale. Invece di favorire un "accentramento" del potere decisionale in materia di diritti presso il STF a spese della Corte IDH, si sostiene che un meccanismo di "diffusione" del potere, finalizzato a garantire una tutela ottimale dei diritti a livello globale e glocale, dovrebbe mirare a stabilire un rapporto di coordinamento orizzontale tra entrambi i giudici[491].

A titolo illustrativo, citiamo il disaccordo tra le due corti sulla questione dell'amnistia per i crimini commessi durante la dittatura brasiliana (Legge n. 6.683/1979). Da un lato, il STF, nella sentenza dell'ADPF n. 153[492], del 29 aprile 2010, a maggioranza, ha concluso che la legge di amnistia approvata in Brasile - che prevedeva quest'ultima per i reati di tortura, pratiche di sterminio, sparizione forzata e occultamento di cadaveri - non violava i principi della Costituzione del 1988. Dall'altro

---

[490] R. de F. CALDAS, *O controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade no Brasil*, in *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XIX, Bogotá, 2013, 393-415, p. 395: «O Supremo Tribunal Federal nunca examinou diretamente essa dinâmica de julgamento, embora já haja analisado a estatura dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico nacional. O Supremo analisou o tema em julgamento sem maioria absoluta e por diferença de apenas um voto, e decidiu que o status atribuído aos tratados tem caráter de supralegalidade, um patamar entre as leis infraconstitucionais e a Constituição, e não grau constitucional atribuído em outros países».

[491] Nel 2015, il Consiglio Federale dell'Ordine degli Avvocati del Brasile ha presentato al Congresso Nazionale un progetto di legge per disciplinare la giustizia costituzionale brasiliana attraverso un Codice di Processo Costituzionale (il progetto preliminare è disponibile su: https://www.oab.org.br/arquivos/ anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf.). Questa proposta, anche se non è stata ancora valorizzata dal Parlamento brasiliano, è stata oggetto di recenti riflessioni del gruppo di ricerca " Ermeneutica e Giustizia Costituzionale: STF ", della Pontificia Università Cattolica di San Paolo (PUC-SP), che sono sfociate nel libro A. R. TAVARES e M. F. L. GAMA, *Um código de processo constitucional para Brasil*, PUC-SP, Belo Horizonte, Arraes editores, 2021. In quell'occasione ho potuto criticare, tra le altre disposizioni presenti nel progetto di legge, l'articolo 163, che propone di subordinare gerarchicamente e verticalmente il STF alla CIDH, cioè di trasformare quest'ultima nella istanza giurisdizionale finale, capace di rivedere le decisioni del STF in sede di ricorso. A questo riguardo, abbiamo detto che la relazione tra l'ordinamento giuridico nazionale e gli ordinamenti giuridici internazionali di cui il Brasile è parte, non può in nessun modo rendere il STF verticalmente subordinato a un'altra Corte (come la Corte interamericana dei diritti umani). Il STF dovrebbe stabilire un dialogo e un coordinamento con i tribunali internazionali, imparando e insegnando reciprocamente su questioni che riguardano l'applicazione dei diritti e delle garanzie previste sia dalla costituzione che dai trattati e dalle convenzioni. Tuttavia, dalla formulazione della suddetta disposizione 163, si interpreta che l'intenzione della commissione che ha elaborato il progetto di legge era di subordinare lo *status* del STF, il che è valutato da noi come incostituzionale. H. ABAS FRAZÃO – R. C. DAL RIO SILVEIRA, Código *de processo constitucional para prevenir abusos por parte do STF: uma proposta legislativa insuficiente*, in A. R. TAVARES e M. F. L. GAMA…, op. cit., pp. 83-116, p. 103-104.

[492] STF, Plenario, 29 aprile 2010, sentenza ADPF n. 153, giudice relatore Eros Grau. Disponibile su: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960.

lato, la CIDH, nella sentenza del Caso Gomes Lund e altri ("*Guerrilha do Araguaia*") contro il Brasile[493], del 24 novembre 2010, si è espressa in modo differente: secondo la Corte, la legge di amnistia brasiliana non poteva essere invocata dagli agenti della dittatura, né le eccezioni di prescrizione, *bis in idem* e irretroattività della legge penale erano accettabili. In questo caso, per il giudice sovranazionale, la punizione per le atrocità del passato costituirebbe uno standard di diritto umano irrevocabile.

In teoria, nulla avrebbe impedito alla Corte Suprema di modificare la sua posizione nei confronti dell'ADPF n. 153 dopo che la CIDH aveva deciso in modo diverso sulla stessa questione. In primo luogo, nonostante sia una procedura di controllo astratto di costituzionalità, l'ADPF ammette che la Corte Suprema stessa, unico organo competente per il suo giudizio, possa cambiare una precedente decisione sulla questione di legittimità, in quanto l'art. 10 della Legge n. 9.868/99 afferma che la sentenza dell'ADPF «sarà efficace nei confronti di tutti e vincolante per gli altri organi del potere pubblico». In altre parole, la sentenza è vincolante per tutti gli organi tranne per il STF stesso, il che gli permetterebbe di sovvertire la giurisprudenza costituzionale a partire da un altro caso sulla stessa questione. Tuttavia, la questione non è stata nuovamente portata davanti al STF per una riconsiderazione.

In secondo luogo, il STF ha affermato che il mezzo di impugnazione noto come "*reclamação*" alla Corte Suprema[494] è uno strumento giudiziario che permette, tra le altre cose, la reinterpretazione di una decisione presa in controllo di costituzionalità astratto. In altre parole, in caso di presunta violazione di una specifica decisione del STF, esso «può riconsiderare e ridefinire il contenuto e la portata della propria decisione. Può anche andare oltre, annullando in tutto o in parte la decisione che è alla base del reclamo, se (…) non sia più in linea con l'interpretazione corrente della

---

[493] CIDH, 24 novembre 2010, sentenza del Caso di Gomes Lund e altri ("Guerrilha do Araguaia") contro il Brasile (obiezioni preliminari, merito, danni e spese).

[494] La *reclamação* al STF è un istituto giudiziario tipico del Brasile che, per sua natura, costituisce un'azione autonoma intentata da una parte o da un terzo sollevata alla Corte suprema per salvaguardare sia la sua giurisdizione che l'autorità delle sue decisioni. Il proponente del richiamo deve giustificare a essa che è direttamente interessato da un precedente costituzionale paradigma, che viene violato da qualcuno che dovrebbe conformarsi a esso. Inoltre, quando l'inosservanza del precedente è commessa da un giudice comune, la *reclamação* tende ad avere un effetto incidentale rispetto ad una controversia giudiziaria già esistente o in corso. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V. p. 287; R. de B. LEAL, *Reclamação constitucional*. Tese apresentada para concurso à livre-docência do Departamento de Direito Processual (área de direito processual civil) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 207.

costituzione[495]». Quindi, l'adozione da parte della CIDH di un nuovo approccio alla questione dell'amnistia per i crimini comuni commessi durante la dittatura in Brasile avrebbe potuto incoraggiare il giudice costituzionale a riconsiderare la sua posizione sulla questione; tuttavia, ciò non è accaduto finora.

In terzo luogo, la magistratura ordinaria, sulla base dell'interpretazione secondo cui la CIDH avrebbe l'ultima parola sull'interpretazione dei diritti umani nei sistemi nazionali in cui la sua giurisdizione è applicabile[496], ha potuto procedere con l'indagine penale e la gestione del processo penale contro i presunti autori di crimini durante la dittatura, seguendo il precedente "*Guerrilha do Araguaia*". In questo contesto, il Procuratore Federale ha effettivamente promosso il perseguimento di gravi violazioni dei diritti umani commesse da agenti statali durante il regime d'eccezione presso i tribunali federali di primo grado, attraverso il controllo diffuso della convenzionalità. Tuttavia, il sistema giudiziario brasiliano ha dimostrato maggiore rispetto per il STF riguardo alla Corte Interamericana; anche qualora la gestione del caso da parte dei giudici di primo grado non rifiuti la giurisprudenza della CIDH, sono soprattutto le corti d'appello a ostacolare il procedimento penale[497].

Per esempio, di fronte al Tribunale Federale della città di Marabá, alcuni militari coinvolti in presunti crimini sono stati accusati dal Procuratore di aver commesso reati di sequestro e privazione della libertà (art. 148, §2 c/c art. 69 del Codice Penale) contro

---

[495] STF, Plenario, 18 aprile 2013, sentenza *Reclamação* n. 4.374, giudice relatore Gilmar Mendes.

[496] M. NICOLINI – S. BAGNI, *Comparative constitutional justice… op. cit.*, p. 203-208.

[497] Nell'aprile 2017, l'ufficio del Procuratore generale federale ha presentato una pubblicazione che riporta lo *status* di 26 cause intentate dal 2012 per ottenere la condanna penale di ufficiali statali per crimini commessi durante la dittatura. Dei 26 processi presentati, 24 sono stati inammissibili, bloccati o sospesi, e in due casi la decisione del giudice del processo è ancora in corso. La maggior parte delle Corti regionali federali di appello e lo stesso STF hanno emesso sentenze che confermano l'orientamento giurisprudenziale proveniente dall'ADPF n. 153, che ha ritenuto che l'amnistia è valida per tutti. Cfr. *Crimes da ditadura militar. Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção. Publicação da 2ª Câmara De Coordenação E Revisão - Matéria Criminal, do Ministério Público Federal*. Disponibile su: <http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_ militar_digital_paginas_unicas.pdf>. Accesso il: 11 aprile 2022. A somiglianza della "Guerrilha do Araguaia", il 15 marzo 2018, anche il Brasile è stato condannato dalla Corte Interamericana nel caso della tortura e morte del giornalista Vladmir Herzog dal governo militare. CIDH, 15 marzo 2018, sentenza Caso Herzog e altri (eccezioni preliminari, meriti, riparazioni e costi), disponibile su: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. In questo senso, lo sforzo coerente dei membri della Procura Federale per assicurare i colpevoli alla giustizia può portare la magistratura brasiliana a sostituire l'orientamento del STF con quello della CIDH, fino a modificarne il divieto di condanne penali per i crimini commessi sotto la dittatura militare.

le vittime della dittatura. Nonostante il lungo periodo di tempo trascorso da quando il crimine è stato commesso, si è ritenuto che la pretesa dello Stato alla punizione in tal senso fosse imprescrittibile, a causa della natura plurioffensiva dei diritti violati e del carattere continuo o permanente dei crimini in questione, oltre al fatto che si tratterebbe di crimini contro l'umanità[498]. Tuttavia, la Corte Federale d'Appello della Prima Regione brasiliana — in movimento contrario al primato del sistema interamericano — ha annullato questo procedimento penale sostenendo che tale iniziativa giudiziaria violava la prescrizione penale e il precedente del STF, il quale aveva dichiarato costituzionale la legge di amnistia[499].

Una tale resistenza nell'osservare la giurisprudenza della CIDH da parte del sistema nazionale illustra, da un lato, che il Brasile non dispone di una disciplina legislativa interna per dare attuazione alle sentenze della Corte Interamericana, a differenza di Paesi come il Perù e il Costa Rica[500]. D'altra parte, evidenzia l'accentramento che sta tutt'ora vivendo il STF: da ciò si originano ostacoli a un vero dialogo tra esso e il giudice sovranazionale, il che contribuisce a ostacolare anche le corti d'appello o superiori nel seguire fedelmente l'orientamento del giudice costituzionale a scapito del giudice sovranazionale. Tuttavia, è concepibile che il sistema sovranazionale e i tribunali ordinari possano trovare un modo di resistere, in senso argomentativo, al comportamento monologico della Corte suprema, quand'essa si mostri contraria alla massima tutela dei diritti fondamentali.

Sezione III – Ripensare i sistemi costituzionali: per una valorizzazione dell'"accentramento" e della "diffusione" nel dialogo tra giudici

Il sistema giuridico brasiliano si contraddistingue attualmente per un netto "accentramento" delle questioni relative ai diritti fondamentali presso il STF, a discapito

---

[498] In questo senso è il paragrafo 24 della sentenza della CIDH nel Caso Gomes Lundi e altri.

[499] TRF Prima regione, 06 dicembre 2013, sentenza *Habeas corpus* n. 0068063-92.2012.4.01.0000/PA, giudice relatore Olindo Menezes.

[500] Il Perù ha approvato la legge n. 27.775, che regola la procedura di esecuzione delle sentenze emesse dai tribunali sovranazionali, e il Costa Rica ha approvato la legge n. 6889, una convenzione sulla sede della Corte interamericana dei diritti umani, il cui articolo 27 stabilisce che le risoluzioni della Corte, debitamente comunicate, «avranno la stessa forza esecutiva ed esecutiva di quelle dei tribunali costaricani».

di altri giudici. Nonostante la giurisprudenza vincolante della Corte interamericana per gli Stati soggetti alla sua giurisdizione, il giudice costituzionale in Brasile adotta talvolta una posizione "reattiva" nei confronti della dottrina del blocco di costituzionalità, a meno che essa sia coerente con la giurisprudenza del *Supremo* stesso. Questo atteggiamento implica una sorta di condivisione "tautologica" della giurisdizione, per cui l'interazione con la giurisprudenza regionale sembra limitata ai casi in cui questa possibilmente confermi la giurisprudenza costituzionale. Oltre a ciò, si nota un marcato protagonismo del giudice costituzionale rispetto al giudice ordinario, soprattutto per quanto riguarda i nuovi diritti o questioni controverse. Infatti, non di rado è proprio il giudice costituzionale a promuovere una nuova interpretazione della legge che deve essere seguita nei casi futuri, precludendo, così, l'attuazione di tale comportamento da parte del giudice ordinario.

Nonostante ciò, le difficoltà di tale dinamica non sono un'esclusiva del Brasile. Come menzionato in precedenza, anche nel contesto culturale della Corte costituzionale in Italia e del *Conseil constitutionnel* in Francia si riscontrano competizioni più o meno intense che possono essere paragonabili nei rispettivi sistemi giuridici. Questi organi affrontano, infatti, una sfida analoga con gli altri giudici all'interno del loro rispettivo panorama giuridico complessivo.

Il dialogo tra i giudici rappresenta l'aspetto tangibile di un fenomeno che nasconde una forma di competizione tra loro. Dietro questo dialogo si celano interazioni di potere, nonché gerarchiche, tra i vari giudici, che derivano dalle relazioni di potere tra i diritti che essi stessi hanno il compito di salvaguardare[501].

Peraltro, il "dialogo giudiziale" non sempre si configura come un vero e proprio dialogo e si riscontrano dei limiti nella sintonia tra i giudici. Tali limiti possono determinare una sorta di gerarchia delle opinioni, in cui i giudici più impegnati nella tutela dei diritti potrebbero non avere un peso maggiore a causa della loro posizione gerarchica inferiore rispetto a una corte che adotta un'interpretazione contrastante. Questa situazione può comportare un'insufficiente considerazione delle opinioni del giudice più protettivo. In definitiva, tali vincoli influenzano la capacità dei giudici di interpretare e applicare il diritto.

---

[501] P. de MONTALIVET, QPC et «dialogue des juge», in *Revue française de Droit constitutionnel*, n. 116, 2018, p. 929.

Tale situazione è ben compresa da Michel Troper[502], il quale, nella sua teoria delle restrizioni, sostiene che l'azione di un tribunale, come ad esempio la *Cour de Cassation*, è il risultato delle interazioni con una vasta gamma di attori sociali coinvolti nel processo decisionale, come le parti, la società civile, la classe politica e gli avvocati. Queste interazioni tendono a creare restrizioni indirette per la stessa *Cour de Cassation*.

Tuttavia, le restrizioni dirette imposte dal giudice costituzionale, come dal *Conseil constitutionnel*, sono solitamente più severe. In questo caso, la Corte di Cassazione potrebbe subire un condizionamento non attraverso un autentico dialogo giudiziale, ma tramite un flusso unidirezionale che rappresenta più un vincolo o un ordine. Di fronte a tali situazioni, potrebbe verificarsi una reazione ostile o un tentativo di sabotaggio da parte di un giudice nei confronti di un altro giudice considerato superiore che si rifiuta di essere influenzato da un'iniziativa dal basso (*bottom-up*). Tale dinamica minaccia l'armonizzazione del sistema giuridico e mette a rischio la coerenza e la coesione delle decisioni. Allo stesso tempo, potrebbe esserci anche una reazione ostile da parte del giudice inferiore, qualora si senta privato del proprio potere decisionale e subisca una diminuzione della propria autonomia.

Un esempio di tale dinamica si è verificato nel 2011, quando la Corte di Cassazione francese fu accusata di cercare di "sabotare" la riforma della *Question Prioritaire de Constitutionnalité*, temendo il suo potenziale impatto sul sistema socio-giuridico e sul ruolo crescente del Consiglio Costituzionale. Se fosse stato instaurato un canale di dialogo diretto e trasparente tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Costituzionale prima della riforma QPC, che, in modo alquanto ironico, aveva proprio l'obiettivo di facilitare tale comunicazione tra tali giudici, si sarebbe potuto prevenire o almeno mitigare tale conflitto[503].

Non è, tuttavia, possibile definire dialogo autentico una situazione in cui un giudice ordinario cambi la sua interpretazione giurisprudenziale — magari più favorevole alla tutela dei diritti — soltanto in risposta a un'imposizione del giudice costituzionale. Ciò è evidente, ad esempio, quando il giudice costituzionale si posiziona in modo verticalmente dominante, pur tenendo una posizione meno protettiva per

---

[502] M. TROPER, La liberté d'interprétation du juge constitutionnel, in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 243.

[503] M. TROPER, La liberté d'interprétation du juge constitutionnel…, p. 243 ss.

quanto riguarda i diritti[504] o meno associata agli standard universali degli stessi diritti umani[505]. Un fenomeno simile si osserva anche in assenza di una gerarchia formale tra i giudici, come tra i membri del Consiglio Costituzionale e i giudici del potere giudiziario francese, o tra la Corte costituzionale e i giudici ordinari in Italia.

Qualora il confronto delle interpretazioni non avvenga su un piano di parità sostanziale, non si potrebbe in alcun modo parlare di dialogo. La comunicazione tra i giudici assomiglierebbe, in questi casi, più a quella tra un maestro e un allievo, con la libertà di espressione di quest'ultimo fortemente limitata. Vale la pena sottolineare che non sempre l'interazione tra giudici deve essere di tipo dialogico; tuttavia, quando il

---

[504] Nel corso di una decisione significativa, la Quinta Turma del *Superior Tribunal de Justiça* ha scelto di descriminalizzare il reato di offesa all'autorità (vide Resp n. 1.640.084 - SP (2016/0032106-0), del 15/12/2016). Tale decisione si basa sull'incompatibilità tra la criminalizzazione dell'offesa e la Convenzione Americana dei Diritti Umani. Questo punto di vista rafforza la percezione che i funzionari pubblici, come rappresentanti dello Stato, siano più esposti alla critica della società. Inoltre, la decisione sottolinea come le leggi sulla offesa potrebbero violare principi fondamentali come la libertà di espressione e il diritto all'informazione. Il Ministro Ribeiro Dantas, relatore del caso, ha sottolineato che tale decisione non interferisce con il controllo di costituzionalità riservato al *Supremo Tribunal Federa*l (STF). Al contrario, rappresenta un adattamento di una norma legale brasiliana a un trattato internazionale. Dantas ha anche enfatizzato che la criminalizzazione dell'offesa è controproducente per la democrazia, in quanto rafforza la protezione dei rappresentanti dello Stato a scapito dei diritti degli individui. D'altra parte, in contrasto con la decisione dell'STJ, il STF ha riconosciuto il reato di offesa come costituzionale in una sessione virtuale (vide sentenza nell'ADPF n. 496, del 20/06/2020). L'Ordine degli Avvocati del Brasile (OAB) ha contestato l'articolo 331 del Codice Penale, sostenendo che la norma, che tipifica l'offesa a un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni, è vaga e potrebbe reprimere la libertà di espressione dei cittadini. Tuttavia, la maggioranza dei ministri, guidati dal relatore Ministro Luís Roberto Barroso, ha respinto quest'argomentazione, sostenendo che la tipizzazione dell'offesa serve a proteggere la funzione pubblica, non a privilegiare il funzionario. Barroso ha sottolineato che la criminalizzazione dell'offesa deve essere interpretata in modo restrittivo e non si applica a offese veicolate dalla stampa o dai social network, preservando così la libertà di espressione. In questa dicotomia tra l'interpretazione del STJ e quella del STF, emerge una riflessione cruciale. Il STJ, attraverso la descriminalizzazione dell'offesa, sembra adottare un approccio più protettivo nei confronti dei diritti individuali, ponendo un forte accento sulla libertà di espressione e di critica nei confronti dei funzionari pubblici. Tuttavia, il STF, come corte di vertice, ha imposto la criminalizzazione delle manifestazioni contro il funzionario pubblico, una decisione che, a rigor di termini, potrebbe aprire margine per eccessi e autoritarismo di Stato. Questa dinamica mette in evidenza la tensione esistente tra il bisogno di proteggere l'ordine pubblico e i funzionari pubblici da comportamenti oltraggiosi, e la necessità di preservare le libertà civili e di espressione, fondamentali per il funzionamento di una società democratica.

[505] La decisione del STJ si basa sulle linee guida del sistema interamericano. In primo luogo, la Commissione Interamericana dei Diritti Umani afferma che tutte le norme nazionali che criminalizzano il reato di oltraggio sono incompatibili con l'articolo 13 della Convenzione Americana dei Diritti Umani perché «l'applicazione delle leggi sull'oltraggio per proteggere l'onore dei funzionari pubblici che agiscono in veste ufficiale concede loro ingiustificatamente un diritto a una protezione speciale che non è disponibile per altri membri della società». Anche alcuni precedenti della Corte IDH vanno nella stessa direzione: a) Il caso di Verbitsky in Argentina, in cui il giornalista Horacio Verbitsky è stato condannato dai tribunali argentini per oltraggio per aver definito " ripugnante " il ministro Augusto César Belluscio della Corte Suprema di Giustizia argentina; b) Il caso di Palamara Iribarne c. Il caso del Cile, in cui la Corte ha ritenuto che il Cile avesse violato l'art. 13 della Convenzione americana accusando lo scrittore Humberto Antonio Palamara Iribarne del reato di oltraggio; e c) Il caso di Herrera Ulloa contro il Costa Rica, in cui la Corte ha ritenuto che la condanna di un giornalista costaricano per diffamazione, a seguito di articoli pubblicati in un giornale nazionale, fosse contraria alla libertà di espressione garantita dalla Convenzione.

dialogo è rilevante per la tutela dei diritti, è necessario ridefinire la struttura della "conversazione" al fine di garantire una maggiore equità tra le parti coinvolte, nel rispetto dei principi di coesione e coerenza[506].

In tal senso, dal contesto giuridico-teorico della tutela dei diritti, il "dialogo" può essere categorizzato in tre forme, come proposto da Régis de Gouttes: dialogo di autorità, di persuasione e di condivisione[507].

Il dialogo di autorità rappresenta un "non-dialogo", vale a dire un tipo di interazione in cui un'autorità superiore impone la sua decisione o interpretazione. Un esempio tangibile di ciò sono le decisioni del *Consei constitutionnel*, che hanno valore di *res iudicata*. Tali decisioni sono definitive e vincolanti per tutti i poteri pubblici, nonché per le autorità amministrative e giudiziarie. In pratica, ciò implica che nessun giudice, né giudiziario né amministrativo, può applicare una disposizione dichiarata incostituzionale dal Consiglio Costituzionale.

In secondo luogo, il dialogo di persuasione rappresenta un dialogo "intermedio", cioè si verifica quando un'autorità cerca di convincere un'altra della propria interpretazione della legge, anche se la decisione non ha un vincolo obbligatorio. Un esempio significativo è stato offerto dal presidente del Consiglio Costituzionale, Bruno Genevois, che ha sottolineato una differenza tra l'autorità "obbligatoria" delle decisioni del Consiglio (basata sull'articolo 62, comma 2 della Cost. 1958) e l'autorità "persuasiva" o "morale" della giurisprudenza. Quest'ultima si riferisce all'influenza che la giurisprudenza del Consiglio può esercitare su altre istanze giudiziarie, anche quando si applica a una legge diversa. Ad esempio, il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione possono prendere ispirazione dalla giurisprudenza del Consiglio Costituzionale nelle loro modalità di *decision-making*.

Infine, vi è il dialogo di condivisione, ossia il dialogo vero e proprio, che si verifica quando diverse giurisdizioni concordano tacitamente nella divisione delle loro rispettive aree di competenza. Un esempio di ciò può essere osservato nella situazione in cui il *Conseil d'Etat* e il *Conseil constitutionnel* possono condividere la responsabilità

---

[506] M. TROPER, La liberté d'interprétation du juge constitutionnel…, p. 243 ss.

[507] R. de GOUTTES, Le dialogue des juges, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors série 2009 - Colloque du cinquantenaire, 3 novembre 2009, disponibile su https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-dialogue-des-juges, accesso il 17 giugno 2023.

dell'interpretazione di questioni come lo "*status* penale del Capo dello Stato" e gli "atti di Governo". La divisione delle competenze può essere formalizzata mediante un accesso graduale relativo alla QPC, che funge da meccanismo incidentale di controllo di legittimità delle leggi, promuovendo possibilità di connessione più orizzontale tra il Consiglio costituzionale, il Consiglio di Stato, la Corte di Cassazione e le giurisdizioni inferiori.

Alla luce dell'intento di applicare tale teoria di matrice francese nella pratica transnazionale, in particolare nell'interazione tra il giudice costituzionale e il giudice ordinario, il dialogo, guidato dal *Supremo Tribunal Federal*, incontra difficoltà nel venire alla luce, a causa dell'assenza di un meccanismo che consento un accesso diretto del giudice ordinario al giudice supremo. D'altra parte, nei sistemi italiano e francese, il giudizio in via incidentale e la QPC, rispettivamente, potrebbero potenzialmente facilitare scambi di persuasione o adesione volontaria. Tali meccanismi consentono al giudice ordinario di esporre direttamente le proprie ragioni al giudice costituzionale, favorendo così un margine di dialettica e consenso. Tuttavia, in questi ultimi sistemi, il dialogo non è sempre garantito e potrebbe finire per trasformarsi in un rapporto di autorità, avente come caratteristica principale un ruolo suprematistico della Corte costituzionale e del Consiglio costituzionale (come avviene nel contesto brasiliano).

Quanto alla relazione di potere tra il giudice costituzionale e il giudice sovranazionale, la dottrina del blocco di costituzionalità impone una "*cross-verticalisation*" che inibisce ancor di più una conversazione orizzontale o meno subordinata al giudice costituzionale in Brasile. Non solo non esiste un mezzo abbastanza inequivocabile per sollevare una questione da parte dei livelli giudiziali inferiori, ma entrambi i giudici si considerano superiori l'uno all'altro, il che rende difficile una possibile armonizzazione. Inoltre, è importante notare che talvolta, in Italia, rispetto ai giudici europei (di Lussemburgo e Strasburgo), le dottrine del controllo-limitato e del margine di apprezzamento, sebbene comportino il rischio di attribuire un eccessivo potere all'autorità nazionale a scapito di quella sovranazionale, rappresentano possibili percorsi per un dialogo maggiormente orizzontale rispetto a quanto non avvenga in Brasile, implicando, così, un potenziale di reciproca influenza. Tuttavia, lo stesso non si può affermare per la Francia, dove persiste una forte resistenza a

conformarsi al giudice sovranazionale quando la questione in controversia riguarda il diritto legislativo, a causa della tradizionale visione di ampia deferenza del giudice nei confronti del Parlamento. Inoltre, la Francia ha esperienze con la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in cui il Consiglio Costituzionale si rifiuta di dialogare o comunicare, ad esempio rifiutando di partecipare al sistema del rinvio pregiudiziale. In un simile scenario, il dialogo può essere considerato completamente opaco, se non persino inesistente.

È fondamentale, dunque, comprendere che sia “l'accentramento”, sia la "diffusione" dei giudici costituzionali sono concetti che devono permettere l’esistenza di finestre di adattabilità. Ad esempio, considerando l'esercizio tecnico del controllo di legittimità accentrato, una corte (o consiglio) costituzionale deve tenere conto dell'opinione "diffusa" sulla protezione dei diritti che emerge dal basso, ossia dal giudice da cui nasce la questione incidentale, nonché dall'ambito regionale o sovranazionale di riferimento. In quest'ultimo caso, è preferibile che vi sia una "diffusione di accesso" dal ruolo del giudice sovranazionale stesso verso quello del giudice costituzionale, al fine di permettere un dialogo effettivo. Allo stesso modo, quando il giudice costituzionale esercita un controllo tecnico di legittimità diffuso, come nel caso delle corti supreme, è importante che consenta alla questione della "prima interpretazione del diritto nel caso individuale" di essere "accentrata" nelle mani dei giudici ordinari, fino a quando il giudice costituzionale potrà essere influenzato dal "basso", per poi comprendere tutta la pluralità delle interpretazioni normative in gioco e, successivamente, seguire materialmente la posizione consolidata nelle corti ordinarie. Tale "accentramento" delle "prime parole" consente anche al giudice ordinario di dialogare con il giudice sovranazionale al fine di interpretare il diritto seguendo gli standard regionali dei diritti umani o fondamentali. Pertanto, non si sta utilizzando l'espressione "prima parola" per trattare del rapporto tra il giudice costituzionale e il giudice sovranazionale, bensì si sta valorizzando il giudice comune in quanto artefice iniziale del riconoscimento del diritto nel caso specifico in sé.

Indipendentemente dal modello di accentramento o diffusione adottato, sia nella via del giudizio "accentrato", sia in quella "diffusa", è essenziale che, qualora la tutela dei diritti sia la chiave del contenzioso, un dialogo effettivo tra i diversi attori del

macrosistema giurisdizionale abbia luogo, garantendo così un'interazione reciproca, la quale possa, in seguito, consentire una migliore comprensione, nonché interpretazione, del diritto. Solo attraverso un dialogo autentico e aperto si può costruire un sistema giuridico più coeso e coerente, in cui le diverse prospettive e opinioni dei giudici possono contribuire a una migliore tutela dei diritti e a una maggiore coerenza delle decisioni.

In conclusione, il "dialogo tra giudici" rappresenta un elemento fondamentale per il corretto funzionamento della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Tuttavia, è d'uopo riconoscere che tale dialogo non sempre si sviluppa in modo efficace, a causa dei limiti nella sintonia tra i giudici e della presenza di una gerarchia delle opinioni. Affinché il dialogo sia autentico e significativo, è doveroso che vengano garantite vie di accesso e ascolto tra i diversi livelli giudiziari, sia a livello nazionale, sia a livello sovranazionale, permettendo l'influenza reciproca e la considerazione delle opinioni provenienti dal basso.

Particolarmente in Brasile, dove il dialogo tra giudici sembra essere una pratica distante dalla realtà giudiziaria, tale mancanza contribuisce all'emergere di una posizione preminente del *Supremo Tribunal Federal* nelle decisioni sui diritti a scapito di un potenziale controllo diffuso di legittimità delle leggi da parte dei giudici ordinari[508]. Il potenziale controllo diffuso, sebbene presente nel sistema giuridico, viene meno a causa della forte giurisdizione del STF. Pertanto, la presenza del giudice costituzionale nella definizione delle questioni di diritti e la scarsa enfatizzazione della capacità dei giudici ordinari di esercitare il controllo di costituzionalità (o di convenzionalità) condiviso, senza un precedente specifico del STF, portano i giudici

[508] L.L. STRECK, Jurisdição constitucional, 5a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 164: l'atteggiamento dei giudici ordinari nel controllo di legittimità è influenzato dalla loro adesione alla legislazione infra-costituzionale, il che si traduce in una bassa applicazione del controllo diffuso da parte dei tribunali di primo e secondo grado. Tuttavia, la presente tesi sostiene una ragione inversa per la crisi, ovvero l'ipertrofia del STF comporta l'atrofia dei giudici comuni. Ciò implica che la crisi derivante dal sovraccarico di casi sottoposti al STF intensifica la quantità di giudizi della Corte Suprema, oscurando l'autonomia dei tribunali locali. Inoltre, ciò deriva dalla frequente sottovalutazione delle capacità dei giudici ordinari di affrontare questioni controverse senza un intervento diretto del *Supremo*.

ordinari a evitare, in svariati casi, di disapplicare determinate leggi illegittime per timore di annullamenti da parte della Corte Suprema[509].

Di conseguenza, si verifica un accentramento del potere decisionale nelle mani della Corte Suprema, che quindi si occupa di un'ampia gamma di casi, anche di minore importanza, deviando dalla sua vera funzione. Ciò compromette l'efficienza complessiva del sistema giudiziario. Al fine di affrontare la problematica in questione, si propone di rivalutare la relazione tra il giudice costituzionale e il giudice sovranazionale, promuovendo la cooperazione e la distribuzione delle responsabilità per la tutela dei diritti. Inoltre, la dottrina nazionale suggerisce forme uniche per risolvere il problema: ad esempio, che il Pubblico ministero svolga un ruolo significativo nell'assicurare l'applicazione dei diritti umani, anche bloccando le indagini che violino le norme internazionali[510]. Questa proposta dottrinale, insieme ad altre idee convergenti, potrebbe contribuire a ridurre un accentramento di potere nel *Supremo* al fine di migliorare l'efficienza complessiva del dialogo tra i giudici in Brasile.

In senso generale, la condivisione giurisdizionale per la tutela dei diritti favorisce un'interazione integrativa tra le istituzioni, anche quando hanno posizioni inizialmente divergenti. Esso promuove una comunicazione che mette in evidenza le peculiarità di cultura istituzionale dei partecipanti[511]. Nel considerare che il dialogo democratico ha acquisito prestigio grazie alle teorie comunicative del XX secolo[512], si può affermare che, per quanto riguarda le controversie costituzionali, le soluzioni

---

[509] Il significativo volume di richieste giudicate dalla Corte Suprema (STF) evidenzia una tendenza verso l'accentramento del potere, che si manifesta anche attraverso il conflitto di competenze tra le corti. Questa tendenza non è limitata solo al contesto delle impugnazioni, ma si riflette anche nell'uso di azioni e mezzi di impugnazione che vengono presentati direttamente alla Corte Suprema. Cfr. H. ABAS FRAZÃO, Ciência como objeto ou parâmetro de controle de constitucionalidade, in A. RAMOS TAVARES — M. FARACO LACERDA GAMA (Coords.), *O STF e a ciência na pandemia*, Edição 1ª, 2023, 214 p., per notare, a titolo esemplificativo, un alto indice di interventi immediati da parte del giudice costituzionale nel contesto della pandemia da Covid-19, anticipando spesso l'esame dei singoli casi che verrebbero normalmente affrontati dai tribunali ordinari.

[510] V. de O. MAZZUOLI – M. R. DA COSTA E FARIA – K. D. DE OLIVEIRA, *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*, FESMP/MT, Gen – ed. Forense, 2020.

[511] C. KRAMSCH, *Language and Culture*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 25-36.

[512] C. S. NINO, *The ethics of human rights,* Oxford; Oxford University Press; C. S. NINO, *The constitution of deliberative democracy*, New Haven, Yale University Press; J. HABERMAS, *Between facts and norms*, Cambridge, MIT Press, trad. De W. Rehg (ed. original: Faktizität und Geltung, Frankfurt, Suhrkamp, 1992); J. BOHMAN – W. REHG (eds.), *Deliberative democracy*, Cambridge, MIT Press, 1997.

dialogiche sono in grado di ridurre il timore di un'imposizione di soluzioni predefinite, in quanto consentono un dibattito tra le diverse autorità, inclusi i giudici.

Per introdurre il dialogo nella pratica del giudice costituzionale, è necessario stabilire canali di "conversazione" chiari tra le istituzioni rilevanti e coinvolgere anche la stessa società[513]. Le soluzioni dialogiche mitigano il rischio di indebolimento della legittimità democratica del potere giudiziario e sono conformi ai principi della democrazia costituzionale, in cui l'opinione della maggioranza è centrale nel processo decisionale. Il dialogo consente al giudice di legittimare le proprie decisioni e offre alla politica un ruolo significativo nel contesto costituzionale.

Attraverso il dialogo, le diverse autorità possono concordare sulle loro relazioni reciproche. Così, i giudici comuni e le corti possono avere modo di condividere esperienze, come di giustificare le loro decisioni, mentre il legislatore può rispondere alle sentenze dei giudici. Le decisioni atipiche, d'altronde, svolgono un ruolo cruciale nel promuovere la cooperazione tra gli attori coinvolti. Inoltre, regolamenti parlamentari includono disposizioni specifiche per l'attuazione delle decisioni delle corti costituzionali. In conclusione, il dialogo giudiziale favorisce una discussione aperta e costruttiva tra le autorità coinvolte e contribuisce alla tutela dei diritti e alla coerenza delle decisioni.

---

513 Per quanto riguarda la particolare apertura del sistema italiano alla società, v. T. GROPPI, A. M. LECIS COCCO ORTU, *Openness and Transparency in Constitutional Adjudication: Amici Curiae, Third-Party Intervention, and Fact-Finding Powers*, in V. Barsotti - P. G. Carozza - M. Cartabia - A. Simoncini (ed.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice Edition 1st Edition*, First Published, Routledge, 2021: il sistema costituzionale italiano si è recentemente aperto all'intervento di terzi e ai poteri istruttori, per la sua crescente propensione al controllo concreto, soprattutto in virtù della via dell'accesso incidentale alla Corte costituzionale (giudizio in via incidentale), che, in un certo senso, la mette in contatto con certi elementi di fatto del singolo caso da cui scaturisce la questione di legittimità. Le poche disposizioni di legge sui poteri istruttori della Corte costituzionale sono state completate da «norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» approvate con delibera dell'8 gennaio 2020 (G.U. n. 17 del 22 gennaio 2020), elaborate dallo stesso giudice costituzionale e che prevede l'intervento di terzi, come l'*amicus curiae*. L'inclusione dell'intervento di terzi nella giurisprudenza della Corte costituzionale ha avuto luogo anche se non c'era nessuna base legislativa che giustificasse un tale impegno. Così, gli stessi criteri di ammissibilità si applicano ai contributi dei gruppi di interesse e delle associazioni di medesima natura, così come a tutti gli altri possibili amici curii, cioè i contributi effettuati da persone fisiche o giuridiche in difesa dei loro diritti personali.

CAPITOLO V

LA SECONDA FACCIA DEL (RI)ACCENTRAMENTO: LA CONDIVISIONE DI POTERE TRA GIUDICE COSTITUZIONALE E LEGISLATORE NEL CAMPO POLITICO. DAI LIMITI DI DISCREZIONALITÀ IN QUESTIONI POLITICHE ALLA NUOVA DOTTRINA DI COLLABORAZIONE

1. Il controllo sulla discrezionalità del legislatore: una difficoltà comunicativa; 2. Oltre l'argomento contro-maggioritario: le distinte formule di legittimazione democratica degli interventi del giudice costituzionale in materia politica; 3. Tre idee sulla forza del contenzioso costituzionale in base alla discrezionalità legislativa in Brasile, Italia e Francia; 4. Le ipotesi di decentralizzazione del poter legislativo verso il giudice costituzionale; 4.1 Il trasferimento di responsabilità politica nelle mani del giudice come una comodità per il legislatore (un segnale di *juristocracy*) in Brasile; 4.2. Il caso Cappato e il ruolo co-legislativo della Corte costituzionale in Italia; 4.3. Il ruolo auto-referenziale del giudice costituzionale come legislatore: il caso dell'omofobia e della transfobia in Brasile; 4.4 Il giudice costituzionale come "diffusore" della pedagogia dei diritti, specialmente nei confronti del Parlamento. Uno sguardo sulla Francia; 5. Forza e centralizzazione del *Supremo Tribunal Federal* come reazione ad attacchi sociopolitici? Un'esperienza peculiare nel contesto brasiliano; 6. La conversazione con il legislatore come fattore di legittimità della funzione interpretativo-creativa delle corti o consigli (supremi o costituzionali).

Il seguente capitolo spiegherà come la dicotomia tra "accentramento" e "diffusione" non si riferisca esclusivamente all'aspetto soggettivo o a chi sia l'*adjudicator* del controllo di costituzionalità, bensì come possa essere utilizzata anche per illustrare la relazione tra l'immagine giuridica e quella politica della corte (suprema o costituzionale). Per quanto riguarda il primo contesto, la comunicazione del giudice costituzionale avviene principalmente con gli altri soggetti giurisdizionali di cui si è parlato nel capitolo precedente. Nella seconda dimensione, invece, la corte suprema (o il consiglio costituzionale) interagisce con organi che possono essere coinvolti in questioni di natura politica, principalmente con il legislatore: si manifesta, così, una dinamica di "centralizzazione" o "decentralizzazione" del potere. Proprio quest'ultima immagine sarà attaccata qui.

L'esercizio della funzione interpretativo-creativa da parte del giudice costituzionale spesso genera tensioni tra la giuridicità e la politicità del sistema costituzionale. Sebbene nella tradizione di *civil law* l'azione creativa dei giudici dovrebbe essere limitata dal diritto politico preesistente o dalla promulgazione di nuove norme (come leggi ed emendamenti costituzionali), nella pratica tale condizione non sempre si verifica. Il giudice costituzionale talvolta supera i confini giuridici,

assumendo sempre più il ruolo di attore politico istituzionale, o, meglio, di attore contestuale.

Come evidenzia la tesi del (ri)accentramento italiano, il giudice costituzionale vivrà un momento di "centralizzazione" rispetto al Parlamento quando le sue competenze saranno in parte assorbite dalla Corte stessa[514]. In questo contesto, il giudice-custode assume probabilmente una postura di attivismo giudiziario, in quanto l'orientamento giurisprudenziale da essa prodotto modifica il merito politico della disciplina legislativa. Ciò può essere evidente in casi in cui il legislatore presenta vizi formali evidenti nel processo legislativo o vizi materiali, come lacune o omissioni su questioni rilevanti e indifferibili. Tuttavia, in altri casi, l'atteggiamento del Parlamento sembra essere il risultato di scelte politiche legittime, con una legge in vigore che si occupa specificamente della situazione che si propone di regolare. In tali situazioni, utilizzando una funzione interpretativo-creativa più rigorosa o invasiva, il giudice costituzionale può sostenere che la legge sia invalida o che debba altresì essere modificata per conformarsi ai principi costituzionali. Ciò porta a una tensione più tangibile ed evidente tra la politica e la giurisprudenza, poiché si verifica uno scontro su chi debba avere l'ultima parola su una questione di merito politico (se il legislatore o il giudice).

In una mossa inversa, tuttavia, è importante sottolineare che in molti casi questa tensione può essere evitata mediante un momento di "diffusione" della corte. In termini più didattici, la corte assume una posizione di *self-restraint* per non interferire in questioni di merito politico, lasciando quest'ultime assolutamente nelle mani dei rappresentanti politici. In tal modo, il giudice costituzionale si allontana della politicità e mantiene il suo centro di potere istituzionale nel regno della giuridicità, un luogo classicamente inteso come spazio proprio della magistratura. Dunque, nel caso della "via della diffusione", il potere politico si frammenta tra le istituzioni della democrazia maggioritaria, mentre la corte (suprema o costituzionale) rimane ai margini di qualsiasi controversia su questo genere di potere.

---

[514] A. LO CALZO, Il giudizio di costituzionalità tra accentramento e preminenza dei valori. Recensione a D. Tega, La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia, Bononia University Press, Bologna, 2020, in *Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 3/2021, 1º giugno 2021, 310-326, pp. 323-326.

Succede che, proprio mentre l'idea della divisione tra politica e diritto è sempre più liquida, è poco credibile che un giudice costituzionale situato nel campo democratico esiti a entrare in questioni di merito politico quando ciò si riveli dialetticamente necessario. Le domande a cui si cercherà di dare risposta nel capitolo seguente saranno: quando e come i giudici entrano nel merito politico? Quando oscilleranno verso un comportamento di accentramento? Quando, invece, tenderanno a optare per una prassi diffusiva, in relazione a una certa causa?

1. Il controllo sulla discrezionalità del legislatore: una difficoltà comunicativa

L'idea della discrezionalità del legislatore è a volte intesa come il punto di partenza di una difficoltà di comunicazione tra Parlamento e giudice costituzionale. Quando l'oggetto in esame è eminentemente politico, non è sempre facile per la corte creare lealtà sociale nel suo compito di occuparsi di un'interpretazione giudiziale, senza, invece, sconfinare nell'interpretazione politica del legislatore stesso, esternando al pubblico l'idea che la magistratura invada il campo della politica[515]. Ciò avviene sempre più quando la discussione nelle controversie costituzionali ruota intorno a una legge che si presume illegittima perché presenta un vizio materiale, ovvero quando la decisione discrezionale del legislatore da cui la legge risulta è suppostamente contraria ai valori fondamentali. Tuttavia, affinché il giudice costituzionale possa valutare le scelte politiche secondo il parametro di controllo, il lavoro di interpretazione porta gli stessi giudici a una valutazione la cui natura è, a prima vista, altrettanto politica come lo è la stessa composizione dell'oggetto valutato[516].

La comunicazione sulla discrezionalità del legislatore è ancora più rumorosa quando si tratta del merito penale, perché di regola, al meno nella tradizione di *civil law,* le scelte sui mandamenti incriminatori non appartengono al giudice. Invece, ciò di solito è circoscritto al principio della legalità, secondo l'art. 25 della Cost. italiana, l'art. 5°, XXXIV, della Cost. brasiliana e l'art. 34 della Cost. francese. Dunque, il controllo del

---

[515] S. STEININGER, *Creating loyalty: communication practices in the European and Inter-american human rights regimes*, in *Global constitucionalism*, Cambridge University Press, 2022, 1-36, p. 1-2.

[516] T. GIOVANNETTI, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore*, in *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale. A Roberto Romboli dei suoi allievi*, 2020, p. 20.

giudice sulla questione penale a volte si presenta come una delle chiavi della disconnessione tra la dimensione giuridica e quella politica della costituzione.

Per esplorare questo tema, si forniscano tre approfondimenti su come il potere discrezionale del legislatore sia diventato un tabù per il giudice costituzionale. In primo luogo, l'idea di una "costituzione politica" in Francia, che ha alimentato l'ambiente giuridico del Paese e di altri sistemi giuridici occidentali dalla Rivoluzione francese fino almeno al periodo successivo alla Seconda guerra mondiale. Da questo punto di vista, la costituzione sarebbe uno strumento di natura politica, sotto il dominio e la comprensione dei politologi, non dei giuristi, che fondamentalmente valorizzavano, oltre ai valori democratici che davano tono alla società, anche la disciplinazione delle istituzioni, dei processi elettorali e di come il potere politico potesse mantenere un certo controllo sul modo in cui la legge veniva applicata — nonostante ci fosse già nel sistema costituzionale francese la concezione di una magistratura indipendente per interpretare la legge, cioè non più sottomessa alla figura del "re". La nozione di “costituzione politica” presuppone, dunque, che la disciplina democratica sia sotto la responsabilità della rappresentanza nazionale. Altrimenti, l'ordine costituzionale potrebbe cadere nel dominio dei giudici, generando, in questo modo, un’aristocrazia.

Con ciò non si intende criticare l'idea di costituzione politica. Al contrario, in questa sede di intende valorizzarlo, in quanto valida modalità di percepire la democrazia e la sua corrispondenza con i desideri della società. Tantomeno questa visione squalifica l'utilità di studiare e mettere in evidenza le istituzioni politiche, poiché queste risultano un motore innegabile per l'affermazione dei diritti e per la pacificazione della società. Tuttavia, ciò che ci si aspetta dall'idea di costituzione politica è di chiarire, da un punto di vista metalinguistico, il tipo di contenuto che venga attribuito al concetto di democrazia qualora si neghi ai giudici l'autorità di costruire, insieme ad altre istituzioni, una costituzione interpretata o normativa. In verità, il concetto di democrazia trattato nella Rivoluzione Francese non è lo stesso che la Francia adotta oggi nella sua Quinta Repubblica. Né la democrazia, in tutti i tempi e in tutti i luoghi, era considerata con il favore di cui gode oggi. Pertanto, se prima non avrebbe avuto senso che i giudici si dedicassero al controllo di merito delle scelte legislative alla luce della costituzione, in un’ottica politico-centrica, oggi tale attività giurisdizionale si aggiunge a quella già

svolta dai poteri politici per la traduzione della specifica cultura politica del Paese, la quale diventa a sua volta materia di studi giuridici e politici[517].

In Francia, il concetto di costituzione politica è stato egemonico almeno fino al 1971, quando il *Conseil constitutionnel* francese si pronunciò riguardo al caso della libertà di associazione[518] e costituì la dottrina del "*bloc de constitutionnalité*"[519], con la quale esso stesso stabilì i parametri di controllo di costituzionalità per l'esame delle controversie costituzionali: ciò, ovviamente, ha permesso che questioni che prima erano solo politiche cominciassero, sotto lo spettro di parametri di controllo più estesi, a essere considerate questioni giuridiche e degne di essere sindacate dal giudice costituzionale.

In secondo luogo, proprio per evitare equivoci tra il giudice e il legislatore, la dottrina della questione politica, imperniatasi sulla dottrina della separazione dei poteri in America e utile anche oggi come chiave di lettura per altri sistemi giuridici con un dilemma sulla sindacabilità del merito politico, è stata utilizzata per sostenere che la legittimità democratica su questo tema esiste solo quando il controllo del contenuto in

---

[517] L. FAVOREU, *La constitution et son juge*, Ed. Economica, 2014, p. 19 -21.

[518] Il 16 luglio 1971, nella decisione Liberté d'association, il Consiglio Costituzionale riconobbe il valore costituzionale del Preambolo del 1958 e quindi anche quello del Preambolo del 1946 e del principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica sulla libertà di associazione. Cfr. *Cons. const.*, déc. n° 71-44 DC del 16 luglio 1971, Liberté d'association.

[519] L'espressione "*bloc de constitutionnalité*" è emersa negli anni '70 come una proposta dottrinale, sviluppata inizialmente da Claude Émeri e successivamente da Louis Favoreu. Essa riconosce che i principi e le regole costituzionali vanno oltre gli articoli della Costituzione, includendo anche il Preambolo e altre norme. Questa espressione è simile al concetto di "bloc de légalité" del diritto amministrativo, che si riferisce alle norme superiori che si impongono all'amministrazione pubblica. Entrambe le espressioni mirano a unificare elementi diversi, anche se possono avere limitazioni nel rappresentare completamente l'eterogeneità delle loro componenti. È importante comprendere come il Consiglio Costituzionale abbia stabilito questo "bloc" per comprendere la sua applicazione nel sistema costituzionale francese. Cfr. C. DENIZEAU-LAHAYE, La genèse du bloc de constitutionnalité, in *Titre VII Dossier Conseil constitutionnel*, n. ° 8 - AVRIL 2022, disponibile su : https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-genese-du-bloc-de-constitutionnalite, accesso il 18 maggio 2023.

discussione viene effettuato dai rami politici stessi, e non dalle corti[520]. Ma, ovviamente, soprattutto di fronte al non compimento della massima tutela dei diritti da parte del legislatore, è diventata man mano meno rilevante per restringere l'atteggiamento del giudice costituzionale.

Ciò può essere perfettamente illustrato dal modo in cui Romboli commenta il percorso lungo il quale il giudice costituzionale italiano si è progressivamente avvicinato al potere politico inerente alla funzione del Parlamento. Secondo il libro *Aggiornamenti in processo costituzionale* dedicato al triennio 1987-1989[521] sulla Corte costituzionale in Italia, il rispetto della "discrezionalità del legislatore" è menzionato come un argomento che potrebbe portare la corte a non decidere, nel merito, i contenuti costituzionali; invece, la corte stessa si occuperebbe di adottare sia la decisione di manifesta infondatezza, sia quella di manifesta inammissibilità.

Secondo Romboli[522], il tribunale-custode ha utilizzato il concetto di "manifesta infondatezza" per indicare che il legislatore ha agito in modo razionale e non censurabile nell'esercizio del suo potere discrezionale. Questa valutazione è stata

---

[520] I costituzionalisti generalmente sostengono che la *political question doctrine* sia parte del sistema giuridico statunitense fin dall'inizio del diciannovesimo secolo. Inoltre, gli stessi costituzionalisti sostengono che tale dottrina sia in contrasto con l'attuale visione della Corte Suprema americana come "interprete supremo" di tutte le questioni costituzionali. Tuttavia, secondo T. L. GROVE (*The lost history of the political doctrine*, in *New York University Law Review*, vol. 90, p. 1908), l'attuale dottrina della questione politica, non ha lo sfondo storico che i costituzionalisti le attribuiscono. Per l'autrice, nel diciannovesimo secolo, le 'questioni politiche' non erano questioni propriamente di diritto, ma constatazioni di fatto da parte dei rami politici del governo ed erano considerate conclusive dalle corti nel decidere i casi. In secondo luogo, quando l'attuale dottrina fu finalmente creata a metà del ventesimo secolo, la Corte Suprema la usò per consolidare, piuttosto che per minare, l'emergente supremazia della Corte nel diritto costituzionale. Da questo punto di vista, la Corte Suprema utilizza attualmente la *political question* per rivendicare per sé il potere di decidere quale organo deciderà una questione costituzionale. Con il controllo su tale questione di primo ordine, la Corte Suprema può concludere non solo che una questione è testualmente legata a un ramo politico, ma anche che essa è legata alla corte stessa. Questa analisi ribalta l'assunto degli studiosi secondo cui la dottrina attuale sia in contrasto con la supremazia giudiziaria. La moderna dottrina della questione politica prevede un tipo di supremazia giudiziaria, non una limitazione di essa. In senso opposto, T. M. FRANCK (*Political questions/ judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton University press, Princeton, New Jersey, 1992, p. 156-159) sostiene che dalla nascita della Repubblica degli Stati Uniti d'America, la separazione dei poteri tra il ramo esecutivo, legislativo e giudiziario sia stata garantita dal sistema giudiziario federale. Ma, paradossalmente, grazie alla dottrina della questione politica, alcuni casi attuali non vengono decisi dai tribunali, anche quando riguardano accuse di violazione di una legge o della stessa costituzione da parte del Presidente o del Parlamento, perché riguardano questioni di interesse o merito politico, come in particolare la politica estera. Per Thomas Franck, la *political question doctrine* sarebbe un sotterfugio attuato dai giudici per sfuggire alla loro responsabilità di proteggere la norma costituzionale.

[521] R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale per il triennio 1987-1989,* Editore Giappichelli, 1990.

[522] R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale per il triennio 1987-1989*…, p. 106.

espressa attraverso una decisione di merito. D'altra parte, lo stesso tribunale-custode ha utilizzato il concetto di "manifesta inammissibilità" per indicare che la questione sollevata non era stata adeguatamente formulata. Tale decisione si concentra sul lato procedurale e sottolinea che la questione riguardasse una disciplina in cui il legislatore gode di discrezionalità nel prendere decisioni.

In sostanza, il giudice costituzionale in Italia ha utilizzato questi concetti per distinguere tra decisioni di merito che riguardano la razionalità del legislatore e decisioni procedurali che valutano la corretta formulazione della questione in relazione alla discrezionalità legislativa[523].

In pratica, la sottile differenza tra i due suddetti atteggiamenti dipendeva da come il giudice *a quo* (il portiere della Corte costituzionale nel procedimento in via incidentale) avrebbe impostato la questione di illegittimità, come egli avrebbe attuato l'individuazione del parametro e dell'oggetto e in quale modalità si sarebbe manifestato un intervento legittimo da parte della giustizia costituzionale. Nell'ipotesi in cui giudice *a quo* avesse inquadrato in modo adeguato tali problematiche dal 1987 al 1989, possibilmente la questione sarebbe stata considerata manifestamente infondata; altrimenti, manifestamente inammissibile[524].

Per cui, poiché la corte suprema o corte (o consiglio) costituzionale assume tale ruolo di controllo sull'oggetto politico, ciò comporta rischi di reazioni negative, ovvero attacchi alla legittimità stessa della corte, con l'argomentazione per la quale essa non solo eserciti un controllo di costituzionalità sulla materia politica, ma si appropri anche del potere discrezionale tipico del legislatore. Ciò contribuisce a creare un ambiente che mette in discussione la sua legittimità.

2. Oltre l'argomento contro-maggioritario: le distinte formule di legittimazione democratica degli interventi del giudice costituzionale in materia politica

[523] R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale per il triennio 1987-1989*…, p. 106.

[524] T. GIOVANNETTI, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore… op. cit.*, p. 23.

Mentre, al contrario di decentralizzarsi, il giudice costituzionale tende a centralizzare nelle sue mani il potere sulle questioni politiche, spesso tale atteggiamento viene erroneamente considerato come l'esercizio di una funzione "contro-maggioritaria": il tribunale sarebbe quindi in conflitto con l'organo rappresentativo della democrazia elettiva per quanto riguarda l'esercizio dei poteri legislativi, opponendosi addirittura alla volontà della maggioranza democratica.

Questa visione, tuttavia, è piuttosto semplicistica e non sempre rispecchia ciò che succede effettivamente. Innanzitutto, si potrebbe sostenere che l'obiezione contro-maggioritaria come discorso generico miri principalmente a mettere in discussione la legittimità del tribunale costituzionale nell'affrontare questioni politiche, anziché spiegare la complessità della giustizia costituzionale contemporanea[525].

In secondo luogo, quando si esaminano le questioni politiche attraverso il contenzioso dei diritti fondamentali, i tribunali costituzionali non sempre negano i diritti della maggioranza democratica. A volte, la pratica dimostra esattamente il contrario, ossia un riconoscimento giurisdizionale della tutela dei diritti democratici tradizionali o persino posizioni di favore ulteriormente vantaggiose per il Parlamento. Tuttavia, prima di affrontare questo tema, occorre ricordare che le corti o consigli (supremi o costituzionali) non sono organi istituzionali che assumono comportamenti che li mettono in una posizione di contrasto con la democrazia maggioritaria (nonostante ci sia ancora una certa “ossessione” della dottrina costituzionalista[526] di accusare le corti di illegittimità nella misura in cui dichiarano non più valide delle leggi prodotte dai

---

[525] In questo senso, cfr. C. HÜBNER MENDES, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford University Press, 2013.; M. TUSHNET, *The Counter-Majoritarian Difficulty and the Path of Constitutional Justice*, Princeton University Press, 1999; D. L. KOMMERS, — J. E. FINN, *Constitutional Courts in Comparative Perspective*, Rowman & Littlefield Publishers, 1999; M. DE VISSER, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, Bloomsbury Publishing, 2009.

[526] A questo riguardo cfr. B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, New York University LR, Vol. 73, 1998, 333-433; B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty*, Part Four: Law's Politics. University of Pennsylvania LR, Vol. 148, 2000, 971-1064; B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, New York University LR, Vol. 76, 2001a, 1383-1455; B. FRIEDMAN, *The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship*, Northwestern University LR, Vol. 95, 2001b, 933-954. B. FRIEDMAN, *Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty*, Part Five. Yale LJ, Vol. 112, 2002a., 153-259; B. FRIEDMANN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty*, Part Two: Reconstruction's Political Court, Georgetown LJ, Vol. 91, 2002b, 1-65, ISSN: 2220-2129.

rappresentanti eletti dal popolo[527]). Anzi, la pratica costituzionale contemporanea si è mostrata sempre più articolata, oscillando tra un'anima politica e un'anima giurisdizionale (Roberto Romboli)[528]: di conseguenza, si rivela sempre più come un'istituzione di sofisticazione empirica (Guillaume Tusseau).[529]

A tal proposito, si dovrebbe prendere in considerazione la proposta di Diletta Tega[530] per quanto concerne la giustificazione del giudice costituzionale in Italia – e che forse si collega con ipotesi simili sostenute dalle sue controparti in Brasile, Francia o in altri sistemi. Essa si basa sempre più sui risultati prodotti dal suo lavoro di moderazione nei conflitti sociali piuttosto che su valori costituzionalmente prestabiliti (questo, tra l'altro, è ciò che, secondo la dottrina di Mezzanotte, segna la Consulta italiana dagli anni '70).

D'altra parte, dal punto di vista teorico, Tega sostiene che manchi una teoria completa ed esaustiva che sia in grado di spiegare questa versatilità politico-giuridica della corte. Tuttavia, come si può constatare nella sua opera "*La corte nel contesto*", l'autrice sostiene fermamente che spetti al giudice costituzionale perseguire un'interpretazione su due livelli: la politica e il diritto non devono essere considerati come un semplice conteggio di voti (misurazione della forza politica), ma anche a seconda della loro analisi (valutazione delle rispettive ragioni)[531]. A suo avviso, sono vari i canali di legittimazione che la corte può percorre a seconda delle circostanze che si rivelano nel caso. Ad ogni modo, la corte non dev'essere scissa per nessuna ragione, indipendentemente dal fatto che converga con un'argomentazione dialogica o

---

[527] Secondo Bickel, «Il controllo di costituzionalità è una forza contro-maggioritaria nel nostro sistema. […] quando la Corte suprema dichiara incostituzionale un atto legislativo o l'azione di un esecutivo eletto, va contro la volontà dei rappresentanti del popolo del qui e ora; è la Corte suprema che esercita il controllo, non a nome della maggioranza, ma contro di essa, senza allusioni mistiche. Si tratta di un registro completamente diverso, e questa è la ragione per cui si può affermare che il controllo costituzionale è antidemocratico». A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis, New York: Bobbs-Merril Company, 1962, p.16-17.

[528] Cfr. R. ROMBOLI (a cura di), Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale', Giappichelli, Torino, 2017, in cui diversi contributi mostrano un certo 'sconforto' con questo tipo di approccio e si muovono alla ricerca di un approccio diverso, ad esempio dei contributi di M. DOGLIANI, M. RUOTOLO, A. SPADARO e A. SPERTI.

[529] G. TUSSEAU, *Afrontar la objeción contramayoritaria a la justicia constitucional: en defensa de más empirismo*, in *Avances, Revista de investigación jurídica*, 9 (9), Cajamarca, 2014.

[530] D. TEGA, *La Corte nel contesto…*, *op. cit.*, p. 94.

[531] D. TEGA, *La Corte nel contesto…*, *op. cit.*, p. 95.

habermasiana; ciò significa che il tribunale costituzionale deve tener conto dei risultati concreti che il suo giudizio è in grado di offrire in risposta ai conflitti sociali e alla necessità della loro mediazione[532].

Facendo riferimento all'apertura dei canali di legittimazione, il giudice costituzionale, quando si confronta con il legislatore, può adottare una posizione più vicina alla volontà del popolo (in quanto detentore del potere statuale). È in casi come questo che si verifica la teoria dei momenti costituzionali di Bruce Ackerman, secondo la quale le corti (supreme o costituzionali), dopo aver svolto un'analisi approfondita, stabiliscono se le volontà della democrazia tradizionale (maggioritaria) sono state realmente garantite dal prodotto legislativo[533].

In secondo luogo, John Hart Ely accosta il giudice costituzionale alla democrazia tradizionale. Per l'autore, l'idea che egli sia un "nemico democratico" non trova nessun appoggio. Al contrario, tra le altre cose, una corte (suprema o costituzionale) potrebbe intervenire per assicurarsi che i processi cruciali della democrazia, come il voto e le elezioni, si svolgano senza problemi[534]. Di conseguenza, un giudice, piuttosto che esprimersi contrario alla volontà della maggioranza, deve essere in grado di giustificare il suo atteggiamento divergente mediante la giurisdizione costituzionale.

---

[532] D. TEGA, *La Corte nel contesto…*, *op. cit.*, p. 95.

[533] Tra le teorie di legittimazione della giustizia costituzionale che trovano una compatibilità tra il lavoro della corte e la democrazia maggioritaria, vale ricordare la proposta di Bruce Ackerman secondo cui il ruolo della giurisdizione costituzionale consiste nell'esaminare la compatibilità tra politica ordinaria e politica estraordinaria per garantire che la volontà della cittadinanza sia rispettata. B. ACKERMAN, *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*, Trad. Julia Sichiei Moura e Mauro Raposo de Mello. Del Rey Editora: Belo Horizonte, 2009, p. 10; B. ACKERMAN, *Entrevista a Bruce Ackerman*, C. ROSENKRANTZ, in *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 515-520, nº 17-18, 1995, p. 520. A questo riguardo, la corte si domanda: la volontà dei rappresentati politici rappresenta la volontà del popolo? Come risposta, bisogna capire che, se nei 'momenti normali o ordinari' la politica è neutralizzata nelle mani degli agenti rappresentativi, in una sorta di monismo democratico, nei 'momenti costituzionali o straordinari', invece, il popolo esercita un potere decisionale che non si confonde con quello esercitato dai governanti, in una sorta di dualismo democratico o democrazia duale. Cfr. A. ABAD I NINET; J. MONSERRAT MOLAS, Josep, *Principio de discurso y democracia directa: Faktizität und geltung y la obra de B. Ackerman*, in *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 505-626, nº 32, 2009, p. 607. Dunque, al conformare la politica ordinaria alla politica estraordinaria, il giudice costituzionale non si occupa a sviluppare la democrazia, bensì a garantirne il corretto funzionamento. Il giudice costituzionale non si oppone alla volontà del popolo, ma la tutela di fronte alla volontà dei rappresentanti. B. ACKERMAN, *La constitución viviente*, Traducción e Introducción de Carlos M.ª Enrigue. Marcial Pons: Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011, p. 26.

[534] J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, A Theory of Judicial Review. Cambridge (Mass.), London: Harvard UP, 1980, p. 87-104.

In terzo luogo, soprattutto di fronte ai giudici (comuni o sopranazionali) o anche davanti al legislatore stesso, una posizione contro-maggioritaria legata alla tutela dei diritti delle minoranze (etniche o dissidenti) può essere la soluzione più prudente, a seconda della peculiarità del caso. A tal riguardo, il giudice costituzionale, nel leggere la congiuntura, si assume la responsabilità di riconoscere il concetto di democrazia in un senso sostanziale o più inclusivo, cioè non limitato alla maggioranza occasionale. È proprio per questo motivo che va evidenziata la teoria di Laurence Burgorgue-Larsen sulla tutela dei diritti e della libertà nel diritto francese, che si estende anche alle ricerche di diritto comparato[535].

Oltre agli esempi sopracitati, tutte le altre questioni di dibattito pubblico dovrebbero essere affrontate dalla politica elettorale per evitare che la giustizia costituzionale passi dalla condizione di "ramo più debole" (come lo definì Alexander Hamilton nel Federalista n. 78) alla condizione di "ramo più pericoloso" (come segna ora David A. Kaplan nell'omonimo libro[536]). In ogni caso, quando si tratta di coordinare le azioni messe in atto per rispondere alla pandemia, al fine di limitare i gravosi effetti sanitari e socioeconomici causati dalla sua diffusione virale, forse il giudice

---

[535] Al di là del valore della democrazia maggioranza, Laurence Burgorgue-Larsen sostiene che la democrazia liberale si basa sia sul voto (dove si intende risparmiare gli Stati e la ricchezza culturale dei loro sistemi giuridici), ma anche sulla tutela dei diritti e delle libertà, in particolare delle minoranze (questa tutela dei diritti delle minoranze è del resto anche al centro della legittimazione delle corti supreme o costituzionali, o sopranazionali). Secondo l'autrice, il termine 'minoranze' non riguarda solo alle minoranze etniche, ma anche include qualsiasi voce dissenziente, cioè quella di individui o gruppi di individui (per esempio all'interno dei partiti politici), che hanno un punto di vista minoritario nei confronti delle autorità dominanti. In questo senso, la vitalità democratica di una società si misura sia con la protezione delle minoranze etniche che con le varie voci dissenzienti, che, se non adeguatamente rispettate secondo il principio di non discriminazione e di libertà di espressione, devono essere protette da una risposta ferma e intransigente delle corti in difesa dei valori trasgrediti per salvaguardare la vitalità democratica. L. BURGORGUE-LARSEN, *Discours - Promouvoir une forme de gouvernance démocratique*, Conférence des 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme, Cour Européenne des droits de l'homme, Strasbourg, le 18 septembre 2020, p. 6-7. Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne Strasbourg, le 18 septembre 2020. Disponibile su : https://echr.coe.int/Documents/Speech_20200918_Burgorgue-Larsen_Conference_70_years_Convention_FRA.pdf. Accesso il 04/02/2022.

[536] Cfr. D. A. KAPLAN, *The most dangerous branch. Inside the Supreme court's assault on the constitution*, Crown, 2018, pp. 464: Kaplan sostiene che la Corte Suprema americana rimase entro i limiti costituzionalmente delineati, con poche eccezioni, per gran parte della sua storia, fino alla sentenza Roe c. Wade del 1973. In quel caso, argomenta l'autore che i giudici sono entrati pienamente nel campo del riconoscimento dei diritti individuali che non sono esplicitamente elencati nella costituzione. A tal riguardo, tuttavia, la corte stessa non riuscii in modo logico o persuasivo il motivo per cui la costituzione dovrebbe essere letta per proteggere il diritto all'aborto. Kaplan argomenta che Roe c. Wade è stato un punto di inflessione per la Corte proprio perché i giudici si sono inutilmente messi in mezzo a una questione [l'aborto] che sarebbe meglio lasciarla ai rami democraticamente responsabili.

costituzionale può assumere un atteggiamento specifico che vada oltre la dicotomia "maggioritario" e "minoritario".

Come vedremo in seguito, se un sistema costituzionale, nel suo insieme, è *a priori* incapace di formulare e attuare risposte idonee per arginare il problema, ne potrebbe scaturire un eccessivo squilibrio tra le istituzioni politiche, anche se limitato dalla durata del regime emergenziale adottato. Tra l'altro, si presuppone che il potere si concentri nelle mani di un solo governante a discapito del Parlamento, una situazione che, in termini di dialogo interistituzionale, può portare al *backsliding*, forse anche irreversibilmente.

In particolare, può essere interessante per un giudice costituzionale prestare speciale attenzione all'idea che si formi un governo moderato in conformità con lo Stato di diritto. Bisogna dunque evitare ciò che John Stuart Mill ha definito la "tirannia della maggioranza"[537], vale a dire l'accentramento dei poteri nelle mani del capo del governo, anche se per delega della legislatura o sotto la fiducia dell'opinione pubblica; tale declinazione della tirannia può portare a disposizioni dispotiche simili a quelle che si riscontrano in qualsiasi regime non-democratico[538].

Non di rado, le omissioni legislative inducono i giudici a trovare una via d'uscita all'interno della legge per risolvere casi concreti, il che evidentemente conduce all'attivismo giudiziario. D'altra parte, anche quando una materia è già regolata dal legislatore, i giudici possono rivedere la legge, fornendo una soluzione normativa non prevista dalla democrazia rappresentativa. In questo senso, vale la pena sottolineare la possibilità di attuazione di una protezione giudiziaria dei "nuovi diritti", ossia la possibilità che i "diritti inviolabili", o diritti fondamentali, ricevano un'azione concreta da parte della giurisprudenza, diversa, peraltro, da quella data dall'intervento del legislatore, con modalità e limiti diversi.

Dunque, per quanto concerne il dialogo tra giudice costituzionale e legislatore, le critiche alla creazione giurisdizionale si concentrano sulla presunta violazione del principio della riserva di legge. Ciò implica che le sentenze con contenuto innovativo

---

[537] J. S. MILL, *On Liberty*, 1860. Disponibile su http://www.constitution.org/jsm/liberty.htm. Accesso il 28/08/2014.

[538] G. TUSSEAU, *Afrontar la objeción contramayoritaria a la justicia constitucional…*, *op. cit.*. p. 27.

invadano la sfera di competenza del legislatore e creino regole con contenuto giuridico. Alcuni studiosi hanno affermato che la natura creativa dell'attività giudiziaria sia una verità ovvia, mentre altri hanno screditato il mito del giudice che estrae un unico significato possibile dalla legge attraverso un'unica interpretazione corretta. In definitiva, la questione riguardante la capacità dei giudici di creare regole specifiche per i singoli casi è considerata sorprendentemente ancora oggetto di discussione.

3. Tre idee sulla forza del contenzioso costituzionale in base alla discrezionalità legislativa in Brasile, Italia e Francia

Il grado di facoltà del giudice costituzionale di detenere discrezionalità di tipo politico nei riguardi dell'attività del legislatore è di solito qualificato come termometro della funzione interpretativo-creativa riguardo ai dilemmi sociali più controversi[539]: tuttavia, le corti sono maggiormente inclini a essere interpreti o più creatrici? In particolare, così come sostiene la tesi del (ri)accentramento, nel definire la facoltà di accentramento, decentramento o riaccentramento della corte (suprema o costituzionale), in base al contesto di riferimento[540], vi sarebbero altri ripensamenti teorici atti ad appoggiare tale argomento?

Le domande presentate si esprimono riguardo non solo all'imperativo di tutelare massimamente i diritti fondamentali, ma anche sulla salvaguardia dell'integrità istituzionale della corte stessa. Soprattutto in scenari politici in cui i discorsi sovversivi sono in crescita[541], un intervento del giudice costituzionale su una questione politica di rilievo può portarlo a divenire bersaglio di attacchi da parte di altre istituzioni o dalla società civile stessa. Ma, provando a capire tali problematiche da un punto di vista interno al diritto, almeno tre idee servono a esplicare le modalità in base a cui la

---

[539] Vale la pena citare la decisione della Corte costituzionale colombiana che ha decriminalizzato l'aborto, THE GUARDIAN, *Colombia legalises abortion in move celebrated as 'historic victory' by campaigners. Colombia has decriminalised abortion during the first 24 week of pregnancy, following rulings in Mexico and Argentina that improve access to abortion*, 21 febbraio 2022.

[540] D. TEGA, *The Italian constitutional court in its context: a narrative*, in *European Constitutional review*, v. 17, issue 4, Cambridge University Press, 2021.

[541] A questo riguardo, occorre menzionare la notizia pubblicata dal THE ECONOMIST, *A populist pushes back: Jair Bolsonaro fires up his fans by attacking judges. A huge protest supporting the president could be a hint of what's to come in 2022*, 11 settembre 2021.

giustizia costituzionale potrebbe consolidarsi in modo così forte — in quanto detentrice dell'ultima parola — sull'aspetto della discrezionalità politica, così come, invece, potrebbe seguire un percorso contrario, ovverosia lasciare l'ultima parola agli altri. Le summenzionate idee sono rappresentate dalla dottrina della struttura basica[542] (o della super-costituzione[543]), dall'*hard constitutional review* e dal *soft constitutional review*[544]. Come si vedrà in seguito, la comprensione delle prospettive di cui parlano può aiutare a capire come mai avviene un cambiamento della dottrina sulla discrezionalità, specie in riferimento al legislatore penale.

Secondo la c.d. *basic structure doctrine*, un'idea diffusa nel diritto costituzionale globale a partire dai precedenti della Corte suprema dell'India[545], vi è qualcosa nelle democrazie liberali che risulta superiore alla stessa idea di giurisprudenza costituzionale: la struttura basica o fondamentale del sistema costituzionale. In tal senso, non soltanto una legge, ma anche un'emenda costituzionale potrà essere dichiarata illegittima se viola tale struttura basica della costituzione e, quindi, può essere spurgata dal sistema dallo stesso giudice costituzionale. Tale innovazione della Corte

---

[542] S. KRISHNASWAMY, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine (Law in India)*, OUP India, 2010, 244 p.

[543] J. DE MUNCK, Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System, Antoine Lyon-Caen, Jean-Philippe Robé & Stéphane Vernac, London: Routledge, 2016, p. 31 ss.

[544] N. GAROUPA, Constitutional review, in Roger D. Congleton, Bernard N. Grofman, Stefan Voigt, *The Oxford Handbook of Public Choice*, Volume 2, 2019, p. 139.

[545] L'India è diventata una repubblica il 26 gennaio 1950, con l'adozione della Costituzione Indiana. Il significato del 29 aprile 1973 risiede nella sentenza Kesavananda Bharati, in cui la Corte Suprema dell'India ha stabilito il concetto di "Struttura Fondamentale" della Costituzione. Questo concetto garantisce che il potere del Parlamento di emendare la Costituzione sia limitato e non possa violare i principi e le caratteristiche fondamentali della Costituzione stessa. La dottrina della Struttura fondamentale protegge la natura democratica e secolare dell'India, i diritti fondamentali, la forma di governo parlamentare e il carattere federale della nazione. Essa è stata ulteriormente ampliata attraverso sentenze successive, rafforzando la sovranità del popolo indiano. La dottrina comprende elementi come lo Stato di diritto, l'armonia tra i diritti fondamentali e i principi direttivi, il controllo giudiziario, l'accesso alla giustizia, la giustizia sociale ed economica, l'indipendenza del potere giudiziario e la laicità. La teoria della Struttura fondamentale continua a evolversi, e possibili futuri aggiornamenti potrebbero includere il diritto alla privacy, alla libertà legata all'orientamento sessuale e alla scelta individuale, nonché il diritto all'accesso a Internet. Il tema di "Sabka Saath, Sabka Vikas" promosso dal Primo Ministro Narendra Modi, che enfatizza l'uguaglianza e il benessere sociale, si allinea anche ai principi fondamentali e ai principi direttivi della Costituzione che rientrano nella Struttura Fondamentale. V. SOOD, The significance of April 29, 1973 in the Indian Constitution: The Kesavananda Bharati case and the Basic Structure Doctrine, in *Outlook*, 23 aprile 2023, disponibile su https://www.barandbench.com/columns/the-significance-of-april-29-1973-in-the-indian-constitution-the-kesavananda-bharati-case-and-the-basic-structure-doctrine, accesso il 10 maggio 2023.

costituzionale dell'India ha preso vita e si trova al centro dei dibattiti più attuali che coinvolgono le corti (supreme o costituzionali) e i legislatori di tutto il mondo[546].

L'argomento teorico discusso non mira a sminuire il potere del giudice costituzionale di invalidare le modifiche costituzionali, considerate il lavoro più raffinato del legislatore. Nonostante sia ancora considerato tabù in diversi sistemi costituzionali che limitano il controllo sulle leggi ordinarie o norme di livello inferiore, questa prospettiva non è più così radicale come nel passato. Paesi come Italia, Brasile, India, Germania e Taiwan, che sono oggetto di questa ricerca, prevedono la possibilità per la corte suprema o costituzionale di invalidare le modifiche costituzionali. Ciò che emerge è la possibilità che una sovra-costituzione o super-costituzione diventi un parametro di controllo ancor più elevato rispetto al testo costituzionale stesso, sia per la difesa della democrazia, sia per promuovere la democratizzazione.

Pertanto, alla luce della dottrina della Corte suprema dell'India, l'art. 37 della Costituzione nazionale, nella sua parte IV, contiene valori fondamentali persino ben più importanti di testi normativi presenti in altre parti della Costituzione stessa. Comunque, dalla lettura dell'art. 37, il giudice costituzionale non potrebbe adottare i valori della menzionata parte IV quale parametro di controllo:

> 37. Applicazione dei principi contenuti in questa parte - Le disposizioni contenute in questa parte non possono essere applicate da nessun tribunale, ma i principi in essa stabiliti sono comunque fondamentali nel governo del Paese e sarà dovere dello Stato applicare questi principi nel fare le leggi.

Tuttavia, il giudice costituzionale in India ha reinterpretato l'articolo non solo per costituirlo come parametro di riferimento, ma anche per dargli un peso normativo ancor più elevato.

Inoltre, il dialogo giurisdizionale tra il giudice costituzionale e il legislatore può essere inteso dall'interazione e dall'intensità del controllo di costituzionalità in ogni Paese. In tal senso, mentre nell'*hard constitutional review* la corte ha l'autorità finale nel controllo di costituzionalità senza strumenti formali di prevalenza legislativa, nella *soft constitutional review* la legislatura dispone di strumenti di prevalenza sulle decisioni del giudice costituzionale. Tali distinzioni contribuiscono a delineare il quadro del potere e dell'equilibrio istituzionale nel sistema giuridico-politico dei tre sistemi nazionali ricercati in questa sede.

---

[546] S. KRISHNASWAMY, *Democracy and Constitutionalism in India*…244 p.

In Brasile, il STF esercita un ampio controllo costituzionale, conducendo una revisione rigorosa (*hard law review*) delle leggi. Questo non è unicamente un esercizio giurisdizionale, ma anche un fondamentale strumento di *governance*. Secondo la visione giuridica della Cost. 1988, infatti, essa viene considerata una "*policy-oriented constitution*", e funge da punto di riferimento per le interazioni tra i vari poteri statali, gli attori politici e le entità federali[547]. Tale approccio conferisce al sistema costituzionale brasiliano una particolare dinamicità, rendendo meno netta la distinzione tra i meriti politico e giurisdizionale. In tale contesto, il parametro costituzionale viene percepito come un progetto per il futuro politico del Paese. Di conseguenza, il ruolo del giudice costituzionale non si limita alla valutazione delle leggi ordinarie, ma si estende alla facoltà di dichiarare illegittimi sia gli emendamenti costituzionali, sia le azioni governative che violano la struttura fondamentale della Costituzione.

Tale disposizione ha significativamente rafforzato la posizione del STF come massimo interprete della Costituzione brasiliana, consolidando il suo ruolo come garante dell'equilibrio dei poteri nello Stato e fornendo, così, un contrappeso cruciale all'attività legislativa. In questo modo, il STF garantisce la continuità democratica, la salvaguardia dei diritti fondamentali e la realizzazione effettiva degli ideali costituzionali.

In Italia, si è già verificato un incremento del controllo di costituzionalità *hard* da parte della Corte costituzionale, il che ha implicato la necessità di una verifica più approfondita del controllo sugli atti del legislatore. Un elemento di particolare rilevanza è, inoltre, il meccanismo di distanziamento dalle questioni politiche, che mira a mantenere una separazione tra il merito politico e la giurisdizione. Questa distinzione, tradizionalmente enfatizzata nella dottrina delle "rime obbligate", appare tuttavia più sfumata in seguito al caso Cappato[548]. In questo caso, la Corte ha assunto un ruolo attivo nel definire una nuova disciplinazione dell'assistenza al suicidio (che sarebbe stata, normalmente, una decisione riservata al legislatore).

Inoltre, si è verificato un cambiamento significativo nella giurisprudenza, a partire dal 2018, che ha superato le precedenti restrizioni interpretative. Nonostante la

---

[547] R. B. ARANTES, STF e Constituição policy-oriented, in *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 299-342, jan./jun. 2021, p. 299 ss.

[548] R. ROMBOLI, Il Sistema "accentrato" di costituzionalità… p. 15.

rilevanza di tali questioni, l'attuale seminario si focalizza sulle relazioni della Corte con l'autorità giudiziaria, suggerendo una diversa interpretazione del termine "accentrato", il quale sembra riferirsi maggiormente alla posizione centrale della Corte nel sistema giudiziario.

All'interno del panorama francese, il Consiglio costituzionale adotta un modello di controllo di costituzionalità avente una minore tendenza all'interventismo, se confrontato con realtà internazionali quali, ad esempio, quella brasiliana. Infatti, il Consiglio si è dichiarato incompetente nell'esaminare la costituzionalità delle "leggi costituzionali", le quali rappresenterebbero l'espressione del "potere sovrano"[549]. Dunque, il giudice costituzionale si sottrae al controllo degli atti legislativi di maggiore importanza. Tale posizionamento conduce a un controllo di costituzionalità *soft*, vale a dire più limitato rispetto ad altri scenari internazionali.

Il caso francese evidenzia la variabilità dell'interazione tra giudice costituzionale e legislatore, a seconda del contesto nazionale di appartenenza. Ciò sottolinea l'importanza di una valutazione attenta delle peculiarità di ciascun sistema nazionale quando si procede allo studio del controllo di costituzionalità.

4. Le ipotesi di decentralizzazione del poter legislativo verso il giudice costituzionale

Nel contesto dell'interazione tra il legislatore e l'interprete della legge, emerge una complessa dinamica di potere che merita un'attenta analisi. In questo scenario, il ruolo del giudice costituzionale va oltre una mera interpretazione passiva della legge, poiché egli collabora attivamente con il legislatore nel processo di creazione delle leggi. Si tratta di un delicato equilibrio tra la necessità di rispettare la volontà del legislatore e il dovere di garantire che le leggi siano in linea con i diritti fondamentali.

Tra i limiti della creazione giudiziaria si annovera la possibilità di intervento da parte del legislatore attraverso l'adozione di vere e proprie leggi di interpretazione, che potrebbero anche prevedere l'applicazione retroattiva ai procedimenti in corso. Inoltre, l'emanazione di modifiche costituzionali potrebbe entrare in conflitto con decisioni già

[549] F. WODIÉ, Le Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire, in *Nouveaux Cahiers Du Conseil Constitutionnel*, n. 40, giugno 2013.

prese dal giudice costituzionale riguardo all'incostituzionalità. Tuttavia, anche le interpretazioni giuridiche autentiche non sono immuni dall'essere soggette a ulteriori interpretazioni e dall'attribuire un significato normativo che vada al di là della volontà originaria del legislatore.

Nei sistemi giuridici con una robusta giustizia costituzionale, gli emendamenti costituzionali che si contrappongono alle precedenti dichiarazioni di incostituzionalità emesse dalla corte (suprema o costituzionale) possono essere considerati inapplicabili, legittimamente, dal giudice costituzionale stesso, se rappresentano una reiterazione di uno stato di violazione dei diritti inalienabili o delle basi fondamentali della costituzione, come sostenuto da Yaniv Roznai[550].

Nonostante una certa resistenza da parte del legislatore verso l'ingerenza della giurisprudenza, nell'ambito delle democrazie liberali sembra impensabile un ritorno del giudice al ruolo di "*la bouche de la loi*" (la bocca della legge), dal momento che l'interpretazione giudiziaria avrà sempre luogo con un grado di creatività variabile. Tuttavia, anche nelle forme più creative di interpretazione, la produzione di diritto da parte del giudice non può essere confusa con quella facente capo al legislatore, poiché le due figure agiscono in campi normativi distinti.

È utile, inoltre, considerare la teoria di Ran Hirschl, che descrive un fenomeno noto come "*juristocracy*"[551]. Tale termine si riferisce a un sistema in cui il potere decisionale viene trasferito dai rappresentanti politici al giudice costituzionale. Secondo Hirschl, questo processo è spesso favorito dagli stessi rappresentanti politici, che vedono nel trasferimento di potere un modo per ridurre i rischi associati alle decisioni politiche controverse e per preservare il loro controllo politico.

4.1 Il trasferimento di responsabilità politica nelle mani del giudice come una comodità per il legislatore (un segnale di *juristocracy*) in Brasile

[550] Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 21; cfr. altresì DIXON, R.; LANDAU, D. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitu-tional Amendment: r05387. International Journal of Constitutional Law, v. 13, n. 3, p. 606-638, 2015.

[551] R. HIRSCHL, *Towards juristocracy*, Harvard University Press, 2004. p.2 ss.

D'altra parte, secondo Hirschl, le attuali ingerenze dei giudici costituzionali nei poteri di altre istituzioni potrebbero essere meglio intese come rispondenti a un "nuovo regime politico" chiamato "giuristocrazia". In esso i tribunali non operano in un vuoto istituzionale o ideologico, ma all'interno delle lotte sociali, politiche ed economiche che modellano l'ordine politico. Pertanto, le crisi legate alla separazione dei poteri e all'attivismo giudiziario possono derivare da un problema organico nel quadro di un sistema politico disfunzionale. Quando un sistema politico è disfunzionale, le Corti costituzionali spesso assumono un ruolo di maggior rilievo. In Brasile, per esempio, ciò accade perché la mancanza di posizione del legislatore su temi controversi può portare a una crescente dipendenza dal giudice costituzionale, in quanto si spera che questi possa compensare le carenze politiche[552].

Mentre tutto questo può sembrare contrario all'interesse personale dei "rappresentanti del popolo", in realtà non lo è per almeno due ragioni. Innanzitutto, perché tali rappresentanti sperano che, trasferendo le loro responsabilità alla giustizia costituzionale, saranno in grado di ridurre i rischi per sé stessi – come decidere su questioni considerate controverse da gran parte degli elettori. *In secundis*, perché sperano anche che la loro egemonia rimanga invariata, anche nel caso in cui una nuova e antagonista élite politica salisse al potere, dal momento che una Corte forte sarebbe in grado di impedire agli scopi e all'ideologia di questa nuova élite di alterare l'ordinamento giuridico esistente[553]. Così, la *juristocracy* sarebbe, prima di tutto, un regime volto preservare l'egemonia dell'élite dominante e non un semplice affronto all'interesse politico.

La tesi egemonica sulla conservazione di Hirschl sostiene che l'attuazione di una forte forma di costituzionalismo – caratterizzata dalla capacità delle istituzioni

---

[552] E. F. da SILVA, Há excesso de jurisdição no Brasil? Apontamentos sobre a jurisdição constitucional brasileira à luz da evolução histórica do Estado Democrático de Direito, in *Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado*, setembro 2012; F. L. de OLIVEIRA — L. GROSS CUNHA — L. Ramos. O STF na visão dos brasileiros: ruim com ele, pior sem ele. Na academia, é discutido se e de que forma algumas práticas decisórias do Tribunal impactam negativamente sua legitimidade. In *Jota*, 2021, disponibile su https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/o-stf-na-visao-dos-brasileiros-ruim-com-ele-pior-sem-ele-13082021, accesso il 18 giugno 2023; G1, *Ministro Luiz Fux critica falta de posicionamento do Legislativo 'O Parlamento não quer pagar o custo social de assumir uma posição', falou. Ministro disse que embargos infringentes serão julgados no início de 2014*, 29 novembre 2013, disponibile su: https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2013/11/ministro-luiz-fux-critica-falta-de-posicionamento-do-legislativo.html, accesso il 18 giugno 2023.

[553] R. HIRSCHL, *Verso giuristocrazia*. Harvard University Press, Cambridge, 2007, p. 11-12; 38-49.

giudiziarie di annullare la legislazione in disaccordo con la Carta dei diritti – sia un riflesso di un'articolazione strategica tra gli attori politici, l'élite giudiziaria e l'élite economica. I leader politici potrebbero trovarsi nel bel mezzo di una situazione in cui temono la sconfitta alle prossime elezioni a seguito di cambiamenti significativi nell'orientamento ideologico e nella composizione sociale dell'elettorato, i quali aspetti potrebbero rendere impraticabile rieleggere l'attuale coalizione legislativa nel prossimo futuro. In questo contesto, può essere conveniente per gli attuali detentori del potere politico incoraggiare un maggiore controllo della costituzionalità per evitare che le proposizioni e le ideologie consolidate vengano sostituite da altre che sono il risultato di una nuova maggioranza legislativa e di governo[554]. Nel contesto brasiliano, l'élite politica egemone inizia a tollerare che il proprio potere decisionale sia sottoposto alle decisioni della giustizia costituzionale, specialmente riguardo a questioni controverse o divisive all'interno della società, pur riconoscendo successivamente che il ruolo del giudice supremo va al di là del ragionevole[555].

Secondo Hirschl, è probabile che le élite egemoniche e i loro rappresentanti politici avviino e realizzino una sorta di trasferimento di potere alla giustizia costituzionale: 1) nel caso in cui incontrino svantaggi strategici nell'aderire ai processi decisionali della maggioranza o qualora le loro visioni del mondo e le loro politiche siano sempre più sfidate in tali arene; (ii) nel momento in cui la giustizia costituzionale goda di una reputazione migliore del regime politico per la sua rettitudine, professionalità e imparzialità; 3) quando le élite sociopolitiche che delegano il potere ai tribunali godano di un controllo generale sulla formazione giuridica e sulla nomina dei giudici costituzionali; 4) nella circostanza in cui i tribunali siano inclini a decidere

---

[554] R. HIRSCHL, *Towards juristocracy*. Harvard University Press, Cambridge, 2007, p. 11-12; 38-49.

[555] A. C. M. de P. BOTELHO, O superpoder exercido pelo STF pode ser considerado uma tirania do judiciário?. In *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, [S. l.], v. 4, n. 3, p. 183–202, 2020, disponibile su: https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/26962, accesso em: 18 jun. 2023: La transizione dal periodo aturoitario a quello democratico in Brasile è stata portata avanti con l'adozione della Costituzione del 1988, che ha rafforzato i meccanismi di giustizia costituzionale. La giudizializzazione della politica e il ruolo predominante del STF hanno generato dibattiti accesi sull'attivismo giudiziario e sui limiti del potere giudiziario stesso. L'ingerenza del STF nel processo decisionale politico e la mancanza di iniziativa legislativa da parte del Parlamento, tuttavia, sollevano interrogativi sulla democrazia deliberativa e sull'equilibrio dei poteri nello Stato brasiliano.

secondo le propensioni ideologiche e culturali già stabilite[556]. Tuttavia, nella pratica, l'effettivo trasferimento volontario del potere legislativo al giudice-custode ha avuto come conseguenza una diminuzione della fiducia nel tribunale costituzionale[557].

In sintesi, Hirschl offre spiegazioni descrittive sulle cause del costituzionalismo e critica la tendenza globale verso la giuristocrazia. Sottolinea che se il costituzionalismo e il controllo costituzionale sono utilizzati in modo disonesto, al di là della protezione dei diritti individuali e della giustizia sociale, possono presentare problematiche dal punto di vista normativo. Hirschl affronta due linee di argomentazione sulle problematiche normative del costituzionalismo. La prima si basa sull'approccio prospettico di Dworkin[558], che valuta il costituzionalismo in base alla sua capacità di produrre decisioni che promuovono la giustizia distributiva. Tuttavia, Hirschl sostiene che un'analisi comparativa dei processi decisionali giudiziari in diversi Paesi indica che il costituzionalismo non riesce spesso a promuovere la giustizia distributiva a causa di una tendenza neoliberista interpretativa dei diritti costituzionali[559].

La seconda linea di argomentazione sottolinea che il costituzionalismo indebolisce il potere del popolo e viola i principi di una democrazia equa nel processo decisionale politico[560]. In tal senso, Hirschl dubita che uno *strong judicial review* possa minare la natura stessa della politica democratica come compromesso deliberativo tra rappresentanti eletti[561] e, inoltre, evidenzia che la pratica del giudice costituzionale spesso coincide con interessi egemonici, aggiungendo un elemento empirico alla sua critica basata su dei risultati.

---

[556] R. HIRSCHL, 'Juristocracy' — Political, not Juridical, in The Good Society, in *Penn State University Press*, Volume 13, Number 3, 2004, pp. 6-11, p. 9.

[557] L. PAIVA, Imagem do Supremo: Brasileiros estão rachados quanto à confiança no STF, diz pesquisa AtlasIntel-JOTA. Moraes é o ministro com maior popularidade, mas empata tecnicamente na liderança da rejeição com Gilmar Mendes, in *JOTA*, 2023, disponibile su: https://www.jota.info/stf/do-supremo/brasileiros-estao-rachados-em-relacao-a-confianca-no-stf-diz-pesquisa-atlasintel-jota-13012023, accesso il 10 maggio 2023.

[558] R. HIRSCHL, *Towards juristocracy*. Harvard University Press, Cambridge, 2007, p. 3.

[559] R. HIRSCHL, *Towards juristocracy*…, p. 3.

[560] R. HIRSCHL, *Towards juristocracy*…, pp. 100-168.

[561] R. HIRSCHL, *Towards juristocracy*..., p. 187.

In conclusione, l'esempio del Brasile evidenzia come il trasferimento di responsabilità politica al giudice sia spesso percepito come una comodità per il legislatore. Questo fenomeno può essere interpretato come segnale di una crescente *juristocracy*, in cui il potere decisionale viene delegato al giudice anziché essere affrontato in modo adeguato dalla sfera politica. Tale tendenza solleva interrogativi sulle implicazioni democratiche e sulla separazione dei poteri, in quanto il ruolo del giudice diventa sempre più influente nella definizione delle politiche pubbliche. È fondamentale che tale trasferimento di responsabilità sia attentamente valutato e che si cerchi un equilibrio appropriato tra i poteri delle istituzioni, in modo da preservare l'integrità del processo decisionale politico e la partecipazione democratica. Inoltre, è essenziale che il legislatore mantenga la sua responsabilità di rappresentare le istanze e rispondere alle esigenze della società, evitando la delega delle proprie funzioni al giudice come una soluzione conveniente o una mera forma di evasione dai propri doveri rappresentativi.

4.2. Il caso Cappato e il ruolo co-legislativo della Corte costituzionale in Italia

Secondo Romboli[562], il caso Cappato fornisce interessanti spunti riguardo alla leale collaborazione tra la Corte costituzionale e il potere legislativo, in relazione all'urgente problema dell'incostituzionalità delle leggi e alla discrezionalità del legislatore nel definire una disciplina normativa mancante sull'argomento materiale affrontato.

In questo contesto, la Consulta ha scelto la tecnica della sentenza in "due tempi"[563], ovvero, inizialmente, ha emesso un'ordinanza di incostituzionalità prospettata (ordinanza n. 207/2018), sospendendo il giudizio per circa un anno, al fine di incentivare il legislatore a riformare la legislazione vigente entro il termine prestabilito. In seguito, in merito alla duratura inattività del legislatore, la Corte ha quindi

[562] R. ROMBOLI, Il «caso Cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda, in *Rivista Foro it*, 6, 2019, I, col. 1892 ss.

[563] Così la Presidente della Corte costituzionale M. CARTABIA nella *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 10; prescelta anche da R. ROMBOLI, Il nuovo tipo di decisione in due tempi e il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?, in *Foro italiano (Il)*, 2020, n. 9, La Tribuna, parte I, p. 2565 ss.

confermato le conclusioni della suddetta ordinanza con la sentenza n. 242/2019[564], che ha stabilito che,

> 4.– In assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, questa Corte non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il vulnus costituzionale già riscontrato con l'ordinanza n. 207 del 2018.
> Non è a ciò d'ostacolo la circostanza che – per quanto rilevato nella medesima ordinanza e come poco sopra ricordato – la decisione di illegittimità costituzionale faccia emergere specifiche esigenze di disciplina che, pur suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore, non possono comunque sia essere disattese.
> Il rinvio disposto all'esito della precedente udienza risponde, infatti, con diversa tecnica, alla stessa logica che ispira, nella giurisprudenza di questa Corte, il collaudato meccanismo della "doppia pronuncia" (sentenza di inammissibilità "con monito" seguita, in caso di mancato recepimento di quest'ultimo, da declaratoria di incostituzionalità). Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità.

A questo punto accade che la Corte costituzionale superi la dottrina delle "rime obbligate"[565], che tradizionalmente implica una certa cautela nell'interpretazione e nella creazione del diritto di fronte al legislatore[566]. Fino a questo punto, nel panorama pratico-teorico anteriore, al fine di preservare una netta separazione tra il suo potere giurisdizionale e quello politico-legislativo, la Corte costituzionale si è servita della tecnica decisionale dell'"inammissibilità della questione", stabilendo così i limiti del suo intervento nel processo legislativo[567]. Essa, perciò, conclude «il giudizio con una decisione di infondatezza o di inammissibilità, ma rivolge, in motivazione, un invito al legislatore perché questi intervenga a regolare diversamente la materia e a eliminare certe incongruenze presenti nella disciplina della stessa»[568]. Quindi, l'idea consiste nell'auspicio che la Consulta non interferisse in questioni politiche delicate, come la decisione di criminalizzare o meno determinati comportamenti, poiché tale decisione

---

[564] V. https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=242, accesso il 10 giugno 2023.

[565] L. ELIA, La giustizia costituzionale nel 1983 (conferenza stampa del presidente della Corte costituzionale), in *Il Foro Italiano*, 107(2), 1984, 33/34-43/44, disponibile http://www.jstor.org/stable/23175644, accesso il 19 giugno 2032.

[566] E. MALFATTI — S. PANIZZA — R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, sesta edizione, G. Giappichelli editore, Torino, 2018, p. 141.

[567] A. PIZZORUSSO, L'attività della Corte costituzionale nella sessione 1986-87. In *Il Foro Italiano*, 110(10), 1987, 449/450-469/470, disponibile su: http://www.jstor.org/stable/23179258, accesso il 19 giugno 2023.

[568] E. MALFATTI — S. PANIZZA — R. ROMBOLI…, p. 141.

spettava esclusivamente al legislatore in conformità all'articolo 25, comma 2, della Cost. 1947.

Al fine di segnalare una preoccupazione significativa in merito al rispetto dei principi costituzionali, l'ordinanza di inammissibilità poteva essere accompagnata da un approccio di "*soft law*", mirato ad avvertire o a emettere un "monito" in modo più o meno forte al legislatore stesso, affinché risolvesse eventuali controversie politiche di sua competenza. In alcuni casi, anche mediante un giudizio di infondatezza, la Corte costituzionale esaminava esplicitamente l'incostituzionalità di una norma, precisando con chiarezza che la disposizione contestata era contraria ai principi costituzionali[569]. Ciononostante, è fondamentale sottolineare che, quando emesse, le pronunce di monito non possono costringere la rimozione dell'incostituzionalità. Infatti, vengono formulate attraverso un'ordinanza di inammissibilità, la quale non possiede una natura imperativa e non ha effetti vincolanti ed *erga omnes*. Ciò significa che, nonostante la rilevanza della questione sollevata, la pronuncia non si traduce in un obbligo giuridico generalizzato per le parti coinvolte[570].

Tuttavia, la prudenza delle "rime obbligate" è stata superata nella riflessione sul ruolo del giudice costituzionale, che, di fronte all'inerzia del legislatore, ha assunto un ruolo paragonabile a quello del co-legislatore, intervenendo nella definizione della normativa mancante, seppur in maniera provvisoria, in attesa che il legislatore adempisse al proprio dovere[571].

In seguito, la Corte costituzionale consolida la pronuncia in "due tempi" con l'emissione dell'ordinanza di incostituzionalità n. 132/2020, la quale instaura un dialogo collaborativo con il legislatore al fine di trovare un equilibrio tra la libertà di

---

[569] «In tali casi essa infatti ha parlato espressamente di una situazione di incompatibilità tra le disposizioni impugnate e i principi costituzionali, denunciando le seguenti problematicità: 'accertata incostituzionalità', 'non conformità ai principi costituzionali', 'situazione non in sintonia con la Costituzione', 'chiare sperequazioni', 'evidenti disarmonie', 'incongruenze e lacune difficilmente giustificabili'». E. MALFATTI — S. PANIZZA — R. ROMBOLI…, p. 141.

[570] R. ROMBOLI — R. NIRO — A. PUGIOTTO — S. PANIZZA — M. SICLARI — G. VAGLIO, Il processo costituzionale: le tecniche di giudizio, in *Il Foro Italiano*, *121*(11), 1998, 357/358-387/388, disponibile su http://www.jstor.org/stable/23192485, accesso il 19 giugno 2023.

[571] Cfr. *Corte cost*. ord. n. 207 del 2018, n. 11 del Considerato in diritto.

espressione e la tutela dell'onorabilità individuale[572]. Nel corso dell'anno di sospensione del procedimento giurisdizionale, è stata impiegata la strategia decisionale "dell'ordinanza di incostituzionalità prospettata", una metodologia appositamente sviluppata per affrontare il celebre caso Cappato e affrontare il problema delle lacune legislative che violano la Cost. 1947.

In aggiunta a ciò, a causa della persistente inattività del Parlamento, la richiesta di dialogo avanzata dalla Consulta ha subito una traslazione verso una decisione di accoglimento parziale. Mediante la sentenza n. 150/2021, il giudice costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una disposizione legislativa che imponesse automaticamente la detenzione per i giornalisti senza tener conto della gravità specifica del reato commesso[573]. La Corte ha sottolineato che l'applicazione della pena detentiva in sé non costituisce una violazione della libertà di stampa e che è essenziale che vi sia una valutazione giurisdizionale della gravità del reato. Pertanto, il giudice costituzionale ha concluso che l'articolo del codice penale che concede al giudice il potere discrezionale di determinare se imporre la detenzione o una sanzione pecuniaria è in linea con i principi costituzionali.

Il Professor Romboli[574] evidenzia che la condivisione di potere legislativo tra il Parlamento e la Corte costituzionale, la quale agisce quasi come una terza camera, non corrisponde alla funzione attribuita al modello di giustizia costituzionale in Italia. Questa condivisione di prerogative potrebbe sollevare interrogativi sulla legittimità della Corte nel suo ruolo di controllo e annullamento delle decisioni adottate dal legislatore, il quale rappresenta un corpo con una legittimità politico-elettorale intrinsecamente diversa da quella dei giudici.

Infatti, la Consulta ha il compito di garantire la conformità delle leggi alla Cost. 1947 e di tutelare i diritti fondamentali, senza interferire con il ruolo del legislatore e

---

[572] V. CAPUOZZO, In cerca di bilanciamento tra libertà di stampa e tutela della reputazione individuale, in *Trecanni*, 5 agosto 2021, disponibile su https://www.treccani.it/magazine/atlante/societa/In_cerca_bilanciamento_liberta_stampa.html, 19 giugno 2023.

[573] V. CAPUOZZO, In cerca di bilanciamento tra libertà di stampa e tutela della reputazione individuale, in *Trecanni*, 5 agosto 2021, disponibile su https://www.treccani.it/magazine/atlante/societa/In_cerca_bilanciamento_liberta_stampa.html, 19 giugno 2023.

[574] R. ROMBOLI, Il «caso cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità … 1892, § 2.

con la sua rappresentatività democratica. Perciò, Romboli[575] richiama l'importanza di mantenere una distinzione chiara tra il ruolo della Corte costituzionale e quello del legislatore, affinché il giudice-custode possa svolgere efficacemente la sua funzione di controllo costituzionale senza compromettere la rappresentatività e la legittimità del Parlamento.

L'atteggiamento adottato nel caso Cappato può essere interpretato come un segno di maturità istituzionale della Corte, in quanto dimostra la sua volontà di intervenire con maggiore risolutezza in situazioni in cui il legislatore si dimostri incapace di affrontare adeguatamente le questioni di incostituzionalità. Tale comportamento, da un lato, esprime una visione conciliatoria interistituzionale e progressista della storia costituzionale e del ruolo svolto (e tuttora svolto) dal giudice costituzionale stesso in questo contesto[576]. Nonostante ciò, va sottolineata l'attenzione verso la centralizzazione del potere politico nelle mani del giudice costituzionale. Inoltre, l'approccio innovativo adottato potrebbe essere interpretato come un'usurpazione del ruolo legislativo, in cui il giudice assume la responsabilità di produrre o influenzare la creazione della normativa, al di là del suo tradizionale compito di interpretazione.

All'interno del contesto del diritto penale, in particolare, l'assertività crescente della Corte costituzionale ha implicazioni significative. Nel caso Cappato, ad esempio, l'intervento della Consulta ha concretamente condotto a una decriminalizzazione *de facto* dell'assistenza al suicidio in circostanze specifiche, nonostante il Parlamento non avesse ancora pronunciato un verdetto sulla questione. Ciò pone interrogativi sulla legittimità democratica di tali decisioni e sulla separazione dei poteri in uno Stato costituzionale.

Il giudice costituzionale italiano ha assunto un ruolo che va oltre a quello di semplice supplenza[577], intervenendo con una soluzione normativa che centralizza in modo cruciale il ruolo del Parlamento, anche se solo temporaneamente. L'intervento

---

[575] R. ROMBOLI, Il «caso Cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità… 1892 ss.

[576] Sulle espressioni citate, è opportuno fare riferimento a M. LUCIANI, Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, in Giurisprudenza costituzionale, n. 2/2006, pp. 1643 ss.

[577] A. PIZZORUSSO, La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione, in *Il Foro Italiano*, 103, 1980, 117/118-125/126. http://www.jstor.org/stable/23171676.

può essere, quindi, considerato più di natura politica che giurisdizionale. In tal senso, il limite assoluto all'intervento del giudice costituzionale in ambito politico non è più intoccabile, poiché il giudice può superarlo nel difendere i diritti fondamentali, nonostante le critiche ricevute.

Tuttavia, il giudice costituzionale è ancora soggetto a determinate restrizioni, come l'obbligo di concedere un tempo ragionevole al Parlamento per agire: ciò implica che non si tratti di una condivisione diretta del potere legislativo. Inoltre, il giudice costituzionale non può agire come un legislatore nel processo di criminalizzazione di comportamenti non precedentemente definiti dal legislatore stesso — quest'ultimo attributo è stato, a proposito, superato dal *Supremo Tribunal Federal* in Brasile in una questione analoga al caso Cappato, come verrà analizzato in seguito.

In aggiunta a ciò, il dibattito sulla definizione della giurisdizione costituzionale in quanto elemento "co-legislatore" si confronta con quello riguardante l'etichetta di "terza camera legislativa". Si sostiene che la giurisdizione costituzionale non dovrebbe superare la sua funzione di "legislatore negativo" e assumere un ruolo di "legislatore positivo", creando disposizioni legislative senza una legittimazione costituzionale e senza le responsabilità politiche connesse al ruolo del legislatore stesso[578]. Tuttavia, la principale differenza consiste nel dialogo che si instaura con il Parlamento nel caso Cappato. Inoltre, bisogna considerare che il dialogo interistituzionale può essere considerato un attributo di legittimità dell'atteggiamento del giudice costituzionale; pertanto, l'attribuzione del titolo di "terza camera legislativa" alla Corte non può essere perfettamente applicabile alle pronunce in due tempi attuate in Italia.

Va peraltro sottolineato come un secondo elemento di legittimazione risieda nella mancata capacità e tempestività del Parlamento nell'agire per la tutela dei diritti fondamentali, il che giustificherebbe un possibile intervento del giudice costituzionale. Un esempio significativo di tale intervento è rappresentato dalla sentenza n. 150 del 2021, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una disposizione di legge vigente che prevedeva automaticamente la pena detentiva per i giornalisti senza

[578] L. MEZZETTI, Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale, in *Estudios constitucionales*, 8(1), 2010, 307-354, disponibile su https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100011, accesso il 19 giugno 2023.

tener conto delle specifiche circostanze del reato[579]. La Corte ha sottolineato che l'applicazione della pena detentiva non è intrinsecamente contraria alla libertà di stampa, ma è essenziale che vi sia una valutazione giudiziaria della gravità del fatto commesso. Di conseguenza, la Consulta ha ritenuto costituzionalmente lecita la previsione che lascia al giudice la discrezionalità di applicare una sanzione detentiva o una multa, in quanto ciò consente di considerare le peculiarità del caso specifico.

L'evoluzione del ruolo della Corte costituzionale italiana ha comportato una centralizzazione del potere legislativo da parte del giudice costituzionale, mentre si è verificata una decentralizzazione del proprio potere da parte del legislatore[580]. Tale processo è stato facilitato attraverso una comunicazione interistituzionale tra gli organi, che rappresenta una sorta di condivisione dinamica del contenzioso costituzionale e riflette la tesi del (ri)accentramento.

La Corte costituzionale svolge un ruolo cruciale nel garantire la tutela dei diritti fondamentali e nel controllo della costituzionalità delle scelte legislative. Ha la responsabilità di assicurare la coerenza e la conformità delle leggi con i principi fondamentali della Costituzione, intervenendo in modo tempestivo qualora le norme legislative si discostino da tali principi. Inoltre, la Corte ha progressivamente sviluppato una nuova linea di giurisprudenza nel campo del trattamento sanzionatorio, riconoscendo il suo ruolo nel garantire la proporzionalità e la ragionevolezza delle pene.

In ogni caso, sembra essenziale trovare un equilibrio che rispetti sia la sovranità del legislatore, quale espressione democratica delle volontà del popolo, sia i diritti fondamentali garantiti dalla Cost. 1947. Mentre il nuovo approccio del giudice costituzionale può offrire una risposta pragmatica alle situazioni di stallo legislativo, esso solleva anche interrogativi sulla legittimità democratica e sulla separazione dei poteri. È quindi necessario continuare a monitorare attentamente l'interazione tra Corte costituzionale e potere legislativo al fine di mantenere un sistema giuridico e politico equilibrato e rispettoso dei principi costituzionali.

---

[579] C. MAGNANI, La Corte costituzionale rivede la detenzione per la diffamazione tramite i media. Prime note sulla sentenza n. 150 del 2021, in *Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 5/2021, 5 ottobre 2021.

[580] T. GROPPI, Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni, in *Federalismi.it*, 27 gennaio 2021, p. 133.

4.3. Il ruolo auto-referenziale del giudice costituzionale come legislatore: il caso dell'omofobia della transfobia in Brasile

In base alla decisione proclamata in merito ai processi ADO n. 26/2019 e MI n. 4.733/2019, il *Supremo* non soltanto ha dichiarato incostituzionale l'omissione legislativa riguardo ai reati di omofobia e transfobia, alla luce dei "mandamenti di criminalizzazione" previsti nell'art. 5º, XLI e XLII, della Cost. 1988, ma ha anche fissato direttamente la soluzione normativa criminale provvisoria, evitando di comunicare col Parlamento affinché esso non potesse intervenire prima sull'incostituzionalità corrispondente[581]. Infatti, il STF ha allargato all'istante l'incidenza della legge penale in materia di razzismo (Legge n. 7.716/1989) in vigore nel Paese, per comprendervi la descrizione di condotta sociale in grado di provocare incitamento all'odio nei confronti di un orientamento sessuale o un'identità di genere specifici, fino a quando il *Congresso Nacional* non avesse elaborato una legge sostitutiva. Nella motivazione e nel dispositivo, la Corte suprema ha riconosciuto come espressioni di razzismo, dal punto di vista della dimensione socioculturale, l'omofobia e la transfobia.

Questa azione ha delineato un percorso che solleva numerose questioni sul ruolo del giudice costituzionale nel sistema democratico e sull'equilibrio dei poteri all'interno di uno Stato di diritto, come sulla facoltà del giudice stesso di permettersi di operare la tutela giurisdizionale dei diritti in condizioni amplissime, pur restringendo troppo sia il margine di discrezionalità del Parlamento, sia altri diritti, situazioni o libertà contrapposte[582].

Infatti, il passaggio normativo del *Supremo* è avvenuto in maniera diretta, senza alcun intervento legislativo preventivo, sollevando così un dibattito intenso e ampio sul ruolo che il giudice costituzionale potrebbe e dovrebbe giocare. Ciononostante, non si può dire che l'atteggiamento del giudice supremo emerga in una circostanza del tutto improvvisata. Anzi, le procedure MI n. 4.733 e ADO 26 sono state sollevate al STF nel 2012 e 2013, e la seconda è stata formulata da un partito politico. Aveva già, molto

---

[581] G. FERREIRA MENDES, Curso de Direito Constitucional, Série IDP, 16ª ed., 2021.

[582] A. RAMOS TAVARES — R. G. HERANI, Direito processual constitucional: como técnica e como poder, in A. RAMOS TAVARES — M. FARACO LACERDA GAMA (org.), Um Código de processo constitucional para o Brasil, PIPEq — Arraes Editores, Belo Horizonte, 2021, p. 32.

prima delle pronunce, una mobilizzazione politica affinché la giurisdizione e non la politica stessa definisse il tema della criminalizzazione dell'omofobia e della transfobia. Inoltre, la centralità del dibattito politico nel STF sarebbe staccata dalla realtà se avesse luogo in qualsiasi Paese in cui una cultura istituzionale di "costituzione *policy-oriented*"[583] non ci fosse.

Eppure, in Brasile l'idea di effettività dei diritti attraverso l'operato del giudice supremo ha una certa pertinenza con la storia "glocale", specie in base al fatto che i poteri repubblicani operano con particolare dinamica e ricorrono di solito alla giustizia costituzionale per trattare della *judicial review* di questioni politiche. È necessario, quindi, che la critica all'attivismo non sia svolta secondo una razionalità eurocentrica, ossia partendo ad esempio dal contesto italiano o francese, ma sia ricercata attraverso una razionalità propria del diritto brasiliano.

Osservando, poi, attentamente il contesto, il punto più problematico della condotta del STF riguarda, per la prima volta, la deflagrazione di un allargamento del diritto sanzionatorio penale in via d'interpretazione al punto da creare nuove categorie di reati, concludendo un fenomeno di "criminalizzazione *in malam partem*"[584]. Mentre l'attributo del legislatore penale è la pietra angolare della riserva del potere politico, un'assenza di dialogo con il legislatore prima di stabilire la soluzione normativa provvisoria potrebbe essere evitata tramite un'ordinanza al Parlamento, incoraggiandolo formalmente a "pensare in congiunto".

Senza l'intenzione di trattare il caso brasiliano come un'esperienza simile al caso Cappato in Italia, va sottolineato che la centralizzazione del *Supremo Tribunal Federal* a scapito del legislatore potrebbe, piuttosto che arrivare al vertice immediatamente, conoscere la medesima esperienza della Consulta. Per cui, sarebbe opportuno domandarsi: in Brasile, sarebbe fattibile l'adozione di un approccio più graduale, offrendo al legislatore l'opportunità di rispondere a una dichiarazione di incostituzionalità prima di imporre una soluzione legislativa provvisoria? Questa strategia di comunicazione, che parte da un contesto di *soft constitutional review* per poi

---

[583] R. B. ARANTES, STF e Constituição policy-oriented,..., p. 299 ss.

[584] H. ABAS FRAZAO — R. C. dal RIO SILVEIRA, Código de Processo Constitucional para prevenir abusos por parte do STF: uma proposta legislativa insuficiente, in A. RAMOS TAVARES — M. FARACO LACERDA GAMA (org.), *Um Código de processo constitucional para o Brasil*..., pp. 92-93.

giungere a una situazione in cui prevarrebbe l'*hard constitutional review*, specie in merito a una questione di alta rilevanza politica, potrebbe costituire una rispettosa e collaborativa linea di dialogo interistituzionale. Di conseguenza, il giudice supremo eviterebbe di intervenire direttamente nel contenuto legislativo, a meno che non sia necessario.

In ogni caso, nel caso dell'omofobia e della transfobia in Brasile, al legislatore non è stata data un'opportunità di agire in cooperazione con il *Supremo*. Piuttosto, esso ha scelto un approccio "auto-referenziale", esercitando un ruolo legislativo senza un'interazione preventiva con il Parlamento. Sebbene la motivazione di tale decisione fosse la protezione dei diritti delle persone LGBTQ+, l'approccio "auto-referenziale" può presentare una serie di problemi. Può infatti alterare l'equilibrio dei poteri all'interno dello Stato, mettendo a rischio principi fondamentali come la separazione dei poteri e la sovranità popolare.

In ultima analisi, un approccio auto-referenziale svolto dal STF non è automaticamente dannoso, in quanto preannuncia palesemente che la soluzione normativa formulata dal giudice costituzionale sia temporanea e che serva a risolvere problemi urgenti in caso di assenza di un intervento legislativo. Tuttavia, è evidente che ciò costituisce una centralizzazione del potere legislativo nelle mani del giudice supremo, col rischio di inibire il processo costante di maturità del Parlamento in qualità di co-custode dei diritti. È di vitale importanza mantenere la diffusione degli incarichi riguardo alla pedagogia costituzionale nei confronti dei diversi poteri dello Stato. Di conseguenza, tale diffusione promuove un equilibrio di importanza tra legislatore e giudice costituzionale.

Se tale equilibrio viene perso, si corre il rischio che la Corte costituzionale assuma un ruolo che vada oltre le sue funzioni, trasformandosi nel "legislatore dell'ultima parola". Questa possibilità mette in pericolo l'intero sistema democratico, poiché potrebbe condurre a un'inflazione del potere giudiziario a scapito dei poteri legislativo ed esecutivo. Ecco perché le ricerche riguardanti le dinamiche tra poteri e confini istituzionali sono essenziali per una democrazia sana e funzionante. Senza di essi, si rischia un eccessivo accentramento di potere, che può danneggiare l'intero sistema costituzionale.

4.4 Il giudice costituzionale come "diffusore" della pedagogia dei diritti, specialmente nei confronti del Parlamento. Uno sguardo sulla Francia

La vitalità della democrazia francese risiede tradizionalmente nel suo rispetto per la sovranità del Parlamento, visto come un meccanismo capace di adattarsi e modellarsi in risposta alle esigenze del tempo e della società[585]. Questo, in effetti, assicura una frontiera più evidente del merito politico e anche una *judicial review* meno *hard* da parte del giudice costituzionale. Ciononostante, i *Sages*, specie dopo l'albergazione della competenza per il giudizio di legittimità *a posteriori* della legge, svolgono oggi un ruolo cruciale nel reggere l'integrità e la stabilità dello Stato di diritto, in cui, sebbene la politica operi i propri compiti, è vincolata all'importanza della tutela dei diritti e dei nuovi diritti riconosciuti dalla giurisdizione costituzionale.

A tal riguardo, la democrazia legislativa, pur essendo nel contesto francese uno *standard* vigoroso, non può allontanarsi dal suo compito di guardiano giuridico della Costituzione. L'interazione tra giudice costituzionale e legislatore è quindi meno evidente rispetto agli scenari di Italia e Brasile, ma altrettanto determinante per conformare la disciplina legale in vigore con la legalità costituzionale. Perciò, la crescente "diffusione" della pedagogia dei diritti nei confronti del legislatore fa sì che esso venga a redigere nuove leggi vincolandosi alle c.d. "riserve di interpretazione". A differenza dei semplici orientamenti formulati dal giudice-custode, le riserve medesime, che nascono con la *décision* n. 59-2 DC quale parte integrante della motivazione decisoria, passano a far parte del dispositivo attraverso la *décision* n. 84-181 DC, investendosi quindi di autorità assoluta di *res iudicata*.

In tal senso, una riserva d'interpretazione del giudice costituzionale conferisce limiti alla discrezionalità legislativa. Ipoteticamente, nel controllo di legittimità *a priori,* il Parlamento francese si vede obbligato, nel caso di censura totale, a redigere una nuovissima legge, tenendo conto delle considerazioni stabilite dalla giurisdizione

[585] J. ZARKA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Chapitre 4. La démocratie, Paris, Ellipses, 2018, pp. 85-99.

costituzionale[586]. Conseguenze equiparabili avvengono a partire dal controllo *a posteriori*. Come illustrazione empirica va sottolineata la *décision* n. 2012-240 QPC, tramite cui il giudice costituzionale ha censurato una definizione piuttosto vaga in merito al crimine di *harcèlement sexuel* [assedio sessuale], la quale ha affrontato il principio della legalità dei delitti e delle sanzioni penali[587]. In risposta, il Parlamento ha seguito il precedente costituzionale, da un lato per adottare una disciplina sostitutiva materialmente condizionata, cioè la l. n. 2012-945, dall'altro per farlo tempestivamente, in quanto la nuova legge è stata pubblicata il 6 agosto 2012, ossia meno di un anno dalla pronuncia dei *Sages*.

Inoltre, la stessa *décision* n. 2012-240 QPC illustra l'importanza della tecnica del "doppio dispari"[588], che implica che la disciplina legislativa sostitutiva vada eventualmente considerata oggetto di contezioso costituzionale, *a priori* o *a posteriori*, affinché si possa stabilire la sua conformità con il parametro della Costituzione francese. Per esempio, dalla censura della legge finanziaria del 1980 per *décision* n. 79-110 DC[589], si adotta una legge sostitutiva, che il *Conseil constitutionnel* dichiara legittimamente conforme. Già la *décision* n. 2009-580 DC, che dichiara che una legge incostituzionale violerebbe l'art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, è stata seguita da una seconda censura (*décision* n. 2009-580 DC) riguardante la nuova versione della disciplina legislativa.

Tuttavia, le decisioni del Consiglio non sono sempre accolte all'unanimità. A volte sono criticate dai membri della maggioranza politica, che vedono la decisione come un atto politico più che un giudizio equo. Ciò implica che, nonostante il ruolo meno interventista del *Conseil constitutionnel* nelle questioni politiche, se paragonabile con il *Supremo* in Brasile e la Consulta in Italia, il carattere "induttore" oppure

---

[586] G. TUSSEAU, Las decisiones constitucionales del Consejo Constitucional francés, in G. A. FIGUEROA MEJÍA, *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*, Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación — Centro de Estudios Constitucionales, 2022, pp. 1368-1369.

[587] M. GÉRARD D., Commentaire. Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, in *Conseil constitutionnel*, disponibile su https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012240qpc/ccc_240qpc.pdf, accesso il.21 giugno 2023.

[588] G. TUSSEAU, Las decisiones constitucionales del Consejo Constitucional francés…, p. 1369.

[589] D. CHAMUSSY, La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 38, 2013, 37-68. https://doi.org/10.3917/nccc.038.0037

"diffusore" del giudice costituzionale francese nel conformare la legge ulteriore redatta dal Parlamento esalta altresì da un lato il legislatore positivo. In questo senso, le norme elaborate dal Consilio costituzionale, riguardanti, ad esempio, le riserve d'interpretazione, come parte del proprio ruolo di controllore della validità della legge, presentano una particolarità legislativa[590].

Dunque, il Consiglio costituzionale non è immune da queste critiche di attivismo giudiziale. Al fine di frenarla, egli ha scelto di non intervenire nella sovranità del potere costituente, come dimostrato dalla *décision* n. 2003-469 DC[591], in cui il giudice medesimo ha stabilito di non controllare le leggi costituzionali. Perciò accade che, in merito a questo margine non sindacabile, gli attori politici possono superare una decisione del Consiglio che non li soddisfi, attraverso una tecnica d'implementazione della legge precedentemente considerata incostituzionale attraverso un emendamento alla Costituzione, come illustrato dall'esempio di una legge che promuove l'uguaglianza di accesso tra donne e uomini ai mandati elettorali[592].

In base agli elementi forniti in questo paragrafo, si osservi che il *Conseil constitutionnel* a volte centralizza o decentralizza il proprio potere, rivelandosi un tribunale-custode dinamico in ogni contesto. Ciò rivela una certa maturità e un sano funzionamento della democrazia giurisdizionale, pur ancora prevalendo il concetto politico di Costituzione in Francia. In aggiunta a ciò, il dibattito continuo sulla proposta di facilitare la sfida agli effetti di una decisione giudiziaria da parte del legislatore è testimonianza di una certa centralità del giudice costituzionale nel panorama interistituzionale. Nonostante ciò, è soprattutto la peculiare condivisione di potere tra Parlamento e Consiglio costituzionale a conferire notabilità allo scenario francese.

Dunque, soprattutto attraverso il meccanismo della QPC, il *Conseil constitutionnel* ha generato significativi effetti indiretti sull'operato del Parlamento e sul

---

[590] G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, préf. M. Troper, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 60, 2006, xviii+813 pp.

[591] J. BONNET, Les instruments du contrôle de constitutionnalité, in *La Revue Administrative*, 56(335), 2003, 488–490. http://www.jstor.org/stable/40772334.

[592] G. TUSSEAU, Las decisiones constitucionales del Consejo Constitucional francés…, p. 1374.

ritmo delle deliberazioni legislative[593]. Nonostante il controllo preventivo di legittimità costituisca già un elemento insostituibile nel dialogo tra il legislatore e il Consiglio costituzionale, l'introduzione della QPC modifica in modo sostanziale l'impatto delle decisioni emesse dalla giurisdizione costituzionale sull'operato del legislatore. La QPC implica un'interazione successiva tra il giudice costituzionale e il Parlamento, che è tenuto ad adeguarsi alle esigenze proprie della giurisdizione competente. A differenza di altre assemblee parlamentari, il Parlamento risponde prontamente mediante l'emissione di nuove leggi correttive volte a risolvere le questioni di incostituzionalità dichiarate dalla stessa giurisdizione, conformemente alle indicazioni del giudice-custode.

5. Forza e centralizzazione del *Supremo Tribunal Federal* come reazione ad attacchi sociopolitici? Un'esperienza peculiare nel contesto brasiliano

Nell'ambito del panorama politico e sociale attuale, il *Supremo Tribunal Federal* ha affrontato sfide inaspettate e senza precedenti, tra cui minacce e attacchi attraverso i *social media* nei confronti dei suoi membri, provenienti da vari settori della società. Essi hanno favorito un mutamento sostanziale nella giurisprudenza costituzionale del *Supremo* riguardante la libertà di espressione.

Si identificano tre fasi o ondate distinte nella giurisprudenza della Corte Suprema brasiliana (STF) riguardo alla libertà di espressione. La prima ebbe luogo in seguito alla redazione della Costituzione del 1988, quando la Corte Suprema adottò il concetto di "*free marketplace of ideas*" (libero mercato delle idee), ispirato dalla dottrina del Primo Emendamento degli Stati Uniti, favorendo un approccio tollerante nei confronti della libertà di espressione. Questo tipo di approccio si basa sul principio di uguaglianza di opportunità nel dibattito pubblico, cercando di superare l'ideologia costituzionale del regime militare recentemente terminato (1964-1985). In tal senso, la libera circolazione delle idee in Brasile è considerata un elemento caratteristico delle società aperte, la cui natura è compatibile con il dissenso in vista della costruzione di spazi di libertà in conformità con il senso democratico che anima le istituzioni della Repubblica (AC 2.695 MC/RS, rel. min. Celso de Mello; ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, j.

[593] G. DRAGO, L'influence de la QPC sur le Parlement ou La loi sous la dictée du Conseil constitutionnel, in *Jus Politicum*, n. 6, 2011.

15-6-2011, P, DJE del 29-5-2014. Vedi ADI 4.274, rel. min. Ayres Britto, j. 23-11-2011, P, DJE del 2-5-2012).

Tuttavia, vi fu una seconda ondata in cui la libertà di espressione, inizialmente concepita come ampiamente illimitata, venne interpretata sotto una prospettiva più equilibrata, alla ricerca della salvaguardia di altri diritti fondamentali consacrati nell'ordine costituzionale contemporaneo. Nel 2003, nel caso Ellwanger (HC 82424 RS), il *Supremo* ha imposto limiti alla libertà di espressione nei casi di razzismo e antisemitismo, proibendo la pubblicazione e la diffusione di libri discriminatori. Nel 2019, nel contesto dei processi ADO n. 26/2019 e MI n. 4.733/2019, il STF ha dichiarato l'incostituzionalità dell'omissione legislativa in relazione ai crimini di omofobia e transfobia, ampliando anche la portata della legge penale contro il razzismo (Legge nº 7.716/1989).

Nella terza e più recente fase di questa evoluzione, che ha avuto inizio nel 2021, la libertà di espressione è stata limitata con l'obiettivo di proteggere la democrazia brasiliana. Questo cambiamento è arrivato come risposta alla scalata populista guidata dal parlamentare Daniel Silveira[594], per poi culminare in una nuova linea giurisprudenziale del STF, avente una minore "tolleranza" per discorsi falsi e intrisi di odio diretti alle istituzioni.

Il 16 febbraio 2021, Silveira, attraverso i suoi canali sui social media, ha inneggiato alla dissoluzione del *Supremo*, ha incoraggiato la violenza contro i suoi giudici e ha alimentato l'idea di un colpo di Stato[595]. In risposta a queste minacce, il Presidente del STF, Alexandre de Moraes, ha ordinato l'arresto in flagranza del deputato (Inchiesta 4.781-DF) il 16/02/2021, ordinando allo stesso tempo alla piattaforma social

[594] H. ABAS FRAZÃO — A. GATTI, LIBERTÀ d'espressione e sovversione in Brasile. Spunti dal diritto internazionale per la disciplina interna, in *DPCE*, 2021, pp. 855-886. ISSN 1720-4313.

[595] *AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS*, Deputado Daniel Silveira é preso por ordem do ministro Alexandre de Moraes Plenário do STF deve decidir hoje se mantém a prisão, que foi motivada por vídeo divulgado pelo deputado, 17/02/2021, disponibile su https://www.camara.leg.br/noticias/728380-deputado-daniel-silveira-e-preso-por-ordem-do-ministro-alexandre-de-moraes/, accesso il 21 giugno 2021.

di rimuovere immediatamente il video[596]. Nel video in questione, il politico non solo insultava pesantemente un altro membro della stessa Corte, Edson Fachin, ma chiedeva anche l'adozione di misure antidemocratiche, come il ripristino della cosiddetta legge istituzionale n. 5, del 13 dicembre 1968 (AI5), usata al tempo della dittatura militare per rafforzare la repressione del dissenso, sopprimere i diritti civili e perseguitare gli oppositori[597].

La decisione monocratica medesima è stata ratificata dal Plenario del STF il 17/06/2021. L'azione unita della Corte ha rappresentato una posizione ferma contro gli attacchi subiti dallo stesso STF, così come contro coloro che sono responsabili di finanziare, incitare e perpetrare azioni antidemocratiche illegali.

All'epoca, senza una legislazione specifica per reprimere azioni antidemocratiche, il STF ha adottato un atteggiamento di maggiore concentrazione di potere attribuendo alla legislazione allora in vigore un'interpretazione rivolta alla tutela delle istituzioni repubblicane. In questo contesto, il Tribunale ha applicato la Legge sulla Sicurezza Nazionale, residuo dell'era militare (Legge nº 7.170/1983), per considerare come penalmente perseguibili comportamenti aggressivi nei confronti dello Stato democratico, difendendo sé stesso come istituzione (il STF), i suoi ministri e altre organizzazioni o autorità oggetto di attacchi sovversivi. Questa posizione adottata dalla Corte Suprema ha ispirato, successivamente, la creazione della Legge nº 14.197/2021

---

596 Il 14 marzo 2021, il ministro Alexandre de Moraes ha concesso il c.d. ordine in *Habeas Corpus* per sostituire la detenzione preventiva del parlamentare con la detenzione domiciliare con monitoraggio elettronico. Il 28 aprile 2021, la Plenaria del STF, all'unanimità, ha ricevuto la denuncia presentata dal Procuratore Generale contro il deputato Silveira. La Corte, a maggioranza, ha mantenuto gli arresti domiciliari e le altre misure cautelari, essendo sconfitto il ministro Marco Aurelio, che ha capito che erano incompatibili con l'esercizio del mandato.

597 Tre, in particolare, sono i passaggi del video che meritano di essere evidenziati. In primo luogo, l'autore del video ha usato il nome delle forze armate e la minaccia di ristabilire la dittatura militare nel Paese per mettere in imbarazzo il ministro Edson Fachin nell'esercizio delle sue funzioni presso il STF, come segue: "(...) Voglio sapere cosa farai con i generali... quelli con i bottoni d'oro, ti ricordi? So che ti ricordi. Ah, la legge istituzionale numero 5! Ti ricordi, vero? Eri un militante del Partito dei Lavoratori, dell'Alleanza Comunista del Brasile!". Il secondo passaggio riguarda l'incitazione alla violenza fisica contro lo stesso "(...) quello che succede Fachin, è che tutti sono stanchi di questa faccia da figlio di puttana che hai, questa faccia da barbone ... più e più volte mi sono immaginato che ti prendessero a pugni, quante volte ho immaginato te e tutti i membri di questa corte... quante volte ti ho immaginato preso a pugni per strada. Cosa dirai? Che sto fomentando la violenza?". In terzo luogo, l'autore del video incita alla destituzione di tutti i membri della Corte: "Avreste dovuto essere rimossi dai vostri posti e sostituiti da undici nuovi ministri. Non avete mai meritato di essere lì, così come molti altri che ci sono passati. Sei sgradevole, inaccettabile, intollerabile, Fachin".

da parte del potere legislativo[598], che stabilì norme specifiche per i reati contro lo Stato democratico di diritto, sostituendo l'antica legislazione dell'epoca militare concernente i rischi antistituzionali[599].

Infatti, l'arduo compito di opporsi a manifestazioni antidemocratiche ha portato il STF a esercitare il suo potere costituzionale ampliandolo su due fronti strategici. Per quanto riguarda il primo, attraverso l'istituzione di un ufficio d'indagine (art. 43 del Reg. Int. STF) che ha portato all'arresto e alla successiva condanna di Daniel Silveira, il che ha permesso al *Supremo* di mettere in atto la sua competenza "penale originaria"[600]. In merito alla seconda, la Corte suprema, sulla base della sua competenza di "potere costituzionale" propriamente detto, ha sostenuto la legittimità delle citate azioni investigative contro autorità e individui che fossero in posizione di scontro con l'ordine istituzionale (vedi il giudizio della ADPF nº 572, tenutosi in seduta plenaria il 18/06/2020)[601].

Inoltre, il *Supremo Tribunal Federal* ha investito nell'ampliamento e nel rafforzamento della sua strategia di comunicazione pubblica, cercando di stabilire un canale diretto e affidabile di interazione con la società, con l'intento di diffondere

---

[598] H. ABAS FRAZÃO — A. GATTI, LIBERTÀ d'espressione e sovversione in Brasile. Spunti dal diritto internazionale per la disciplina interna, in *DPCE*, 2021, pp. 855-886. ISSN 1720-4313.

[599] Successivamente, l'8 gennaio 2023, in un momento di crescente preoccupazione per la solidità del quadro istituzionale democratico del Brasile, un gruppo di manifestanti radicali ha invaso il Congresso, il Senato e il STF a Brasília. Questi atti sono stati categorizzati come "deplorevoli attacchi terroristici" alla democrazia e alle istituzioni repubblicane. In risposta a queste minacce, il *ministro* del STF, Alexandre de Moraes, ha risposto con una dichiarazione di notevole determinazione. Il *ministro* Moraes ha chiarito che non solo i responsabili di tali attacchi saranno puniti, ma anche coloro che li hanno finanziati, istigati e gli agenti pubblici, sia attuali, sia passati, che hanno continuato a condurre azioni antidemocratiche illegali. La sua promessa è stata inequivocabile e risoluta: "Il potere giudiziario non verrà meno al suo compito in Brasile!". R. ALBAN, 'O Judiciário não vai se acovardar', diz Moraes, do STF, sobre ataques às eleições, in *Valor*, Salvador, 14 maggio 2022, disponibile su https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/05/14/o-judiciario-nao-vai-se-acovardar-diz-moraes-do-stf-sobre-ataques-as-eleicoes.ghtml, accesso il 30 luglio 2023.

[600] Nell'ordinamento brasiliano, le leggi pre-costituzionali possono essere sindacate dal STF attraverso un'azione di controllo concentrata e astratta chiamata *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF). Si tratta di un tipo di azione che non trova immediata rispondenza con altre procedure esistenti nel diritto comparato e che, normalmente, può essere utilizzato solo quando non ci sono altri mezzi adeguati o efficaci per sollevare una questione costituzionalmente rilevante.

[601] In effetti, i giudici del STF si sono anche apertamente espressi nel 2016 sull'incompatibilità di diversi articoli della legge sulla sicurezza nazionale con il concetto di pluralismo politico su cui si basa la vigente Costituzione del Paese (Cfr. STF. RC n. 1.472, giudice relatore Dias Toffoli, DJe dell'11 ottobre 2016). Tuttavia, i casi riguardanti la legge sulla sicurezza nazionale che hanno raggiunto la Corte Suprema hanno riguardato più spesso questioni relative all'introduzione, vendita, trasporto, ricezione o distribuzione di armi per uso esclusivo delle forze armate, un reato definito nell'articolo 12 della legge, che, tuttavia, differisce dal caso in esame.

informazioni precise e autentiche riguardo alla Corte e ai suoi membri. Perciò, hanno fatto uso di diverse piattaforme digitali, come Twitter, YouTube e Instagram, oltre al canale TV Justiça e al sito ufficiale del STF. Tale sforzo si è tradotto in un'iniziativa consapevole per combattere la disinformazione e promuovere la trasparenza istituzionale.

In questa terza fase di intensificazione dell'intervento in materia di libertà di espressione, la Corte suprema, affinando la sua strategia di comunicazione e applicando rigorosamente la legislazione in vigore, soprattutto per reprimere manifestazioni sovversive amplificate dalle piattaforme digitali, ha mostrato un orientamento più marcato verso un controllo di costituzionalità descrittivamente più vigoroso.

Tale scenario solleva questioni cruciali: stiamo assistendo a una concentrazione di potere nelle mani della Corte Suprema Federale in risposta agli attacchi sociopolitici diretti al suo stesso collegio, un'esperienza unica nel contesto brasiliano. Ma questa risposta, necessaria per preservare la stabilità democratica, non invita a riflettere sui nuovi limiti e responsabilità della libertà di espressione nell'era digitale? Inoltre, questa emergente concentrazione di potere sta scatenando uno squilibrio o sta riconfigurando le dinamiche del potere di fronte alle sfide del contesto attuale? Questa sfida, tanto complessa quanto intrigante, richiede una riflessione profonda e urgente da parte di tutti coloro che si preoccupano per il futuro della democrazia.

6. La conversazione con il legislatore come fattore di legittimità della funzione interpretativo-creativa delle corti o consigli (supremi o costituzionali)

In un'epoca di crescente aspettativa di responsabilità democratica, la relazione tra il tribunale costituzionale e il Parlamento si sposta verso una dinamica più

frequentemente definita come legittimità "dialogica" o "relazionale"[602]. Habermas[603], uno dei pensatori chiave del concetto di democrazia deliberativa, sostiene che le decisioni giurisdizionali raggiungono un livello più alto di coerenza e accettazione quando le argomentazioni sono basate su principi razionali. Questo porta a sfidare altre autorità, che possono sentirsi messe in discussione dalle decisioni della corte nel gestire le proprie pratiche non solo sulla base di preferenze personali o di utilità, ma anche in relazione ai principi costituzionali e ai diritti fondamentali.

Il limite più forte alla centralizzazione del giudice costituzionale a scapito del legislatore è, come sostiene John Hart Eli[604], la garanzia di una decisione democratica valida, o che i valori sostenuti nella decisione siano giustificati e ricevano rispetto da una società pluralista aperta a tutti.

---

[602] Vi sono forse nuovi limiti al sistema di controlli ed equilibri, come illustrato da R. GARGARELLA, *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*, in R. GARGARELLA (compilador), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, 1° ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 119-121: «a) Como caso especialmente interesante y pionero, podríamos mencionar el Canadá, y su reforma en materia de derechos: en 1982, y a través de una reforma institucional concreta y, en muchos sentidos, fundacional – la adopción de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades –, ese país abrió las puertas de su sistema de organización institucional a una forma más concreta de diálogo. En particular, por obra de su famosa clausula del 'no obstante' (*notwithstading clause*), que aparece consagrada sobre todo por medio de dos apartados específicos, la sec. 1 y la sec. 33 de la Carta […]. b) Junto al citado caso de Canadá, conviene referirse, en general, al llamado 'nuevo modelo constitucional del commonwealth', […] que, en materia constitucional, […] combina elementos tradicionales en el common law del Commonwealth con nuevas declaraciones de derechos fundamentalmente gracias a dos novedades importantes en la protección de derechos, que ya veíamos presentes en el caso de Canadá. Un premier mecanismo tiene que ver con el involucramiento de los poderes legislativos en la revisión de la constitucionalidad de las normas antes de que se conviertan en leyes vigentes (una 'revisión política de constitucionalidad'). El segundo corresponde a lo que Mark Tushnet ha denominado formas 'débiles' de control judicial e implican técnicas de revisión constitucional que aparecen separadas de la 'supremacía' o 'ultima palabra' judicial. Estos cambios dieron lugar a un nuevo tipo de relación, más dialógica, entre los tribunales e y el Poder Legislativo. c) Por otro lado, y en relación con los derechos indígenas, apareció con fuerza un reclamo de 'derecho de consulta' […]. El derecho a la consulta encontró una base jurídica crucial en la Convención 169 de la OIT, de 1989, dedicada a los derechos de los pueblos originarios […]. Por último, otra práctica de diálogo novedosa y cada vez más frecuente en América latina ha sido impulsada sobre todo, aunque no únicamente, por los tribunales superiores. Ante litigios de tipo estructural, que involucran problemas públicos de primera importancia y masivas y graves violaciones de derecho, […] los tribunales 1) han dejado de lado una tradicional actitud de autorrestricción y deferencia al legislativo; 2) se han comprometido ante violaciones de derechos que antes dejaban virtualmente desatendidas; 3) han tendido a destrabar, impulsar y poner en el foco público discusiones difíciles y de primera importancia acerca de cómo resolver esas violaciones de derechos; y 4) han hecho todo esto sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político y, por tanto, sin arrogarse una legitimidad o poderes que no poseen. […]».

[603] J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, 1992 [Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Suhrkamp Verlag.

[604] J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 1980.

Dunque, il dialogo e l'influenza reciproca tra i giudici (costituzionali, sovranazionali o comuni) permette di evitare potenziali conflitti tra loro e anche con altre istituzioni e la democrazia rappresentativa stessa.

Al di là della dicotomia tra "*self-restraint*" e "*judicial activism*", che si focalizza sulla questione della legittimità del giudice in relazione alla sua deferenza o eccesso rispetto alla democrazia maggioritaria, diventa pertinente esaminare la tesi di Alexander Bickel[605], per comprendere non tanto la sua visione di obiezione contro-maggioritaria in sé, quanto il modo in cui concepisce il ruolo comunicativo del giudice all'interno del sistema giuridico, soprattutto in relazione al sistema americano.

Per il suddetto autore, l'attivismo giudiziario, come emerso nell'era della Corte Warren e in decisioni come la *Brown c. Board of Education*, dovrebbe essere evitato, dimodoché i giudici, specialmente quelli della Corte suprema, non si sentano autorizzati a ignorare la posizione di altre istituzioni riguardo all'interpretazione costituzionale. In alternativa, per consentire una posizione più orizzontale della funzione interpretativa offerta dai giudici, Bickel ha proposto a essi l'adozione di un ruolo più modesto come statisti, affinché potessero sostenere conversazioni ponderate con altri organi democratici, portando con sé le loro "virtù passive" e cercando di trovare risposte in un ambiente interrelazionale[606].

Barry Friedman, a sua volta, prende l'analisi di Bickel come punto di partenza ed esamina nel dettaglio come il dialogo nelle controversie costituzionali avvenga in un sistema di *checks and balances*. Secondo Friedman, «*judicial review appears problematic to many because they believe that, once a court reaches a constitutional decision, that decision flat-out trumps majority action*[607]».

Così, quando una corte (suprema o costituzionale) si identifica come il giudice dominante del sistema – o macrosistema, se si prendono in considerazione tutti i sistemi integrati nel sistema costituzionale – una decisione di quella corte sul merito di una

---

[605] BICKEL, A. M., *The Least Dangerous Branch*. Yale University Press, http://www.jstor.org/stable/j.ctt1nqbmb.

[606] A. BICKEL, *The least dangerous branch: ...*, pp. 70-71, 206, 240.

[607] B. FRIEDMAN, *Dialogue and Judicial Review*, 91 Mich. L. Rev. 557, 1993, p. 627: [il controllo giurisdizionale appare problematico a molti perché credono che, una volta che un tribunale raggiunge una decisione costituzionale, quella decisione batte completamente l'azione della maggioranza].

questione di legittimità tende a porre fine a qualsiasi discussione argomentativa interistituzionale. Una volta che la corte (suprema o costituzionale) ha preso la sua decisione su una determinata controversia costituzionale, le posizioni che si oppongono all'opinione vincente della corte stessa, anche se provengono da organi democratici rilevanti come gli altri poteri dello Stato (legislativo o esecutivo) o altre giurisdizioni (sovranazionali o comunali), sono considerate come sconfitte. Questo porta alla domanda: «Non è forse questo tutto controllo e nessun equilibrio? [608]».

Nel caso in cui un giudice costituzionale voglia, più che condividere argomenti, soltanto imporsi, si aprono discussioni sulla difficoltà di un ambiente multi-istituzionale che coesiste con un suprematismo giudiziale, così come sulla classica difficoltà percepita dal quadro contro-maggioritario: emerge così uno squilibrio sistemico. Per quanto riguarda specificamente la questione proposta in questo capitolo, non è chiaro come una corte comune o sovranazionale reagirebbe a una decisione di una corte (suprema o costituzionale) con la quale non sia d'accordo. Soprattutto in contesti in cui il giudice sovranazionale non è ancora ben integrato nel sistema costituzionale

[608] B. FRIEDMAN, *Dialogue and Judicial Review*…, *op. cit.*, p. 628.

interno[609] o in cui il giudice comune non ha la possibilità di far pervenire i propri argomenti direttamente nelle mani della corte (suprema o costituzionale), essa è vista come un organo che accentra una grande quantità di potere e che è pochissimo contestata da qualsiasi tipo di controllo.

D'altra parte, è possibile identificare i tipi di conversazioni tra giudice e legislatore che possono avere luogo e che hanno luogo all'interno del sistema istituzionale. In tal senso, le corti, specialmente quelle superiori, possono giocare un

---

[609] In Brasile, il STF non ritiene che la giurisprudenza della Corte IDH possa essere considerata vincolante per la sua corte; esso di solito non fa riferimento alla giurisprudenza interamericana quando interpreta la Cost. 1988. La Corte suprema brasiliana ha riconosciuto lo *status* sovra-legale della Convenzione americana di diritti umani e l'effetto agghiacciante che ha sulle leggi ordinarie (ma mai sulla Costituzione stessa). Per esempio, nell'ADPF 153 (2010), la Corte suprema brasiliana ha respinto una questione di illegittimità sollevata dal Consiglio Federale dell'Ordine degli Avvocati del Brasile (OAB) contro la legge n. 6.683/1979; la domanda cercava di aver dichiarata illegittima la disposizione dell'articolo 1, c. 1, della suddetta legge perché amnistiò i reati comuni commessi da agenti repressivi contro gli oppositori politici durante il regime militare (1964/1985). Nonostante la giurisprudenza sovranazionale di Gomes Lund e altri c. il Brasile (2009), ove la CIDH ha riconosciuto che tale amnistia in Brasile sarebbe stata contraria alla Convenzione americana, il STF si è rifiutato di discutere tale precedente interamericano. Ciò ha significato una recusa al dialogo interistituzionale, che è stato sostenuto da due argomenti. In primo luogo, l'esistenza di un presunto ostacolo temporale: poiché la legge n. 6.683/1979 è anteriore al riconoscimento che lo Stato brasiliano si è sottomesso alla giurisdizione della CIDH (a partire dal 10/12/1998), il STF ha ritenuto che i precedenti interamericani avrebbero avuto effetto in ambito domestico solo se si riferivano a fatti posteriori a tale data (10/12/1998). In secondo luogo, la Corte Suprema pone la propria giurisdizione gerarchicamente al di sopra di quella del giudice sovranazionale, riconoscendo che quest'ultimo produce solo decisioni di natura inferiore al livello costituzionale e superiore al livello giuridico, cioè il carattere sovra-legale, che è lo stesso che il giudice costituzionale assicura alla Convenzione americana. Per questo motivo, anche se tiene conto di questa convenzione nelle sue decisioni, il STF non è generalmente interessato a citare la giurisprudenza interamericana, dal momento che questa non avrebbe potuto influenzare la giurisprudenza costituzionale. Per esempio, il STF ha stabilito nell' ADI n. 5240 che l'art. 7, c. 5, della Convenzione americana presenta efficacia generale ed erga omnes rispetto a tutte le leggi ordinarie brasiliane; la Corte Suprema ha colto l'occasione per sostenere che tutti i tribunali domestici dovrebbero adottare la procedura di udienza di custodia prevista dallo stesso art. 7, c. 7. Di certo, il STF, a questo punto, sarebbe in grado di fare riferimento ai precedenti della CIDH in questa materia, come García Asto y Ramírez Rojas c. Perú del 2005 (Serie C n. 137, § 109 - Il controllo giudiziario immediato è una misura destinata a evitare la detenzione arbitraria o illegale, come garanzia della presunzione di innocenza) e il caso López Álvarez c. Honduras del 2006 (Serie C n. 141, § 88 - il controllo giudiziale immediato della detenzione è particolarmente rilevante quando si applica in situazioni di flagranza). Tuttavia, il giudice costituzionale brasiliano non ha nemmeno menzionato le decisioni interamericane.

In contrasto con il Brasile, altri Paesi latinoamericani sono più impegnati a concordare in termini pratici la giurisprudenza costituzionale con la giurisprudenza sovranazionale. L'esempio del Perù è degno di nota: il 28 marzo 2022, il Tribunale costituzionale peruviano ha ordinato la liberazione di Alberto Fujimori. Le vittime di caso deciso dalla Corte Interamericana, il cd. Barrios Altos y La Cantuta (che attualmente è in fase di supervisione di esecuzione della sentenza), hanno presentato una richiesta di misura precauzionale affinché la CIDH non si occupasse di questo problema imponesse allo Stato peruviano la non esecuzione dell'ordine del Tribunale costituzionale. La CIDH ha accettato la richiesta del 30/03/2022 di richiedere allo Stato del Perù che, per garantire il diritto di accesso alla giustizia delle vittime dei casi Barrios Altos e La Cantuta, si astenga dall'eseguire l'ordinanza del Tribunale Costituzionale del Perù di disporre la libertà di Alberto Fujimori, fino a quel momento Il Tribunale Internazionale può decidere sulla richiesta di provvedimenti provvisori (Disponibile su https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/barrioscantuta_01.pdf). D'allora, il Tribunale costituzionale ha deciso di sospendere temporaneamente il estricazione di Fujimori, d'accordo alla richiesta della CIDH. EL PAÍS, *Perú suspende temporalmente la excarcelación de Alberto Fujimori a pedido de la Corte IDH*, 31/03/2022. Disponibile su: https://elpais.com/internacional/2022-03-31/peru-suspende-temporalmente-la-excarcelacion-de-alberto-fujimori-a-pedido-de-la-corte-idh.html. Accesso il 02/02/2022.

ruolo fondamentale in qualità di coordinatori e facilitatori del dialogo. Friedman cerca di dimostrare che un dialogo istituzionale che coinvolge l'intera società può esistere.

Secondo Friedman, le controversie costituzionali implicano un'interazione e una dipendenza maggiori da altri poteri di quanto comunemente si creda. L'interpretazione costituzionale non è un processo in cui la costituzione viene interpretata da giudici supremi che impongono le loro opinioni al popolo. Si tratta piuttosto di una lunga conversazione tra giudici e organi politici che va al di là del caso specifico.

Il dialogo collettivo in materia di interpretazione costituzionale presuppone che alcuni siano d'accordo e altri siano in disaccordo con una decisione; pertanto, saranno scritti articoli su questo disaccordo e saranno fatte avanzate nuove rivendicazioni legali. Il contenuto della decisione ottiene più attenzione nei media. La gente, poi, comincia a schierarsi con l'argomento principale della decisione e, in una nuova elezione, può contribuire a eleggere candidati che sostengano o meno il contenuto della decisione del tribunale in esame. Allo stesso modo, nuovi giudici possono essere nominati dalla corte che ha preso la decisione. Di conseguenza, la corte può rivedere la sua posizione a seconda della nuova costellazione interistituzionale che sorge da allora in poi, portando, infine, a una reinterpretazione della costituzione[610].

Alla luce di tale quadro dottrinale, Gargarella[611] si pone in contrasto all'argomentazione di Friedman, sostenendo che non tiene conto dei limiti strutturali che ostacolano lo sviluppo di un vero dialogo tra il giudice e le altre istituzioni, specialmente di quelli politici, poiché all'interno della proposta di Friedman i soggetti dialoganti assumono posizioni estremamente diseguali. Pertanto, si può dire che sia la Corte sia il pubblico partecipano, in qualche modo, a una conversazione che si sviluppa in tempi estesi intorno a temi di massima rilevanza pubblica. Tuttavia, mentre uno dei soggetti dialoganti grida, si lamenta, scrive i giornali e litiga, l'altro soggetto dialogante, semplicemente, decide.

La struttura della società democratica è intrinsecamente basata sul dialogo e sulla discussione equa. Tuttavia, il brano evidenzia una problematica di fondo nella conversazione democratica, mettendo in luce una sorta di offesa nei confronti dei

---

[610] B. FRIEDMAN, *Dialogue and Judicial Review*…op. cit., pp. 656-657.

[611] R. GARGARELLA, El nuevo constitucionalismo dialógico…

democratici che si trovano in situazioni di iniquità. Questa dinamica è paragonata a quella di una famiglia guidata da un *pater familias* autoritario. Anche se tutti i membri della famiglia possono partecipare alla discussione, la decisione finale sarà sempre presa dal capofamiglia. Tale situazione, come illustrato, riflette in modo preciso le dinamiche presenti all'interno del dialogo democratico, in cui l'ultimo verdetto è generalmente nelle mani dei giudici costituzionali.

Dunque, l'adeguata considerazione delle rivendicazioni della società è spesso ostacolata da ritardi, che sono comuni nei tribunali. I tribunali, per ragioni diverse, possono avere tendenze conservative nei loro giudizi. Ciò può portare a una lenta risposta alle richieste di cambiamento, a un ritardo nell'adattamento alle nuove situazioni sociali o a un riluttante riconoscimento delle esigenze dei cittadini.

Per quanto riguarda la natura del dialogo interistituzionale, spesso le decisioni dei giudici costituzionali vengono accettate dalle altre istituzioni senza alcun tentativo di influenzare reciprocamente le rispettive posizioni o senza una riconsiderazione della decisione presa[612]. Tale mera accettazione non può essere considerata un vero dialogo, in quanto mancano la reciprocità e la risposta argomentativa[613].

Invece, una mera accettazione priva una risposta argomentativa dovrebbe essere vista come un'acquiescenza o un consenso organico alla decisione del giudice costituzionale. Questa situazione, secondo Christine Bateup[614], rende dubbia l'efficacia del dialogo interistituzionale, facendo emergere interrogativi sulla vera utilità del concetto di dialogo tra i diversi rami del potere. In sostanza, se il dialogo democratico è dominato da una parte, esso diventa sempre meno un dialogo e sempre più un discorso unilaterale. Pertanto, una pseudo-conversazione interistituzionale può mettere in discussione l'utilità del concetto di dialogo tra i diversi rami del potere.

Infatti, nella comunicazione all'interno delle strutture gerarchiche delle istituzioni democratiche il ruolo specifico del giudice costituzionale conferisce a quest'ultimo una posizione di privilegio. Tuttavia, è importante riconoscere come le

---

612 BATEUP …, p. 11; vedi anche P. Hogg, P. Bushell e W. Wright, *Charter Dialogue Revisited*… op. cit., 2007.

613 BATEUP…, 2007, p. 12.

614 C. BATEUP, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue, 71, in *Brook.LRev.*, 2006, disponibile su https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1, accesso il 20 giugno 2020.

strutture preesistenti del diritto costituzionale, che spesso sono caratterizzate da un approccio statico e positivista, possano limitare la comprensione del ruolo del giudice costituzionale nel contesto attuale. Questa limitazione riguarda in particolare la capacità del giudice costituzionale di esercitare un controllo sostanziale nel contenzioso costituzionale, specialmente in materia di tutela dei diritti e nell'interazione con il Parlamento. Tale limitazione può ostacolare lo sviluppo di una cultura costituzionale significativa nel Paese.

Ma la verità è che una tale tecnica interpretativa sembra insufficiente di fronte agli sforzi ermeneutici richiesti dai giudici per giustificare le loro decisioni di fronte a sfide come *basis structure doctrine*, *hard* o *soft constitutional review* e supercostituzionalismo, che richiedono una crescente comprensione del contesto socio-istituzionale da parte dei giudici, oltre a un approccio interpretativo più conservatore. Allo stesso modo, i metodi neutrali di interpretazione sembrano essere un mito, come ha sottolineato Ronald Dworkin quando, in relazione alla nomina di Sonia Sotomayor alla Corte Suprema degli Stati Uniti. In merito a tale questione, ha affermato che il metodo neutrale[615] di "fedeltà alla legge" che il giudice ha sostenuto di adottare non avrebbe retto in termini di filosofia morale.

Quindi, emerge chiaramente la necessità di metodi interpretativi più flessibili e sensibili al contesto, accompagnati dalla critica di una presunta neutralità interpretativa. Pertanto, il passaggio in questione può fornire un efficace riepilogo delle questioni sollevate nel testo, offrendo anche una prospettiva su come poterle affrontare.

---

[615] R. DWORKIN, *Justice Sotomayor: The Unjust Hearings*, 24 settembre 2009, disponibile su: https://www.nybooks.com/articles/2009/09/24/justice-sotomayor-the-unjust-hearings/, Accesso il 16 gennaio 2022.

CAPITOLO VI

MOMENTI DI ACCENTRAMENTO O DI DIFFUSIONE DEL POTERE DEL GIUDICE COSTITUZIONALE NELLO STATO DI EMERGENZA CAUSATO DAL COVID-19

A differenza dei capitoli precedenti, che si sono concentrati sul rapporto tra il tribunale costituzionale, i giudici (siano essi comuni o sovranazionali) e i legislatori, allo scopo di comprendere come la giustizia costituzionale si sviluppi attraverso l'interazione e la condivisione di potere tra loro, questo capitolo esaminerà come il giudice costituzionale ha gestito l'emergenza Covid-19 nei rispettivi sistemi. In tal senso, oltre ai soggetti dialoganti precedentemente menzionati, la ricerca porrà particolare enfasi sulla gestione della crisi promossa dal potere esecutivo, sia esso centrale o periferico.

Pertanto, si analizzerà come il giudice costituzionale abbia partecipato al fenomeno pandemico riguardante la pandemia di SARS-CoV-2, come abbia favorito la conversazione con le altre istituzioni in materia, se la capacità di decidere le controversie costituzionali sia stata decentrata o, piuttosto, se egli abbia assorbito (accentrato) questo impegno internamente, per quale motivo e come lo abbia fatto. In tal senso, sia per entrare, sia per uscire dalla gestione sanitaria del Coronavirus, il presente studio prende nota del livello di argomentazione e delle tecniche procedurali utilizzate per lo scopo da ogni corte osservata.

Poiché le relazioni interistituzionali nella gestione della pandemia occupano un'area tematica specifica di natura politica, si può affermare che questo capitolo miri a promuovere una sperimentazione puntuale della tesi dell'accentramento, volta a osservare fino a che punto essa possa essere utilizzata per esaminare le dinamiche del profilo soggettivo del controllo di costituzionalità (controllo diffuso o controllo accentrato) – alla luce di un criterio meno tecnico (sui modelli giuridici) e più politico (sulle dinamiche di potere)[616]. Il punto più complesso riguarda il fatto che le crisi non sono un argomento che consensualmente e a priori è tipico della giustizia costituzionale,

[616] Sul tema v. le relazioni tenute al Convengo dell'Associazione Gruppo di Pisa, *Il sindacato accentrato di costituzionalità*, Pisa, 25 ottobre 2019. Cfr. altresì R. ROMBOLI, *Dalla 'diffusione' all''accentramento': una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro it*., n. 7, 8/2018.

in quanto presuppongono discrezionalità politica che ormai di solito spettano al potere esecutivo, in quanto quest'ultimo è il ramo di potere dello Stato più rapido tra tutti per rispondere alla crisi, il quale agisce sotto la supervisione del parlamento.

Nella fenomenologia del potere esecutivo, l'espansione durante i periodi di crisi può essere legittimata attraverso teorie costituzionali specifiche e contestuali per ogni sistema giuridico. Per esempio, nel contesto italiano, gli articoli 77 e 78 della Cost. 1947 agiscono come disposizioni per situazioni eccezionali. In particolare, l'articolo 77, insieme all'articolo successivo (78) che tratta dello "stato di guerra", è stato interpretato da dottrine interne come base per la teoria dei "poteri necessari", applicabile alla crisi pandemica[617]. Tale teoria presuppone l'esercizio di poteri adeguati da parte del governo per affrontare situazioni di rischio, distinguendoli tuttavia dai "pieni poteri" o poteri illimitati. Questa distinzione sarebbe quindi fondamentale per evitare di ricadere negli errori del passato autoritario, in particolare quelli risalenti al periodo della Seconda Guerra Mondiale.

In parallelo, nella dottrina francese, l'articolo 16 della Cost. 1958 viene interpretato attraverso la "*théorie des circonstances exceptionnelles*[618]", la quale sottolinea l'eccezionalità di determinate situazioni per consentire un'espansione limitata

---

[617] G. SILVESTRI, Covid-19 e Costituzione, in Unicost, 10/04/2020, disponibile su https://www.unicost.eu/covid-19-e-costituzione/, accesso il 25 giugno 2023; A. D'ALOIA, Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus, in Forum di Biolaw Journal, 14 marzo 2020, 5; M. ALBISINNI — L. GIANNONE, L'insegnamento del Covid-19 sullo stato di emergenza: non è mai troppo tardi, Questione giustizia, 19/06/2020.

[618] A. LEVADE, Crise sanitarie: Le casse-tête constitutionnel, in C. NOIVILLE — S. LAUGIER — X. PHILIPPE *Des en jeux d'intérêt public en temps de pandémie : un double regard juridique et philosophique*, Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Mare & Martin, 2021, p. 21 ss.

del potere amministrativo durante i periodi di crisi[619]. L'art. 16 stesso conferisce al Presidente della Repubblica francese poteri straordinari in situazioni di emergenza, «un'idea ben attestata nella tradizione occidentale che c'è un diritto adatto a periodi di pace e un altro diritto per il momento del bisogno e pericolo[620]».

In Brasile, il principio dei "*checks and balances*", o "controlli e bilanciamenti", viene applicato per assicurare un equilibrio dinamico e collaborativo tra i vari rami del governo[621]. Questo principio costituzionale funge da sistema di freni e contrappesi tra i poteri dello Stato - ovvero tra l'esecutivo, il legislativo e il giudiziario. Il suo scopo è assicurare che nessun ramo del governo possa acquisire un controllo totale o perdere completamente il controllo, anche in situazioni di crisi. Ciò serve per garantire l'effettiva applicazione dei diritti fondamentali dei cittadini, indipendentemente dalle circostanze. Quindi, in ogni momento, ciascun ramo del governo può controllare o essere controllato dagli altri: il tutto ha lo scopo di preservare l'equilibrio di potere e prevenendo abusi.

---

[619] Nel sistema francese, la nascita della teoria delle circostanze eccezionali è comunemente datata alla decisione del 28 giugno 1918 - Heyriès (Grands arrêts de la jurisprudence administrative, GAJA, n. 31, pag. 188), che ammette, "in ragione delle condizioni in cui i pubblici poteri si esercitavano di fatto" il 10 settembre 1914, la legalità del decreto di quel giorno del Presidente della Repubblica che sospendeva l'applicazione di una disposizione di legge, il famoso articolo 65 della legge del 22 aprile 1905, che imponeva la comunicazione dei suoi atti a qualsiasi pubblico ufficiale prima di qualsiasi misura disciplinare nei suoi confronti. Era il giorno della fine vittoriosa della battaglia della Marna, il cui esito era rimasto a lungo indefinito. Il governo, che aveva lasciato Parigi per Bordeaux il 2 settembre, non era ancora tornato nella capitale. A complemento di questa decisione Heyriès c'è una vecchia giurisprudenza il cui resoconto del fatto è serio e comico allo stesso tempo: la decisione Dames Dol e Laurent del 28 febbraio 1919. Nel 1916, durante la Prima guerra mondiale, il prefetto del dipartimento del Var considerò che il gran numero di prostitute vicino alla base militare francese di Tolone potesse incoraggiare quest'ultima a mantenere contatti con queste prostitute, il che poteva di conseguenza portare al rischio di divulgare segreti militari o trasmettere malattie. A causa di ciò, il prefetto vietò alle prostitute di adescare e ai proprietari di caffè di servire loro da bere. Due prostitute hanno sfidato l'ordine dello Stato. E il Consiglio di Stato decise che, in piena guerra mondiale, i poteri pubblici potevano avere poteri eccezionalmente ampi in materia di ordine e sicurezza. Questa teoria ha poi permesso al Consiglio di Stato di estendere la sua giurisprudenza a tutti i periodi di crisi o di gravi disordini, in particolare nel maggio 1968. Tre periodi devono essere considerati per descrivere l'evoluzione della teoria delle circostanze eccezionali, che senza dubbio non è completa: le due guerre mondiali, il regime di Vichy e la guerra d'Algeria. Più recentemente, la pandemia di Covid-19 è stata anche il palcoscenico per l'uso di tale argomento. J. MASSOT, *Le Conseil d'État face aux circonstances exceptionnelles*, in *Les Cahiers de la Justice*. Dossier. Juger par gros temps, 2013/2 (N° 2), pages 27 à 39; D. ROUSSEAU, *Coronavirus : «La théorie des circonstances exceptionnelles permet une extension des pouvoirs de l'exécutif»*, in *Le monde*, 15 mars 2020.

[620] F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1èreéd., 1995, p. 304.

[621] R. GLEZER, As razões e condições dos conflitos federativos na pandemia de Covid-19: coalizão partidária e desenho institucional, in *Suprema*, DOI: https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n2.a74.

È corretto, tuttavia, affermare che nei Paesi dove la supervisione parlamentare sulla gestione della crisi è stata in qualche modo limitata, sia a causa del disegno strutturale dell'attività legislativa nel sistema in questione, sia a causa di una deferenza di fronte all'esecutivo, le corti costituzionali si sono imposte come istituzioni capaci di supervisionare la gestione governativa della pandemia attraverso processi di contenzioso costituzionale?

In generale, la disciplina delle emergenze è una questione *a priori* riservata alla discrezionalità politica, all'atteggiamento della legge e alla successiva attuazione da parte del governo. La possibilità che la giustizia costituzionale deliberativa intervenga in questo ambito è dunque tanto intrigante quanto pericolosa, soprattutto se si considera una situazione di un "*gouvernement des juges*", nell'espandersi al campo delle discipline destinate a contenere l'emergenza. Ciò può essere utile per proteggere i diritti e l'equilibrio dei poteri, ma può anche causare il risultato opposto, se il giudice prende troppo spazio a scapito dei poteri legislativo o esecutivo.

In qualche modo, la domanda da porsi è la seguente: un sistema di giustizia costituzionale può offrire un modo positivo per migliorare il dialogo interculturale e interistituzionale in una democrazia, attraverso un intervento partecipativo nella crisi sanitaria? Ebbene, la teoria del (ri)accentramento tende a misurare il potere del giudice costituzionale in qualità di custode del diritto di libertà o della sicurezza pubblica[622].

A tal proposito, occorre considerare come l'eventuale espansione giurisdizionale delle corti e consigli (supremi o costituzionali) dipenda delle seguenti premesse di libertà politica pronunciate da Montesquieu: nel famoso Libro XI di *De l'Esprit des lois*, in cui esamina il potere costituzionale in Inghilterra, l'autore avverte che libertà

[622] D. ROUSSEAU, L'urgence des droits et libertés, in C. NOIVILLE — S. LAUGIER — X. PHILIPPE *Des en jeux d'intérêt public en temps de pandémie : un double regard juridique et philosophique…,* p. 17 ss.

politica presuppone: 1) un governo moderato; 2) l'assenza di abuso di potere; 3) che "il potere controlli il potere".[623] Non vi è dunque libertà ove il potere non sia equilibrato[624].

Perciò, l'accentramento del potere del giudice costituzionale, a differenza di quanto accaduto in ciascun tipo di interazione interistituzionale precedentemente analizzata in questa tesi, costituisce un movimento temporaneo e di risposta agli eccessi di sicurezza pubblica che colpiscono le libertà civili oppure l'inverso, vale a dire l'eccesso di libertà civili, che può minare la sicurezza pubblica.

Il pendolo del giudice opera in base al controllo sul governo. Per ipotesi, alla legislatura spetterebbe l'esercizio di un ruolo di controllo sul governo, ma in caso essa non lo controlli o, al contrario, superi i propri limiti nelle operazioni di controllo, una figura terza, quale il giudice costituzionale, dovrebbe frenarlo[625]. Se, d'altra parte, è il

---

[623] In verbis : « La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. […] Elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir… » e «Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir». Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Paris, GF Flammarion, 1979, p. 293. Rispetto alla passione di Montesquieu per le idee della libertà e dell'equilibrio dei poteri, cfr. A. JUPPÉ, *Montesquieu le moderne*, Paris, Perrin/Grasset, 1999.

[624] Per accogliere l'idea che il potere statale è qualcosa di cui non si dovrebbe abusare da parte di chi lo esercita, Montesquieu preferisce il termine "equilibrio dei poteri" invece di "separazione dei poteri". Un potere sbilanciato richiederebbe giustamente uno spirito di moderazione per correggere il centro asimmetrico con un altro centro che funga da controllore. Diversamente, la separazione in quanto tale, supponendo che i centri di potere siano separati l'uno dall'altro, non implicherebbe lo stesso meccanismo di ricerca della moderazione. A. DUFFY-MEUNIER, *Propos introductifs*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2022/1, n. 129, p. 5-8.

[625] Contrariamente all'epoca di Montesquieu, quando la moderazione del potere fu plasmata dal Regno Unito (a partire da suo parlamentarismo monarchico), e a scapito della situazione che all'epoca si presentava in Francia, oggi, nonostante l'attuale messa in scena della giustizia costituzionale, il sistema britannico non ha ancora considerato il ruolo di un tribunale costituzionale nella moderazione contemporanea del potere. In questo sistema, quando le relazioni tra cittadini e Parlamento sono difficili, non c'è un giudice costituzionale che svolga il compito di ristabilire, in termini giuridici, la serenità tra loro. Piuttosto, il principio della sovranità parlamentare, teorizzato da Blackstone ed esposto sistematicamente da Dicey, favorì il declino del controllo giurisdizionale di costituzionalità nelle isole britanniche, a dispetto della dottrina del caso Bonham. W. BLACKSTONE, I.160-161, 2016; A. V. DICEY, *An introduction to the study of the law of the constitution*, 10 th ed., London, MacMillan, 1959; M. NICOLINI – S. BAGNI, *Comparative constitutional justice*, l'Aia, Eleven, 2021, p. 44-45. Invero, nel sistema elettorale del Regno Unito, i cittadini eleggono solo i membri di una delle camere del Parlamento (la Camera dei Rappresentanti), e le leggi eventualmente approvate da esso non sono soggette al controllo di legittimità, in quanto, come la House of Lords ha posto nel 1974 «sovereignty of Parliament… involves that, contrary to what sometimes asserted before the 18th century, and in contradiction to some other democratic systems, the courts in this country have no power to declare enacted law to be invalid». *British Railways Board c. Pickin* [1974] A. C. 765, 798, *per* Lord Simon of Glaisdale. Ovvero, dopo la Brexit, a parte il diritto della CEDU, non c'è più nessun organo nel Regno Unito per moderare gli eccessi dei legislatori in nome della sovranità parlamentare; questo porta a una mancanza di equità politica nelle relazioni tra cittadini, legislatori e altre istituzioni democratiche del sistema e quindi a una moderazione ancora piuttosto aristocratica. Nel sistema francese, invece, la situazione sembra evolvere nella direzione opposta: se la moderazione governativa in Francia non era un punto di riferimento ai tempi di Montesquieu, non solo l'attuale sistema politico adottato, ma anche il Consiglio costituzionale si sta dimostrando un'istituzione sufficientemente presente per garantire la legittimità della legge nel sistema. A. DUFFY-MEUNIER, *Propos introductifs*, *op. cit.*, p. 5-8.

giudice stesso a superare le righe, l'influenza degli altri organi forse lo indurrà decentrarsi, vale a dire ritornare alla sua posizione abituale. Questa mutua e reciproca interazione interistituzionale deve anche servire come criterio per affrontare le situazioni di crisi, come quella rivelata dal Covid-19.

La questione più impellente, tuttavia, emerge dalla problematica diffusione globale di procedure giuridico-politiche attuate per contrastare la propagazione e gli effetti collaterali della pandemia, le quali potrebbero condurre a un eccesso di concentrazione del potere nelle mani del governo. In questo scenario, il ruolo del giudice costituzionale assume un'importanza particolare, agendo, tra l'altro, come garante dell'equilibrio dei poteri democratici e opponendosi a un eccessivo accumulo di autorità nelle mani dell'esecutivo. Per cui, nel dibattito sull'attuazione o meno di misure sanitarie a seconda della loro intensità e durata, il governo che deve rispondere alla crisi rischia di prolungare il suo potere all'infinito, senza essere effettivamente rimproverato dal legislatore. A questo punto, spetterebbe al giudice costituzionale entrare nel dibattito?

1. Crisi pandemica e legittimazione del sistema: la giustizia costituzionale oltre la dicotomia tra democrazia maggioritaria e minoritaria

In molti sistemi costituzionali, le dichiarazioni di emergenza o di calamità sono diventate una modalità specifica per i leader di incontrare istituzioni democratiche della maggioranza o della minoranza, più deboli e vulnerabili di prima. Questo impone la necessità di controllare il governo e le sue esternalità, sia attraverso una supervisione diretta dei suoi atti amministrativi (via controllo di legalità o, se ammissibile dal sistema domestico, via controllo di costituzionalità), sia attraverso la questione di illegittimità di legge, che gli dà i suoi poteri amministrativi. Il quadro della legittimità del potere ha delle importanti conseguenze anche sul diritto alla libertà e sul diritto alla salute, così come su tanti altri ugualmente fondamentali.

Ciononostante, prima dell'impatto sul (ri)accentramento del giudice costituzionale, occorre osservare se proprio il potere governativo ha operato un accentramento nel quadro della pandemia, almeno per quanto riguarda la protezione

della sicurezza pubblica sanitaria o della libertà civile nel contesto della pandemia Covid-19[626]. In pratica, si tratta di considerare se l'autorità politica abbia esteso i suoi poteri a un livello preoccupante riguardo agli interventi non farmacologici, di terapia intensiva o di vaccinazione, per esempio. Ciò serve anche a valutare se ci sia stata una tendenza a cedere i poteri parlamentari all'esecutivo e a ridurre il controllo parlamentare[627].

Paradossalmente, l'accentramento di un tribunale costituzionale viene qui discusso come una potenziale risposta a questo centralismo (o inattività) della politica, nella misura in cui l'operato della giurisdizione serve come fattore moderatore del sistema, rispetto al fatto che la cultura dei diritti richiede uno sguardo peculiare in ogni

---

[626] R. ROMBOLI, *La incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 122, pp. 517-596, jan. /jun. 2021; E. CATELANI. *Il rapporto fra stato e regioni al tempo del coronavirus: una premessa*. Il Forum – L'emergenza e i rapporti tra lo Stato e le Regioni, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2, 2020, p. 5; V. de O. MAZZUOLI – H. A. FRAZÃO, *Covid-19, risco de backsliding e reação dos tribunais constitucionais: um contraste entre Itália e Brasil*, in *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 323-362, jul. /dez. 2021; V. O. de MAZZUOLI – H. A. FRAZÃO, *Il federalismo come termometro costituzionale in tempi di crisi: un'analisi comparata alla luce dell'emergenza COVID-19 in Brasile e in Italia*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, Quaderno n. 1, Fascicolo Speciale Monografico, p. 97-110, 2020; C. LE BRIS, Des limitations des liberté en temps de guerre contre le coronavirus: la gestion française de la crise sanitaire au regard des droits de l'homme internationaux, in C. NOIVILLE — S. LAUGIER — X. PHILIPPE *Des en jeux d'intérêt public en temps de pandémie : un double regard juridique et philosophique…,* p. 61 ss.; O. RENAUDIE, Faut-il décentraliser la santé publique ?, in C. NOIVILLE — S. LAUGIER — X. PHILIPPE *Des en jeux d'intérêt public en temps de pandémie …*, p. 47 ss.

[627] A questo riguardo, « Certains gouvernements ont profité de la crise sanitaire pour renforcer leurs attributions, parfois au-delà de toute proportionnalité. Tel est surtout le cas en Hongrie, où une loi adoptée le 30 mars attribue des ‘ pouvoirs spéciaux ’ au Premier ministre, en particulier la faculté de légiférer par décret et de déroger aux dispositions légales dans le cadre d'un état d'urgence à durée indéterminée, sans prévoir la réunion régulière du Parlement durant cette période ». A. FOURMONT – B. RIDARD, *Le contrôle parlementaire dans la crise sanitaire*, 11/05/2020, disponibile su https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0558-le-controle-parlementaire-dans-la-crise-sanitaire, accesso il 10/03/2022.

Paese o regione del mondo[628], invece di seguire una visione universalistica o meramente teorica della dignità. Nonostante una siffatta gestione della pandemia possa rappresentare una limitazione ai diritti di libertà, l'adozione di un comportamento negazionista di fronte al rischio sanitario potrebbe influire, in modo cruciale, sull'aumento della contaminazione virale e sul numero di morti per malattia, violando eventualmente la sicurezza pubblica[629]. Quindi, l'assenza di una prevenzione e repressione efficace potrebbe indicare che il potere politico sia contrario alla vita e alla dignità della propria popolazione nazionale.

In tal senso, il governo può rischiare di subire una recessione democratica sia per un eccessivo adempimento delle proprie prerogative, sia per un'eccessiva omissione, mettendo in pericolo la stabilità delle istituzioni e la tutela dei diritti fondamentali all'interno della democrazia liberale[630].

---

[628] B. DE SOUSA SANTOS, *Direitos humanos: o desafio da interculturalidade*, in *Revista Direitos Humanos*, 02/junho, 2009, p. 14-15: nel raccogliere la sua proposta di interculturalità, Boaventura de Sousa Santos propone di andare oltre il dibattito sull'universalismo e il relativismo culturale, insito nella sua falsità e dannoso per una concezione emancipatrice dei diritti umani. Per l'autore, «todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural, como posição filosófica, é incorreto. Por outro lado, todas as culturas aspiram a preocupações e valores válidos independentemente do contexto de seu enunciado, mas o universalismo cultural, como posição filosófica, é incorreto» (p. 14). L'interculturalismo è una via di mezzo tra il relativo e l'universale, proprio perché tutte le culture sono incomplete e problematiche nelle loro concezioni della dignità umana: «Se cada cultura fosse tão completa como se julga, existiria apenas uma só cultura» (p. 14). In questa prospettiva, invece di difendere una sola concezione della dignità umana come valida, l'autore cerca di stimolare «consciência de incompletude cultural é uma das tarefas prévias à construção de uma concepção multicultural de Direitos Humanos» (p. 14). Partendo dallo spazio che manca ad ogni cultura (occidentale o no, eurocentrica o no), si apre la strada ad un dialogo interculturale sulla dignità umana, che può alla fine portare ad una «concezione mista dei diritti umani» (p. 15), cioè una concezione che, invece di ricorrere a falsi universalismi, si organizza come una costellazione di significati locali, reciprocamente intelligibili, e si costituisce come una rete di riferimenti normativi potenzianti. In questo senso, la tutela del diritto alla salute non può essere automatizzata, ma manuale a seconda delle esigenze socioculturali che si presentano; lo stimolo al progresso di detta tutela merita di avvenire, ma sulla base dei risultati attuali già ottenuti nell'ordinamento giuridico di riferimento.

[629] C. NOIVELLE — S. LAUGIER — X. PHILIPPE, Préface. Un double regard sur la pandémie, in C. NOIVILLE — S. LAUGIER — X. PHILIPPE *Des en jeux d'intérêt public en temps de pandémie* ..., p. 13 ss.

[630] In mezzo ad altri profili di democrazia costituzionale che sono apparsi sulla scena mondiale, quelli di matrice liberale si sono dimostrati più adatti a comprendere quello che si chiama un regime democratico, giustificato non solo dal livello di sviluppo socioeconomico o dalla promozione dei diritti umani, ma anche e principalmente dal controllo che il popolo esercita sul governo. Bisogna tener presente, per esempio, che il principio della sovranità popolare che caratterizza lo Stato socialista non viene interpretato allo scopo di stabilire la divisione dei poteri o qualsiasi equilibrio tra le istituzioni pubbliche. In realtà, l'applicazione del principio di rappresentanza in questo tipo di Stato implica che il potere sovrano sia concentrato e non diffuso, il che esclude, fin dall'inizio, qualsiasi restrizione alla competenza generale del Parlamento. Le democrazie pluraliste, invece, più ricettive ai problemi legati alla molteplicità delle espressioni della volontà popolare, sviluppano un sistema di contropotere per evitare ogni forma di abuso di potere. Cfr. F. DELPÉRÉE, *Constitutional systems and sources of law*, in A. PIZZORUSSO (ed.), *Law in the making: a comparative survey*, Berlin: Springer, 1988, pp. 88-102, p. 99.

Oltre alla violazione del sistema in senso soggettivo, cioè rispetto alla tutela dei diritti, l'ipotesi che il potere si concentri nelle mani di un unico governante invoca anche l'esistenza di una violazione in senso oggettivo, cioè riguardo alla tutela dello stesso ordine costituzionale. A proposito di questa seconda ipotesi, l'aumento progressivo della giurisprudenza costituzionale potrebbe essere pensato in modo tale da ampliare la legittimità del diritto della libertà o dei diritti dei vulnerabili: in questo caso, si apre la ricerca di un (nuovo) punto di equilibrio tra le varie istituzioni democratiche e la cittadinanza, nonostante la situazione di eccezionalità giunta assieme alla pandemia.

Infatti, un sistema di giustizia costituzionale con accesso aperto o variabile (come quello brasiliano) può rispondere più rapidamente rispetto a quelli con accesso più limitato (come quelli italiano o francese) quando, in situazioni particolarmente critiche, deve colmare possibili lacune nella tutela dei diritti. Inoltre, una cultura di maggiore dialettica tra Parlamento e governo al tempo di crisi può giustificare un livello particolarmente minore del contenzioso costituzionale. Pur essendo tale criterio rilevante per misurare la forza giuridico-politica dei giudici costituzionali in Italia, Brasile e Francia, sarà la tutela dei diritti o dei doveri fondamentali a imporre un'eventuale presenza accentrata o decentrata del giudice-custode in caso di pandemia (Covid-19).

L'idea che il giudice costituzionale sia in grado di moderare l'accentramento di potere nelle mani dell'esecutivo è in linea con la teoria di Kelsen, secondo cui solo così l'essenza della democrazia può essere salvaguardata, in quanto, nonostante le crisi, il dialogo e il dibattito tra le diverse istituzioni democratiche rimarranno intatto[631]. Tuttavia, bisogna evitare che la corte, o consiglio (supremo o costituzionale), approfitti di una situazione di emergenza per scavalcare gli interessi della politica, creando, in tal

[631] H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 197-257, 1928, p. 253 : «se contempliamo l'essenza della democrazia, non nel carattere onnipotente della maggioranza, ma nel costante compromesso tra i gruppi rappresentati in Parlamento dalla maggioranza e dalla minoranza, e poi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare come un mezzo particolarmente appropriato per realizzare questa idea».

mondo. un “controllo di costituzionalità abusivo” e, quindi, contro la democrazia stessa[632].

2. Il ruolo equilibratore della giustizia costituzionale di fronte a squilibri in tempi di crisi

La funzione moderatrice fu considerata da Alexander Hamilton come un attributo della giustizia costituzionale, ragion per cui, se solo "il potere può fermare il potere", spetterebbe al giudice assumere un atteggiamento capace di tenere in equilibrio le diverse istituzioni democratiche.[633] Pur essendo una posizione di natura prettamente giuridica, non si può negare che il giudice costituzionale abbia anche una "anima" politica[634], poiché l'interpretazione costituzionale data dal giudice limita l'eccesso di potere da parte delle istituzioni pubbliche senza però danneggiarle sul piano dell'indipendenza.

A tal proposito, è importante sottolineare che qualsiasi cambiamento di giurisdizione della corte o del consiglio (supremo o costituzionale) dovrebbe essere considerato una risposta agli eccessi positivi o negativi nella gestione della pandemia da Covid-19. Pertanto, l'attività del giudice costituzionale dovrebbe essere valutata alla luce della sua esperienza giurisdizionale precedente all'emergenza.

In altre parole, nonostante si tratti di una crisi sanitaria di dimensioni globali, le risposte dei vari Paesi sono state fortemente influenzate dal concetto di "glocale", che rappresenta l'interazione tra dinamiche politiche, interistituzionali e culturali. In questo

---

[632] Cfr. D. LANDAU; R. DIXON, A*busive judicial review*: *courts against democracy*, in University of California, Davis, vol. 53:1313, 2020: È vero che le corti (supreme o costituzionali) svolgono un ruolo importante nel proteggere la democrazia dalle minacce di regresso. Tuttavia, il saggio degli autori evidenzia esperienze in cui, nel dilemma di un giudice costituzionale se agire o meno per prevenire un danno antidemocratico, la decisione di farlo implica un peggioramento del problema.

[633] In un approccio riguardo al sistema costituzionale brasiliano, v. A. R. TAVARES, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 300: «é equívoco, contudo, considerar que a atuação do Tribunal Constitucional se imponha apenas nos momentos de crise. Mesmo no mais completo equilíbrio entre os órgãos constitucionais, nem por isso deverá o Tribunal ficar inerte. É que poderá ocorrer que um órgão esteja, com o beneplácito ou não de outro órgão, usurpando as funções deste. Em tais circunstâncias, caberá a intervenção do Tribunal Constitucional para garantir a separação promovida constitucionalmente. Não se pode tolerar um costume constitucional contra legem, especialmente quando se trata da lex legum».

[634] Questa, per esempio, è la posizione del professor Xavier Philippe, secondo la sua lezione tenuta il 02/09/2022 al corso di giustizia costituzionale comparata dell'Università Sorbona-Pantheon 1 per il Master II di diritto comparato.

contesto, la scelta del linguaggio utilizzato per descrivere l'emergenza ha riflesso e influenzato la percezione della popolazione sulla gravità della situazione e, di conseguenza, le risposte politiche adottate.

In Francia, per esempio, è stato utilizzato il linguaggio del "diritto di guerra" per affrontare lo stato di emergenza[635]. Pure in Italia, qualcosa di simile si è verificato[636]. Questa terminologia evocativa di poteri straordinari e di un impegno totale da parte dello Stato ha reso evidente l'intenzione dei governni di agire fortemente in favore della sicurezza pubblica dinanzi alla gravità della situazione.

Nel caso del Brasile, invece, si è optato per l'uso dell'espressione "calamità pubblica", proveniente dalla Legge di Responsabilità Fiscale (Legge complementare n. 101/2000). Ciò ha avuto senz'altro un effetto differente rispetto alle risposte sociali interne ai Paesi precedentemente menzionati, poiché ha posto maggiormente l'accento sull'impatto sulla responsabilità fiscale anziché sull'impatto sulla salute pubblica[637].

Il termine impiegato in Brasile, sebbene indichi un'eccezionale situazione di emergenza, ha avuto un tono meno bellico e potrebbe essere stato scelto per favorire inizialmente l'esercizio delle libertà civili durante la pandemia[638]. Tale scelta riflette un potenziale squilibrio tra i diritti individuali e la gestione statale, attribuendo, quindi, meno enfasi al rischio sanitario rispetto a quanto non sia avvenuto in scenari in cui sono state adoperate terminologie appartenenti al campo semantico della guerra.

---

635 X. PHILIPPE, Ètat d'urgence sanitaire et état de guerre : des «armes» et des «mos» au service d'une nouvelle rhétorique sur la sécurité et les libertés, in in C. NOIVILLE — S. LAUGIER — X. PHILIPPE *Des en jeux d'intérêt public en temps de pandémie* ..., p. 85 ss.

636 R. ROMBOLI, L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano, in Consulta online, 2020 Fasc. III, 5 ottobre 2020., pp. 514-515: «Con riguardo alla vicenda Covid-19 una parte della dottrina1 ha ritenuto possibile una lettura estensiva della disposizione costituzionale oltre il caso della guerra e quindi la possibilità di utilizzare la medesima procedura anche per le misure contro la pandemia. La posizione assolutamente dominante è stata invece in senso contrario a tale possibilità, sottolineando come il riferimento ad una situazione di guerra può essere corretto se utilizzato in senso generico o giornalistico ad evidenziare la gravità del momento, mentre lo stesso risulta sicuramente improprio per un ragionamento giuridico formale, essendo assolutamente chiaro il significato della parola utilizzata dal Costituente e non suscettibile di un'interpretazione estensiva».

637 R. A. GARDELLI, O estado de calamidade pública e o impacto na Lei de responsabilidade fiscal, in *Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, 19/06/2020, disponibile su: https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/ARTIGO%20O%20estado%20de%20calamidade%20pu%CC%81blica%20e%20o%20impacto%20na%20Lei%20de%20Responsabilidade%20Fiscal.pdf, accesso il 26 giugno 2023.

638 V. de O. MAZZUOLI — H. A. FRAZÃO, *Covid-19, risco de backsliding e reação dos tribunais constitucionais,* pp. 323-362.

In questo senso, le scelte di linguaggio hanno plasmato il dibattito pubblico e il consenso politico riguardo alle misure adottate nei vari Paesi. Ad esempio, nei Paesi che hanno affrontato la crisi come una "guerra" (Francia e Italia), la protezione dei diritti civili è stata un punto centrale nelle controversie costituzionali, mentre nel caso del Brasile, in cui si è parlato di "calamità", il diritto alla sicurezza sanitaria è stato prioritario nel contesto delle decisioni giudiziali. Tuttavia, l'impatto del Coronavirus ha sollevato la questione della sovrapposizione dei poteri politici, con una maggiore concentrazione delle decisioni nelle mani dell'esecutivo al fine di contenere l'emergenza sanitaria. Tale rischio di instabilità tra i poteri è stato evidenziato anche dalla dottrina costituzionalista.

In relazione all'eventuale assenza di disposizioni normative direttamente applicabili all'interno dei sistemi costituzionali per affrontare l'emergenza pandemica da Covid-19, i governi dei tre Paesi oggetto di analisi sono stati sollecitati ad agire tempestivamente, avvalendosi dei fondamenti costituzionali[639], al fine di individuare soluzioni peculiari[640]. Inizialmente, come elemento cardine delle rispettive strutture, il Presidente del Consiglio dei Ministri in Italia, il Presidente della Repubblica in Francia e il Presidente della Repubblica in Brasile hanno assunto un ruolo di prim'ordine nella risposta alla crisi. Tuttavia, soltanto in uno dei tre casi il ruolo centrale è stato modificato, e più precisamente in Brasile, dove tale responsabilità è stata attribuita, in particolar modo, al *Supremo Tribunal Federal*, che ha "ristrutturato" la sua strategia per affrontare i rischi della pandemia[641].

---

[639] Per quanto riguarda lo scenario brasiliano, gli autori di questo capitolo scientifico hanno analizzato il tentativo di concentrare le decisioni nelle mani del Presidente della Repubblica in un numero monografico speciale lanciato in occasione del *Seminario di diritto pubblico comparato dell'Università di Pisa*, tenutosi l'8 maggio 2020 e organizzato da Rolando Tarchi con lo scopo di discutere le esperienze dei Paesi democratici nel contesto della gestione della pandemia di Covid-19. Per quanto riguarda lo scenario italiano, vale la pena verificare come Romboli affronti l'impatto della pandemia sulla forma di governo nazionale, evidenziando la concentrazione di poteri nell'esecutivo e la screditata e silente performance del Parlamento. R. ROMBOLI, L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano…, pp. 525-528. È anche interessante controllare lo studio riguardo al rapporto tra Parlamento e governo italiano durante la pandemia, prodotto da V. LIPPOLIS, Il rapporto Parlamento - governo nel tempo della pandemia, in *Rivista AIC*, n. 1, 27/01/2021. Disponibile su: https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2021_8_Lippolis.pdf. Accesso il 24/10/2021.

[640] In proposito, cfr. analisi del regime giuridico del coronavirus in Francia: B. KANDJOURA, *Le coronavirus: réflexion sur le régime juridique et les effets de la crise sanitaire due au Covid-19*, pp. 2 ss., disponibile su https://hal.science/hal-03183338/document, accesso il 26 giugno 2023.

[641] Cfr. H. ABAS FRAZÃO, Ciência como objeto ou parâmetro de controle de constitucionalidade..., p. 123 ss.

Negli altri Paesi, il giudice costituzionale ha focalizzato la propria attenzione sul monitoraggio delle restrizioni gradualmente imposte sui diritti di libertà, ma, nel complesso, ha confermato l'operato del governo nell'ambito della gestione della situazione. Ad esempio, in Italia, la Consulta, ratificando l'approccio gestionale adottato dal Consiglio dei Ministri, ha affermato nella Sentenza n. 37, pubblicata il 17 marzo 2021, che la profilassi internazionale riguarda norme che assicurano "uniformità anche nell'attuazione, a livello nazionale, dei programmi elaborati a livello internazionale e sovranazionale", conformemente alla Sentenza n. 5 del 2018 e alle precedenti Sentenze n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005 e n. 12 del 2004.

Sulla base di ciò, ad esempio, il giudice costituzionale ha evitato la controversia di competenze tra lo Stato e la regione Valle d'Aosta, stabilendo che il legislatore regionale, pur godendo di autonomia speciale, non può regolare autonomamente una materia inerente alla pandemia da COVID-19, che è diffusa a livello globale e pertanto rientra esclusivamente nella competenza legislativa dello Stato in materia di profilassi internazionale (ordinanza n. 4, il 24 febbraio 2021).

In maniera analoga, i membri del *Conseil constitutionnel* hanno esaminato le disposizioni legislative che hanno stabilito un regime di transizione dopo la conclusione dei regimi di eccezione adottati per contrastare l'epidemia da COVID-19, come sancito nella *décision* n. 2022-840 DC del 30 luglio 2022. Durante l'analisi sono state prese in considerazione questioni relative all'uso del termine "territorio nazionale" e alla sua applicazione alle collettività d'oltremare, nonché alla possibilità di differenziare il trattamento dei viaggi tra il territorio continentale e le collettività d'oltremare. Ciononostante, il Consiglio costituzionale ha concluso che le disposizioni esaminate erano legittime, consentendo quindi la continuità di un regime di transizione dopo la fine dei regimi di eccezione. Tale decisione è stata fondata sul principio di uguaglianza di fronte alla legge, tenendo conto della necessità di adottare misure differenziate in base a circostanze specifiche, purché tali differenze fossero in conformità con l'obiettivo della legge e proporzionate allo scopo perseguito. Di conseguenza, il giudice costituzionale francese ha convalidato le disposizioni della legge che stabiliscono un regime di transizione, garantendo la continuità di misure specifiche per affrontare gli effetti della pandemia di Covid-19, anche dopo la fine dei regimi di eccezione.

Nonostante la tendenza della Corte costituzionale[642] e del Consiglio costituzionale[643] ad ammettere una relativa libertà del governo nel rivendicare poteri eccezionali per le azioni profilattiche derivanti dal Coronavirus, entrambe si sono imposte nel conformare tale protagonismo governativo al rispetto dei diritti umani fondamentali. In tal senso, la "guerra" contro il Covid-19 non giustifica in alcun modo restrizioni eccessive alla libertà individuale, altrimenti il giudice costituzionale adempirà al suo ruolo di guardiano costituzionale.

Dall'altro lato, di fronte alle difficoltà di gestione della pandemia, con riguardo al nucleo basilare del diritto alla sicurezza sanitaria in Brasile[644], la Corte Suprema è stata chiamata a intervenire in modo più intenso nel contesto della pandemia, dando luogo a una "*chaotic judicialization*" per il Covid-19[645]. Questo perché, a causa dell'evoluzione della pandemia, il governo federale ha affermato il proprio potere in senso blando per affrontare immediatamente l'emergenza, anche a rischio che il contagio aumentasse[646]. Il Parlamento, sebbene avesse il potere di impedire abusi, ha perso la sua centralità di custode politico e sono aumentate le critiche all'uso opaco dei decreti di emergenza. Ciò ha portato a una riflessione sulla necessità di un ruolo più attivo del giudice costituzionale come custode della stabilità dello Stato di diritto durante l'emergenza.

---

[642] La Corte costituzionale ha assunto una posizione cautelativa nei confronti della legislazione correlata alla pandemia, riconoscendo la necessità di bilanciare i diritti costituzionali con le misure di tutela della salute pubblica. M. MASSA, The Italian 'No Jab, No Job' Law Passes Constitutional Muster, in *Verfassungsblog*, 07/03/2023, disponibile https://verfassungsblog.de/the-italian-no-jab-no-job-law-passes-constitutional-muster/, accesso il 27 giugno 2023.

[643] C. HAGUENAU-MOIZARD, The French Habeas Corpus and Covid-19. The decision of the Constitutional Council on pre-trial detention, in *Verfassungsblog*, 02/02/2021, disponibile su https://verfassungsblog.de/the-french-habeas-corpus-and-covid-19/, accesso il 27 Maggio 2023.

[644] Questa questione si aggiunge anche agli sforzi per la collaborazione tra organismi subnazionali verticalmente correlati, un tema che è stato esplorato da V. de O. MAZZUOLI – H. A. FRAZÃO, *Covid-19, risco de backsliding e reação dos tribunais constitucionais: um contraste entre Itália e Brasil*, in *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 323-362, jul. /dez. 2021.

[645] J. BIEHL — L. E. A. PRATES — J. J. AMON, Supreme Court v. Necropolitics: The Chaotic Judicialization of COVID-19 in Brazil, in *Health and Human Rights*, 23(1), 151–162, 2021. https://www.jstor.org/stable/27040043.

[646] T. Bustamante — E. P. Neder Meyer, The Brazilian Federal Supreme Court's Reaction to Bolsonaro Mixed Responses and the Need to Preserve the Court, in *Verfassungsblog*, 26/09/2022, disponibile su: https://verfassungsblog.de/the-brazilian-federal-supreme-courts-reaction-to-bolsonaro/, accesso il 21 Maggio 2023.

Considerando le disparità esposte, emerge osservare come la Corte Suprema brasiliana manifesti un'attenzione acuta nei confronti delle azioni del governo o delle questioni governate da una concreta comprensione giuridica, mentre i giudici costituzionali italiani[647] e francesi[648] non godono di una corrispondente dimensione istituzionale, in termini formali e sostanziali. Tale analisi merita un'opportuna considerazione ai fini della valutazione dei risultati ottenuti dall'intervento della giustizia costituzionale nella gestione della pandemia all'interno dei diversi Paesi presi in esame.

In sintesi, il presente studio mette in rilievo come le minacce derivanti dalla centralizzazione del potere politico a causa della pandemia impongano al giudice costituzionale un ruolo di "contro-centralizzazione", volto ad assicurare la legittimità dello Stato di diritto non soltanto in termini oggettivi, ma anche in relazione al contesto (in merito alle sfide incontrate dalle istituzioni politiche e amministrative nel gestire l'attuale crisi sanitaria). In conclusione, allorché l'esercizio di tale controllo si rivela sempre più oneroso, è necessario che la risposta offerta dalla rispettiva corte o consiglio si manifesti con maggior decisione.

3. La vigilanza costituzionale in tempo di crisi: un'analisi della reazione restrittiva della Corte costituzionale nei confronti del potere politico in Italia

---

[647] Il brano di Romboli mette in luce la difficoltà incontrata dalla Corte costituzionale nel valutare i presupposti costituzionali dei decreti-legge e menziona la prassi della reiterazione dei decreti per eludere il loro carattere provvisorio. Si fa riferimento alla decisione del 1996 della Corte costituzionale che ha dichiarato incostituzionale tale prassi, consentendola solo in circostanze specifiche. Inoltre, si evidenzia la trasformazione del processo di conversione dei decreti-legge in un disegno di legge soggetto ad emendamenti. Infine, viene affrontato il dibattito sulla possibilità che i decreti deroghino alle norme costituzionali e si fa una distinzione tra i decreti che influenzano il sistema delle fonti e quelli che regolano aspetti specifici legati all'emergenza. R. ROMBOLI, L'incideza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano, in *Consulta online*, Fasc. III, 5 ottobre 2020, pp. 520-521.

[648] Mentre l'influenza del Consiglio costituzionale sul governo è prevalentemente mediata, la relazione con il legislatore si caratterizza per un'immediata e diretta incidenza. La QPC ha generato una frequente interazione tra governo e Parlamento, imponendo al legislatore vincoli più stringenti al fine di adeguarsi alle decisioni emesse dalla revisione giudiziaria. Di conseguenza, il legislatore spesso si vede costretto a introdurre nuove leggi sostitutive o correttive per affrontare le questioni di incostituzionalità sollevate e individuate dal giudice competente. Questa dinamica, sebbene in modo indiretto, influenza significativamente il funzionamento del governo, in quanto le modifiche legislative comportano conseguenze concrete ed efficaci sulle azioni e sulle decisioni adottate dal governo. G. DRAGO, L'influence de la QPC sur le Parlement ou La loi sous la dictée du Conseil constitutionnel, in *Jus Politicum*, n. 6, 2011.

Dll'inizio del 2020, il Parlamento del Paese ha subito una forte riduzione delle sue tipiche attività legislative e di vigilanza, il che ha denotato, in un certo senso, una sua abdicazione temporanea alla posizione di centralità[649] che questo organo ha sempre ricoperto all'interno della Repubblica parlamentare italiana[650].

La scarsa attività parlamentare durante i primi momenti della pandemia è stata causata dalle difficoltà incontrate nel riunire i suoi membri di persona, dati i rischi di contagio da Covid-19. Inoltre, sia la Camera sia il Senato hanno desistito dal deliberare a distanza non solo per questioni di sicurezza, ma soprattutto per il timore della bassa qualità democratica che questo tipo di delibera offrire al Paese[651].

Il Governo centrale italiano, invece, ha dimostrato una maggiore capacità di adattamento nell'agire tempestivamente per far fronte al problema, emettendo regolamenti normativi per contenere la crisi attraverso decreti-legge, decreti amministrativi e altri atti regolamentari. Tuttavia, l'esecutivo ha incontrato notevoli difficoltà nel rapportarsi con i governi regionali e locali[652].

Infatti, uno dei più grandi problemi scaturiti dalla crisi pandemica in Italia è stato di natura politico-costituzionale: i diversi livelli di governo (centrale, regionale e locale) non sono stati in grado di mantenere un coordinamento armonioso dei propri poteri per tutelare la salute pubblica, soprattutto a causa della ridotta attività del Parlamento, che non ha favorito la normalizzazione della gestione delle pandemie[653].

---

[649] L'incidenza della pandemia ha avuto un impatto significativo sulla forma di governo in Italia, evidenziando un protagonismo e un accentramento dei poteri nell'esecutivo, mentre il Parlamento ha assunto una posizione più defilata e silente. Le restrizioni imposte per contenere la diffusione del virus hanno creato difficoltà nel regolare il funzionamento delle camere legislative, limitando le sedute e le votazioni in presenza. Di conseguenza, sono state sperimentate soluzioni alternative, come le sedute e le votazioni telematiche, al fine di garantire la continuità delle attività parlamentari. Tali soluzioni hanno suscitato dibattiti sul piano costituzionale, sollevando interrogativi sulle modalità di rappresentanza e sulla piena partecipazione dei parlamentari alle decisioni. Questo scenario ha anche stimolato la discussione su possibili ipotesi di riforma del sistema parlamentare italiano, al fine di adattarlo ai nuovi scenari emergenti dalla pandemia e di garantire un funzionamento efficace e democratico delle istituzioni legislative. R. ROMBOLI, L'incideza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano, in *Consulta online*, Fasc. III, 5 ottobre 2020, pp. 525-528.

[650] A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, Il Forum L'emergenza e i rapporti tra lo stato e le regioni. Forum sull'emergenza, n. 4, 2020, p. 10.

[651] A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza*, p. 9-13.

[652] A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza*, p. 6-9.

[653] S. CIVITARESE MATTEUCCI, A. PIOGGIA, G REPETTO, D TEGA, M PIGNATARO, M CELEPIJA, L FERRARA, E CAVASINO, I PIAZZA, 'Italy: Legal Response to Covid-19', in Jeff King and Octávio LM Ferraz et al (eds), *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19 (OUP 2021)*. doi: 10.1093/law-occ19/e11.013.11.

A questo punto, è doveroso sottolineare come la Cost. 1947 disciplini le competenze degli enti subnazionali in materia di pandemie: se, da un lato, la profilassi internazionale è materia di competenza esclusiva dello Stato (art. 117, §2, *q*), dall'altro, la tutela della salute rientra sia nella competenza legislativa concorrente (art. 117, §3), sia nella competenza amministrativa comune, per l'estrema importanza della vita umana (§5).

Durante la pandemia in Italia, hanno avuto luogo sforzi coordinati tra le autorità locali per affrontare la diffusione del virus. Tuttavia, la coordinazione tra il governo centrale e le autorità regionali e locali ha incontrato sfide e incertezze. Sono state osservate variazioni nell'attuazione delle misure sanitarie e delle linee guida nelle diverse regioni, in base alla gravità della situazione locale. Il governo centrale, poi, ha cercato di fornire indicazioni e linee guida generali, ma l'applicazione e l'efficacia di tali misure dipendevano dalla specifica realtà di ogni regione. Tuttavia, le misure sanitarie restrittive sono state stabilite in modo esclusivo dal governo centrale, con l'obiettivo di garantire un equilibrio tra sicurezza e libertà e di creare una base di omogeneità nazionale nell'affrontare l'emergenza[654].

Considerando la temporanea limitazione del potere decisionale del governo centrale sulla gestione della pandemia, la regione Valle d'Aosta ha cercato di implementare un proprio piano di contenimento del virus. Ciò ha consentito che nel Paese si adottassero a priori strategie parallele per proteggere la salute pubblica. Tuttavia, in un intervento emblematico sulla gestione della pandemia, la Consulta ha concluso che la centralizzazione del potere decisionale da parte del governo centrale non costituisse una minaccia alla libertà civile, tantomeno all'equilibrio tra i poteri. Tale conclusione è stata sancita sia attraverso l'Ordinanza n. 4 del 14 gennaio 2021, sia, successivamente, dalla Sentenza n. 37 del 2021, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 17 marzo 2021.

Inizialmente, la Corte costituzionale aveva accolto la richiesta di sospensione avanzata dal Presidente del Consiglio volta a sospendere i pieni effetti della legge regionale della Valle d'Aosta n. 11 del 9 dicembre 2020, poiché essa prevedeva una

---

654 G. CAPANO, Policy design and state capacity in the COVID-19 emergency in Italy: if you are not prepared for the (un)expected, you can be only what you already are, in *Policy and Society*, Volume 39, Issue 3, September 2020, Pages 326–344, https://doi.org/10.1080/14494035.2020.1783790.

gestione concomitante della pandemia che comportava maggiori rischi e incertezze nel bilanciamento tra sicurezza e libertà.

Infatti, grazie a questa legge, la Valle d'Aosta avrebbe potuto adottare misure sanitarie meno restrittive rispetto a quelle emanate dal governo centrale, consentendo così un più ampio esercizio del diritto alle libertà civili. Di conseguenza, la legge regionale decentrava il potere dallo Stato al governo subnazionale. Ciononostante, considerando che tale coinvolgimento congiunto dello Stato e della Regione Valle d'Aosta avrebbe potuto minacciare la tutela degli stessi diritti fondamentali, il giudice costituzionale ha messo in guardia la Regione in relazione alla suddetta legge, in quanto: 1) invadeva il campo della profilassi internazionale, di competenza esclusiva dello Stato centrale (art. 117, § 2 della Costituzione); 2) causava un rischio irreparabile per la salute delle persone, avendo la Valle d'Aosta emanato misure più indulgenti e meno efficaci contro la diffusione dell'infezione da Covid-19; 3) comprometteva la gestione nazionale unitaria della pandemia, anche se allo stesso tempo non si poteva impedire la diversificazione regionale nell'ottica di una leale collaborazione[655]. È innegabile che prima di prendere una qualsiasi posizione, la Corte costituzionale avrebbe potuto attendere il giudizio di merito, come evidenziato nella stessa ordinanza, ma già dalle argomentazioni utilizzate in precedenza era stato possibile capire come la concessione dell'ingiunzione sospensiva fosse stata un chiaro segnale in favore del modello di gestione centralizzato.

Allo stesso modo, la Corte ha sottolineato come le entità sub-nazionali più piccole dovessero mantenere un certo margine di decisione riguardo alla corretta operatività delle misure sanitarie (rispettando ovviamente le peculiarità di ogni regione), ma questo punto non è mai stato ben esemplificato nella decisione[656]. Tale linea decisionale è stata sostenuta anche da un'altra ragione: la Corte ha capito che le misure sanitarie disciplinate dal Presidente del Consiglio erano adeguate alla gravità della pandemia, diversamente da quanto avvenuto in Brasile, di cui si tratterà a breve nella presente ricerca.

---

[655] B. CARAVITA, La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturinel burro delle competenze (legislative) regionali, in *Federalismo.it*, 21 aprile 2021, pp. 1-5.

[656] M. MEZZANOTTE, Pandemia e riparto delle competenze Stato-regioni in periodi emergenziali, in Consulta online, 26 aprile 2021.

L'ingiunzione è stata confermata dalla sentenza n. 37/2021. Tutti i ragionamenti che hanno spinto la Corte a prendere questa decisione sono stati molto equilibrati tra loro - bilanciamento necessario per la risoluzione di altri conflitti tra Stato e Regione nel contesto della crisi. Infatti, non è possibile che le regolamentazioni sanitarie stabilite dalla Regione si sovrappongano a quelle che appartengono alla sfera di competenza dello Stato centrale, pena un inappropriato sconfinamento della legislazione regionale a scapito della legislazione nazionale. Inoltre, la Consulta ha preferito non entrare nel merito delle questioni trasversali per non causare ambiguità nella crisi. Il coordinamento della pandemia è rimasto quindi sotto la responsabilità del governo centrale, con la possibilità di un'ulteriore integrazione da parte della legislazione regionale[657].

Infine, secondo un comunicato emesso il 23 settembre 2021,[658] la Corte costituzionale ha giudicato infondata l'attribuzione di incostituzionalità al decreto-legge n. 19/2020. In sintesi, la legge era stata contestata per aver concesso al Presidente del Consiglio stesso il potere di commettere illeciti amministrativi attraverso dei decreti regolamentari ogniqualvolta le misure sanitarie Covid-19 venissero violate. Si è sostenuto che tale potere sarebbe stato di natura legislativa e non avrebbe potuto essere delegato a un'autorità amministrativa, ai sensi degli articoli 76, 77 e 78 della Costituzione. Tuttavia, considerando valido il regime normativo creato dallo Stato centrale per far fronte alla pandemia, la Corte ha dichiarato che al Presidente del Consiglio non era stata conferita altra funzione se non quella di attuare il Decreto-legge e che di conseguenza egli avrebbe potuto emettere atti normativi per disciplinare le infrazioni amministrative.

Detto questo, si osservi come l'azione preponderante del Presidente del Consiglio rispetto a quella del Parlamento ostacoli la collaborazione tra le entità sub-nazionali nell'ambito della protezione della salute e riduca l'importanza delle basi normative utilizzate per contenere l'aggravarsi della pandemia. Malgrado ciò, il protagonismo da parte del Presidente del Consiglio non rappresenta un reale rischio di

---

[657] B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, Papr, 21 apr. 2021, p. 3-4. Disponibile su: https://www.segretaricomunalivighenzi.it/archivio/anno-2021/aprile/doc-caravita.pdf. Accesso il 24/10/2021.

[658] Disponibile su: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210923171900.pdf. Accesso: 27 settembre 2021.

accentramento del potere politico in Italia, poiché il potere normativo nel Paese subisce, seppur indirettamente, l'influenza di entità sub-nazionali più piccole, le quali controbilanciano le azioni dello Stato centrale. Inoltre, per quanto riguarda le misure applicate per far fronte all'emergenza sanitaria, l'adozione di criteri scientifici sta tuttora aiutando il governo centrale ad adottare politiche nazionali equilibrate, incentrate soprattutto sulla distribuzione di beni e servizi fondamentali per la protezione della salute. Pertanto, ciò che l'esperienza ha dimostrato è che l'autonomia territoriale in Italia sta resistendo a uno scenario di totale confusione normativa, senza la richiesta di una significativa risposta da parte della giustizia costituzionale. Inoltre, va notato che il giudice costituzionale, nel periodo pandemico, non ha voluto praticare un accentramento del potere per sé, ma ha lasciato nelle mani del governo centrale la gestione delle misure necessarie per affrontare l'emergenza sanitaria.

4. L'esperienza del Brasile: un duplice movimento del giudice costituzionale. L'accentramento e la diffusione del STF per riorganizzare la gestione della pandemia

Come è accaduto in Italia, anche in Brasile il Parlamento non ha svolto un ruolo centrale nella gestione della pandemia di Coronavirus. Tuttavia, la differenza principale tra le situazioni venutasi a creare nei due Paesi è che, in Italia, il *ruolo da protagonista* è stato svolto dal capo del Governo centrale; in Brasile, al contrario, lo stesso compito è stato di competenza di un'istituzione statale assolutamente inaspettata: il *Supremo Tribunal Federal*.

A tal proposito, è doveroso sottolineare che il federalismo brasiliano presenta una mancanza di disciplina specifica per regolare le questioni di interesse comune, rendendo quindi difficile affrontare la crisi sanitaria senza il supporto degli enti di governo subnazionali. Questa situazione potrebbe essere attribuita all'ambiguità del testo costituzionale, che sottolinea la natura cooperativa del modello federale. L'art. 23 della Cost. 1988, che affronta il tema della cooperazione federale, pur mostrando l'intenzione di promuovere il senso civico e l'equilibrio nello sviluppo e nel benessere nazionali, non riesce a regolamentare in modo adeguato i rapporti di cooperazione tra

gli enti. Ciò permette all'Unione di accentrare il potere decisionale entro le responsabilità socioeconomiche del governo a scapito di una maggiore relazione intergovernativa. Di conseguenza, la mancanza di strumenti efficaci per ridefinire i ruoli tra le unità federate porta il modello federale brasiliano ad assumere una forma di organizzazione verticale simile a un modello di Stato unitario[659].

Durante il periodo della pandemia, questa tendenza di accentramento del potere nell'organo dell'Unione federale è stata osservata non solo in relazione alla competenza comune in materia di salute pubblica (art. 23, II, Cost. 1988), ma anche per quanto riguarda la competenza legislativa concorrente che le corrisponde (art. 24, XII, della Cost. 1988). In questo senso, poco dopo che l'Italia è stata travolta dall'emergenza sanitaria il 31 gennaio 2020, il *Congresso Nacional* in Brasile ha inizialmente mostrato interesse nel regolare la distribuzione dei compiti tra le entità della federazione, disciplinando le misure per affrontare il coronavirus in Brasile attraverso la legge n. 13.979 del 6 febbraio 2020 ("Legge pandemica"). Tale legge è stata emanata, tra l'altro, prima del riconoscimento dello stato di pubblica calamità da parte dello stesso Congresso Nazionale, approvato con il Decreto Legislativo n. 6 del 20 marzo 2020 che, pur essendo stato realizzato per fini esclusivamente fiscali, ha iniziato ad avere effetti anche sull'organizzazione dello Stato (effetti equivalenti a quelli derivanti dalla decretazione di emergenza sanitaria in Italia)[660].

La legge sulla pandemia presentava fin dall'inizio un'evidente incoerenza riguardo alle autonomie territoriali, favorendo l'attribuzione quasi esclusiva all'Unione federale del potere decisionale sulle misure sanitarie da adottare nel Paese. Di conseguenza, la predominanza dell'Unione ha reso il ruolo degli enti subnazionali puramente esecutivo o secondario, come stabilito dall'articolo 3, paragrafo 7 della legge, che riservava al Ministro della Salute o a una persona da lui autorizzata il potere di decretare misure di isolamento sociale e quarantena. La prevalenza dell'Unione si è

---

[659] G. BERCOVICI, *O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa*, in *Revista Jurídica da Presidência*, v. 10, n. 90, 2008, p. 12.

[660] La legge n. 13.979/2020 (legge sulla pandemia), secondo il suo articolo 8 (formulazione originale), rimarrebbe in vigore finché persisterebbe "lo CPR di emergenza internazionale per il coronavirus responsabile dell'epidemia del 2019". Questa disposizione è stata successivamente modificata per far sì che la legge sulla pandemia restasse in vigore fino all'entrata in vigore del decreto legislativo 20 marzo 2020 n. 6, che, a sua volta, riconosceva "il verificarsi di uno stato di pubblica calamità, con efficacia fino al 31 dicembre 2020, su richiesta del Presidente della Repubblica" (art. 1 del DL).

ulteriormente accentuata con il Decreto-legge n. 926 del 20 marzo 2020, emesso dal Presidente della Repubblica, che ha assegnato a quest'ultimo il potere di decidere sul funzionamento dei servizi e delle attività pubbliche essenziali a livello nazionale, limitando la capacità degli Stati membri di legiferare in situazioni particolari di loro competenza. Questa iniziativa ha cercato di indebolire il federalismo e di centralizzare il potere decisionale nelle mani del Presidente della Repubblica.

Tuttavia, analogamente a quanto accaduto in Italia, i governatori e i sindaci brasiliani hanno cominciato ad adottare, per conto proprio, misure restrittive al fine di contingentare la crisi sanitaria in corso, relativizzando il ruolo secondario che la legge sulla pandemia conferiva loro. Questo atteggiamento di sfida è scaturito principalmente dal fatto che, fin dal suo avvento, il Presidente della Repubblica aveva espresso indifferenza sulle drammatiche conseguenze della pandemia nella società brasiliana e aveva gestito la crisi sanitaria con eccessivo *laissez-faire*, in disaccordo con le raccomandazioni e le delibere dell'Organizzazione Mondiale della Sanità.

Questo scenario ha spinto il Tribunale federale a esprimersi più volte nel corso della gestione della pandemia.[661] In questo contesto, preme evidenziare il referendum della Plenaria, svoltosi il 15 aprile 2020, sull'ingiunzione concessa dal *Ministro* Marco Aurélio in ADI n. 6341[662]. Durante la sessione plenaria, il STF ha accettato la posizione del Min. Edson Fachin di attribuire al § 9 dell'art. 3 della Legge sulle pandemie (aggiunto dal Decreto-legge n. 926/2020)[663] un'interpretazione conforme all'art. 198, I, della Cost. 1988[664], per stabilire quanto segue: l'attribuzione al Presidente della Repubblica di disporre dei servizi pubblici e delle attività essenziali non preclude a

---

[661] Come sottolineato dal giudice supremo Ricardo Lewandowski, nell'MC in ADI n. 6.625, 30/12/2020: «Il Tribunale Federale, in diverse decisioni rese durante l'anno corrente, ha compreso che tali misure [protettive sanitarie] sono compatibili con la Costituzione, e possono essere adottate dalle autorità dei tre livelli politico-amministrativi della Federazione, rispettando le proprie sfere di competenza (ADI 6.341-MC-Ref/DF; ADI 6.343-MC-Ref/DF; ADPF n. 672/DF; e ADI 6.362/DF, 6.587/DF e 6.586/DF), ed è certo che questi hanno soddisfatto pienamente le aspettative, dimostrandosi essenziali per il confronto di Covid-19» (STF, ADI 6625 MC, 30/12/2020).

[662] STF, ADI 6341 MC-Ref, *Plenum*, 5/04/2020.

[663] *Verbis*: Il Presidente della Repubblica dispone, per decreto, sui servizi e le attività pubbliche essenziali di cui al § 8".

[664] *Verbis*: "Le azioni e i servizi di salute pubblica integrano una rete regionalizzata e gerarchizzata e costituiscono un sistema unico, organizzato secondo le seguenti linee guida: I - decentralizzazione, con direzione unica in ogni sfera di governo".

nessun ente subnazionale di agire nell'ambito della salute pubblica, pur rispettando i limiti della "propria spazialità giuridica e costituzionale".

Nel contesto in cui il governo federale ha dato priorità alla tutela delle libertà civili a scapito della sicurezza sanitaria, il giudice supremo Edson Fachin ha sottolineato l'importanza di contrastare un eccessivo presidenzialismo e di promuovere un governo congiunto durante la pandemia. In altre parole, sebbene vi fosse una modalità di comando univoca all'interno della federazione, la mancanza di norme efficaci da parte del governo federale per affrontare la pandemia ha consentito a ciascuna sfera di governo di adottare misure di protezione più incisive. Ciò significa che la federazione non implica una gerarchia tra le entità federate e, nonostante l'Unione abbia il potere di legiferare in materia, dovrebbe farlo rispettando l'autonomia delle altre entità. La decisione ha quindi mirato a preservare l'equilibrio federativo di fronte all'accentramento di potere che il Presidente della Repubblica cercava di acquisire attraverso la Misura Provvisoria n. 926/2020[665].

In questo modo, e anche sulla base del voto del giudice supremo Rosa Weber, la sentenza dell'ADI n. 6.341 MC-Ref del STF ha definito così la seguente *regola d'oro* sull'equilibrio federativo in relazione ai poteri subnazionali: «Nei casi di omissione di regolamentazione dovuta o di assenza di materia che riguarda i servizi pubblici e le attività essenziali, rimane, in pieno, la possibilità di adottare misure alla luce dell'autonomia federativa».

Considerando le difficoltà nel definire una pianificazione federale specificamente adatta al contesto politico della pandemia, sarebbe stato compito del Parlamento, e non della Corte suprema, affrontare questa importante sfida. Tuttavia, dato il mancato intervento significativo del *Congresso Nacional* sulla questione, la decisione della *Supremo* è stata fondamentale per preservare l'equilibrio tra le entità subnazionali, coinvolgendo tutte le autonomie territoriali nell'individuazione di soluzioni per contrastare la pandemia.

---

[665] Vale la pena notare questo passaggio del voto del Min. Rosa Weber in ADI n. 6.341 MC-Ref, *verbis*: "La possibilità che il Presidente della Repubblica definisca queste attività, per decreto, a mio giudizio, sarebbe un affronto tangente al principio dell'equilibrio tra poteri (art. 2 Cost. 1988). Questo perché qui c'è un'istituzione della figura del regolamento autoritativo, nella misura in cui il presidente, con decreto-legge, ha delegato a sé stesso dei poteri, senza istituire criteri di controllo e di reattività. Così, al Congresso Nazionale è impedito di esercitare il controllo previsto dall'articolo 49, V, della Costituzione Federale, data l'assenza di parametri normativi di controllo". STF, ADI 6341 MC-Ref, Plenario, rel. giudice Marco Aurélio, red. giudice Edson Fachin, j. 15/04/2020.

Su quest'aspetto, vale la pena evidenziare il seguente estratto della sentenza della Misura di Precauzione in ADPF n. 672 del 13 ottobre 2020[666], riportata dal giudice supremo Alexandre de Moraes:

> Il ramo esecutivo federale svolge il ruolo di entità centrale nella pianificazione e nel coordinamento delle azioni governative a favore della salute pubblica, ma non può escludere unilateralmente le decisioni dei governi statali, distrettuali e municipali che, nell'esercizio dei loro poteri costituzionali, adottano misure sanitarie previste dalla legge 13979/2020 nei loro rispettivi territori.

Pertanto, l'esperienza del Brasile nella gestione della pandemia ha evidenziato un duplice movimento del giudice costituzionale. Da un lato, v'è stato un accentramento del potere decisionale nelle mani del giudice costituzionale stesso, che ha operato davanti all'incapacità del governo federale di trovare una convergenza tra la pianificazione e l'esecuzione di risposte alla crisi sanitaria in favore della sicurezza pubblica. Il *Supremo*, quindi, ha ampliato il proprio potere per ristrutturare la *governance* a livello federale e subnazionale, legittimando la sovrapposizione di una sull'altra, affinché l'efficacia complessiva della gestione della pandemia trovasse un adeguato livello di tutela del diritto sanitario. D'altro canto, ha diffuso la propria giurisprudenza, inducendo gli attori governamentali a seguire i principi stabiliti dalla giurisprudenza.

È importante, inoltre, sottolineare il ruolo svolto dalla Corte suprema brasiliana nel mitigare l'accentramento del potere decisionale nelle mani del governo federale, senza però sminuirlo nelle sue prerogative di coordinatore nazionale del sistema di emergenza e di attuatore di azioni strutturali di fronte all'emergenza sanitaria. Tuttavia, nonostante la chiarezza dei termini dell'ingiunzione dell'ADI n. 6.341/2020, il Presidente della Repubblica ha mostrato reticenza nel formulare una pianificazione federativa completa per affrontare la pandemia, portando la Corte suprema a dichiarare pubblicamente che la sua decisione non impedisse al governo federale di agire nella crisi sanitaria[667].

---

[666] STF, ADPF 672 MC-Ref, Plenario, giudice relatore Alexandre de Moraes, giudizio il 13 ottobre 2020.

[667] *STF*, Esclarecimento sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos estados e dos municípios na pandemia Não é verdadeira a afirmação, em redes sociais, de que a Suprema Corte proibiu o governo federal de atuar no enfrentamento da Covid-19, 18/01/2021, disponibile su https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458810&ori=1, accesso il 21 gennaio 2023.

In conclusione, la situazione in Brasile evidenzia con chiarezza come la mancanza di una regolamentazione efficace per affrontare l'emergenza Covid-19, unita all'urgenza di una struttura politica stabile e resiliente, abbia portato il *Supremo Tribunal Federal* a rafforzare il proprio ruolo, estendendolo oltre le semplici questioni giuridiche per incorporare aspetti socio-politici, economici ed etici. Pertanto, il giudice costituzionale ha promosso una risposta integrata e multidisciplinare per una gestione ottimale della crisi. Il caso brasiliano può quindi servire come un monito per il futuro, evidenziando un rapporto tra la mancanza di preparazione e una gestione non adeguata in scenari di emergenza sanitaria globale da un lato, e l'accentramento del potere nella giustizia costituzionale dall'altro.

5. Il ruolo cruciale dei *Sages* nel bilanciamento dei diritti fondamentali durante la pandemia: un accentramento del potere del giudice costituzionale di media intensità in Francia?

Nonostante la questione trattata rientri nell'ambito della "*political question*", un argomento che, a priori, il diritto costituzionale francese tradizionale non concederebbe al *Conseil constitutionnel* circa la sua competenza di occuparsi della materia, l'eccezionalità della pandemia da COVID-19 ha imposto un intervento di questo autorevole organo di giurisdizione costituzionale per determinare l'equilibrio tra interessi contrapposti, in particolare tra libertà e sicurezza[668].

Il Consiglio Costituzionale è stato sollecitato a valutare la legittimità di norme introdotte in risposta all'emergenza sanitaria[669]. Le sue pronunce hanno messo in rilievo l'ardua e complessa natura del compito assegnato – ossia bilanciare la tutela della salute pubblica, obiettivo di preminente valore costituzionale, con il rispetto dei diritti e delle libertà dei cittadini.

---

[668] *CC*, Rapport activité 2021, dc crise sanitaire, disponibile su https://www.conseil-constitutionnel.fr/rapport-activite-2021-numerique/dc-crise-sanitaire.html, accesso il 29 giugno 2023.

[669] In particolare, Décision n° 2020-808 DC / 13 novembre 2020 / Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire Décision n° 2021-819 DC / 31 mai 2021 / Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire Décision n° 2021-824 DC / 5 août 2021 / Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

Nel novembre 2020, attraverso la *décision* n. 2020-808 DC,[670] il Consiglio ha legittimato la proroga dello stato di emergenza sanitaria, motivando il suo verdetto sulla base della possibilità costituzionale di istituire un regime emergenziale in situazioni di crisi sanitaria. Con l'evolversi della pandemia, questa tensione tra la tutela della salute e i diritti individuali si è intensificata[671], come illustrato dalle decisioni n. 2021-819 DC del 31 maggio 2021, n. 2021-824 DC del 5 agosto 2021 e 2022-835 DC del 21 de gennaio de 2022[672].

Le decisioni in esame mettono in luce un'accentuazione della tendenza del giudice costituzionale a rivestire un ruolo sempre più significativo come figura giuridica nell'affrontare le emergenze. Pertanto, tale tendenza sottolinea una trasformazione graduale del Consiglio in un autentico organismo costituzionale, che va oltre la dottrina dell'interpretazione politica del diritto costituzionale.

In tal senso, da tempo si alimenta un dibattito sulla congruità delle motivazioni espresse nelle decisioni del Consiglio Costituzionale, spesso catalogate come "*motivations «faibles»*" [motivazioni deboli], soprattutto per quanto concerne il dominio della giustizia costituzionale[673]. Il *Conseil* ha mostrato una frequente tendenza a seguire

---

[670] V. GOESEL-LE BIHAN, La décision n° 2020-808 DC et le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2020, 42, 2393 ss.

[671] Cfr. J. DEROSIER, *Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (juillet à décembre 2021)*. Titre VII, 8, 2022, 71-80. https://doi.org/10.3917/tvii.008.0071.

[672] In riferimento alla decisione n. 2021-824 DC del 5 agosto 2021, relativa alla normativa sulla gestione delle emergenze sanitarie, il Consiglio ha validato gran parte del testo e dei provvedimenti per contrastare tali crisi, privilegiando la tutela della salute rispetto ad altre libertà e diritti. Unicamente due disposizioni sono state oggetto di censura: una concernente la rescissione anticipata dei contratti di lavoro a tempo determinato e l'altra inerente all'isolamento di individui con esito positivo al test virale.

Riguardo alla decisione n. 2022-835 DC del 21 gennaio 2022, legata alla legge che rafforza gli strumenti di gestione delle emergenze sanitarie e che introduce modifiche al codice della sanità pubblica, è stato ratificato l'impiego del "*pass sanitaire*" come strumento di controllo della diffusione del virus. Tuttavia, sono state sollevate questioni di rilievo sulla protezione delle libertà individuali e il principio di uguaglianza. Il verdetto afferma che la procedura di isolamento di un soggetto contagiato contrasta con l'articolo 66 della Costituzione, in quanto implementata automaticamente, senza un giudizio individuale basato su una valutazione dell'autorità amministrativa o giudiziaria. La medesima deliberazione del 2022 ha inoltre criticato la prassi che consente la rescissione anticipata di un contratto di lavoro a tempo determinato per un impiegato incapace di presentare un pass sanitario valido, ritenendo ciò in violazione del principio di uguaglianza tra i lavoratori. La decisione stessa, inoltre, ha offerto al Consiglio l'opportunità di ratificare la possibilità di richiedere il pass sanitario fino al 31 luglio 2022, abbracciando così il periodo elettorale e il cambio di legislatura. Nonostante alcune delle disposizioni normative siano state oggetto di contestazioni, il Consiglio ha perpetuato la propria linea giurisprudenziale, attribuendo primazia alla tutela della salute rispetto ad altre libertà e diritti. J. DEROSIER, *Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques…,* 71-80.

[673] D. BARANGER, Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 2 ss.

un approccio di motivazione poco ancorato a criteri giuridici, generando, così, interrogativi sulla sua natura essenziale, politica o giuridica. L'interrelazione storica dei *Sages* con il panorama politico francese consente una più profonda comprensione del motivo per cui una motivazione sintetica nelle loro decisioni non si tradurrebbe necessariamente in un avanzamento giuridico dell'ente, ma rifletterebbe piuttosto le priorità governative.

Da questa prospettiva, l'approccio di motivazione debole è percepito meno come un difetto da emendare e più come un fenomeno da decifrare per comprendere come il giudice costituzionale gestisce ciò che in questo contesto definiamo "ragioni politiche"[674].

Ciononostante, il ruolo del Consiglio Costituzionale francese nel gestire la pandemia da Covid-19 ha dimostrato con chiarezza una solida posizione del giudice in merito all'equilibrio dei poteri statali e alla protezione dei diritti fondamentali, in relazione al contesto di crisi in questione. Gli argomenti trattati hanno rivelato l'esistenza di un giudice con un marcato profilo giuridico, pur mantenendo una sensibilità al contesto politico-sociale in gioco.

In primo luogo, in riferimento alla *décision* n. 2022-835 DC/2022, il Consiglio Costituzionale si è riaffermato come regolatore fondamentale tra la legislazione creata per la protezione della salute (un valore costituzionale), e il rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione. Tali diritti e libertà includono il diritto al rispetto della vita privata, sancito dall'art. 2 della Dichiarazione del 1789, e il diritto di espressione collettiva delle idee e delle opinioni, sancito dall'articolo 11 della stessa dichiarazione.

Inoltre, in base allo stesso giudizio, il *Conseil constitutionnel* ha analizzato l'intenzione del legislatore nell'adottare le disposizioni che prevedevano la possibilità di condizionare l'accesso a determinati luoghi di aggregazione attraverso la presentazione di un *pass sanitaire*. Il legislatore mirava, *in primis*, alla protezione della salute pubblica, soprattutto in situazioni che presentassero un alto rischio di diffusione del virus.

[674] D. BARANGER, Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle…, pp. 36-38.

Tuttavia, le disposizioni contestate non chiarivano in modo esplicito le condizioni in cui potessero essere implementate misure restrittive. Esse stabilivano, infatti, che tali misure dovessero essere prese esclusivamente nell'interesse della salute pubblica e con l'unico obiettivo di combattere la pandemia di COVID-19. Non affermavano che la situazione sanitaria giustificasse tali misure rispetto alla diffusione del virus o alle sue conseguenze per il sistema sanitario. Peraltro, non specificavano nemmeno che queste misure dovessero essere strettamente proporzionate ai rischi per la salute e adeguate a determinate circostanze di tempo e luogo.

Ciò ha portato il giudice costituzionale francese a concludere che le disposizioni contestate non raggiungessero un equilibrio adeguato tra i requisiti costituzionali, dichiarandole quindi contrarie alla Costituzione. Piuttosto che essere una "*motivation «faible»*", tale giudizio ha dimostrato l'esercizio di un controllo di costituzionalità forte da parte del Consiglio, il quale ha ribadito la sua funzione di garante dell'equilibrio dei poteri e della protezione delle libertà fondamentali[675].

In conclusione, le azioni del Consiglio costituzionale francese durante la pandemia dimostrano che, anche in situazioni eccezionali, la preservazione dei diritti e delle libertà costituzionali deve essere garantita e che le restrizioni a tali diritti devono essere chiaramente giustificate, nonché necessarie, proporzionate e adeguate alle circostanze. Le decisioni relative alle misure restrittive in situazioni di crisi devono essere, inoltre, sottoposte a un controllo di costituzionalità rigoroso, onde evitare una concentrazione indebita di potere e garantire la protezione dei diritti fondamentali.

Tuttavia, ciò solleva una domanda di natura provocatoria: il Consiglio costituzionale francese sta davvero esercitando il suo potere in maniera equilibrata, o sta piuttosto approfittando della situazione per concentrare un potere sproporzionato nelle sue mani? Tale problematica merita di essere esplorata in futuro, al fine di valutare attentamente il ruolo del Consiglio nel contesto delle crisi e di confermare la sua integrità nel bilanciare i poteri statali e proteggere i diritti fondamentali dei cittadini.

---

[675] V. CHAMPEIL-DESPLATS, Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ?, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux [Online]*, 9 | 2011, 01/12/2012, disponibile su : http://journals.openedition.org/crdf/5380, accesso il 21 dicembre 2022 ; DOI: https://doi.org/10.4000/crdf.5380.

6. La variazione del (ri)accentramento del potere del giudice costituzionale per affrontare i rischi della pandemia di Covid-19 in base al contesto

Per mettere in relazione le diverse esperienze dei giudici costituzionali in Italia, in Brasile e in Francia riguardo alla pandemia di Covid-19, è utile ipotizzare un'inversione dei contesti politici dei Paesi in questione, al fine di comprendere come le corti o i consigli risponderebbero a situazioni paragonabili.

In primo luogo, supponiamo che le opposizioni politiche esistenti in Italia si dimostrino meno efficaci nel contenere le azioni del governo durante la pandemia. La Corte costituzionale risponderebbe prontamente ai possibili rischi di violazione dello Stato di diritto? In linea di massima, poiché la giustizia costituzionale italiana si è formata sotto una forte influenza del modello kelseniano, le sue azioni si orienterebbero più verso un comportamento di legislatore-negativo che verso un intervento di *juristocracy*, ossia differenziandosi così dal modello americano di giustizia costituzionale o da modelli ibridi come quello brasiliano. Qualcosa di analogo si può affermare riguardo al modello francese, il quale, invece di opporsi storicamente al governo, è stato da molto tempo riconosciuto come "*chien de garde du pouvoir exécutif*"[676].

D'altra parte, la dottrina costituzionale ha osservato che negli ultimi anni le corti, invece di essere deferenti dinanzi al legislatore, hanno cambiato rotta. In questo senso, la Corte costituzionale italiana ha prodotto, attraverso la propria giurisprudenza o i propri regolamenti, una sorta di centralizzazione del potere giurisdizionale. Infatti, a seguito dell'avvento della dottrina di Vezio Crisafulli, nota come "rime obbligate"[677], è stato possibile giustificare ogni decisione progressiva della Corte costituzionale italiana sostenendo che essa stesse semplicemente rispettando la norma costituzionale esistente. Tuttavia, alcuni costituzionalisti sottolineano che, negli ultimi dieci anni e soprattutto a partire dal 2018, l'avanzata della giustizia costituzionale italiana si sta configurando come un fenomeno di "superamento delle rime obbligate" e di consolidamento dell'era

---

[676] G. BERGOUGNOUS, Le Conseil constitutionnel et le législateu, in *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* n. 38 (Dossier : Le Conseil Constitutionnel Et Le Parlement), janvier 2013.

[677] Sulla dottrina delle rime obbligate, cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*…

dei "versi sciolti"[678]; in pratica, i giudici costituzionali sviluppano le loro decisioni non solo in base alle norme costituzionali scritte, ma anche in base al contesto.

Questo quadro informativo apre la possibilità che la Corte costituzionale italiana possa gradualmente comportarsi sempre meno come un legislatore integerrimo e sempre più come un organo di tutela democratica, creando le condizioni tecniche per discutere e decidere questioni che, fino a poco tempo fa, erano riservate all'organo di rappresentanza politica per eccellenza: il Parlamento.

Pur non equiparando l'evento pandemico a quanto accaduto tramite la Corte Suprema Federale in Brasile, il giudice costituzionale italiano, attraverso la sentenza n. 37 del 2021, rappresenta un chiaro esempio di come la Corte stia assumendo un ruolo diverso rispetto al passato. È importante sottolineare, tuttavia, che questa situazione è emersa solamente a causa della necessità di risolvere rapidamente un conflitto di competenza legislativa tra lo Stato e le Regioni, a causa della crisi sanitaria che stava affliggendo il Paese. Dal punto di vista giuridico, tale comportamento era previsto a causa dei limiti della giustizia costituzionale, inclusi: 1) l'accesso alla giurisdizione, che non permette alle parti coinvolte di sottoporre direttamente una questione di costituzionalità alla Corte; 2) l'invio della lista degli oggetti di controllo, che al massimo consente di sollevare questioni di legittimità relative alle leggi e agli atti normativi aventi forza di legge. Tuttavia, dal punto di vista politico e per garantire la tutela dei diritti umani, la Corte italiana ha evitato di adottare un atteggiamento giudiziario più attivo, poiché il rischio di un regresso delle istituzioni democratiche era ridotto.

Per quanto riguarda il caso brasiliano, è necessario porsi una domanda completamente diversa: se le opposizioni politiche avessero collaborato maggiormente tra loro, la Corte suprema brasiliana avrebbe risposto agli eventi della pandemia con maggior discrezione? A differenza di quanto è avvenuto riguardo al profilo kelseniano della Corte italiana e allo storico legame con il potere esecutivo del Consiglio francese, la Corte brasiliana ha inizialmente tratto ispirazione dal profilo della Corte suprema americana, che attribuisce grande importanza al potere giudiziario, come sottolineato da Alexander Hamilton nel Federalist n. 78. Inoltre, il Brasile non è una repubblica

---

[678] R. ROMBOLI (ed.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino: Giappichelli, 2020, p. 9-11; D. TEGA, *La Corte nel contesto…*, *op. cit.*, p. 38-45.

parlamentare, perciò non conferisce al legislatore un'autorità maggiore, per limitare eventuali deviazioni, rispetto al ramo esecutivo. Al contrario, il Brasile è una repubblica presidenziale che concede al governo un'autonomia maggiore affinché possa agire in suo nome.

Analizzando questo scenario, si può intuire che anche se istituzioni come il Parlamento e gli enti federali avessero agito maggiormente per contrastare la pandemia, la Corte Suprema brasiliana avrebbe comunque partecipato al dibattito politico, poiché l'esercizio della separazione dei poteri in Brasile è evidenziato da una mescolanza più evidente rispetto alla realtà italiana e francese.

In ogni caso, è plausibile giungere alla seguente conclusione: più l'esercizio dei contro-poteri politici maturerà nella realtà brasiliana, meno spazio avrà la Corte suprema per giustificare la pronuncia di sentenze così influenti in qualsiasi contesto. Infatti, la paura che la pandemia potesse segnare l'ascesa di un organo dittatoriale ha spaventato i Paesi menzionati, ma, curiosamente, per motivi che sembrano totalmente diversi. In Italia, il "rischio" di un "nuovo autoritarismo" derivava dall'accentramento dei poteri nelle mani del governo al fine di adottare misure che erano contrarie ai diritti di libertà, come la libertà di circolazione e di manifestazione. In Francia, ciò scaturiva dal timore della perdita di sovranità del Parlamento[679]. Anzi, in Brasile si temeva la "dittatura" perché il governo centrale non seguiva i suggerimenti della scienza per tutelare la salute e la vita dei suoi cittadini.

Nonostante le peculiarità istituzionali che differenziano le Corti costituzionali d'Italia e del Brasile, è possibile affermare che entrambe le Corti stiano assumendo, in qualche modo, dei comportamenti che tengono conto anche del contesto in cui si trovano i giudici costituzionali. Tenendo sempre presente i rischi di regresso generati dalla pandemia di Covid-19, queste Corti possono essere intese come contro-poteri istituzionali, non maggioritari, che adattano temporaneamente le loro capacità decisionali in base al tipo di emergenza che minaccia lo Stato di diritto e la tutela dei diritti.

---

[679] C. GEYNET-DUSSAUZE, L'exercice du contrôle parlementaire durant la crise sanitaire de la Covid-19, in *XIIIe journée del'UMR DICE Justice, contrôle et responsabilité de la décision publique : leçons de la crise sanitaire*, Feb 2021, Aix-en-Provence, France.

Riguardo alle esperienze della Corte costituzionale italiana e della Corte suprema brasiliana, si può notare come quest'ultima abbia mostrato una maggiore propensione a accentrare ed espandere il potere giurisdizionale nel contesto della pandemia. Tuttavia, questo fenomeno può essere attribuito al fatto che il Brasile ha presentato un rischio maggiore di regresso che non in Italia durante il periodo pandemico. Riguardo all'esperienza del *Conseil constitutionnel* e alle due corti citate, si potrebbe affermare che il giudice costituzionale francese abbia invece mostrato un grado di attivismo moderato. Ha aumentato la sua giuridicità rispetto al passato e stabilito una motivazione più approfondita per ponderare i principi costituzionali relativi all'azione del governo.

In conclusione, è importante sottolineare che se la Corte (suprema o costituzionale) continuerà a mantenere una prassi di accentramento del potere anche dopo la fine dell'emergenza sanitaria, ciò potrebbe comportare un rischio altrettanto grave per la tutela della democrazia. Solo una suddivisione equilibrata dei poteri e una chiara distinzione dei ruoli tra le diverse entità possono evitare che qualsiasi organo assuma comportamenti tipici dei regimi antidemocratici.

Questa analisi complessiva dimostra quanto sia stata importante una corretta gestione dei poteri costituzionali durante la pandemia di Covid-19. È essenziale che i "tribunali costituzionali", come quelli di Italia, Brasile e Francia, agiscano in modo bilanciato, tenendo conto del contesto specifico di riferimento e garantendo l'equilibrio tra i poteri dello Stato e la tutela dei diritti fondamentali. Solo attraverso una suddivisione adeguata dei poteri e un'interpretazione consapevole della Costituzione, infatti, le istituzioni possono evitare il rischio di abusi di potere e preservare, così, la democrazia e lo Stato di diritto.

CONCLUSIONE

VERSO LA DIPLOMAZIA GIUDIZIALE: LA RICERCA DI UNA LEGITTIMAZIONE DIALOGICA CHE ABBIA PRINCIPIO A PARTIRE DAL GIUDICE COSTITUZIONALE

Nell'era della diplomazia giudiziale e della legittimazione dialogica, il ruolo del giudice costituzionale è in evoluzione costante. Da un punto di vista metodologico, l'attività di interpretazione giurisdizionale che faccia utilizzo della teoria del (ri)accentramento può essere vista come un esercizio che spinge il giudice costituzionale al di là del suo tradizionale potere giurisdizionale, avvicinandolo ad altri poteri che riguardano le istituzioni democratiche rilevanti e, soprattutto, a un profilo politico-creativo[680].

Tale trasformazione avviene nel corso della tutela del diritto, mediante un'interazione interistituzionale con altri organi (come il giudice ordinario, il giudice sovranazionale, il legislatore e il governo) in scenari che superano le dicotomie spaziali tra nazionale o internazionale, globale o glocale, politico o giuridico, verticale o orizzontale, nonché le dicotomie temporali come generazionale e intergenerazionale.

Effettivamente, la dicotomia tra interpretazione e creazione del diritto viene messa in crisi anche perché, se questa era la caratteristica principale che ha sempre differenziato i giudici dai legislatori, oggi, mediante le continue interazioni interistituzionali e intersistemiche, la principale differenza tra le diverse dimensioni della giurisdizione e del Parlamento è il ruolo svolto da ciascuno nel processo di creazione del diritto.

D'altra parte, il giudice costituzionale agisce nell'ambito dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, ancorandosi saldamente alla tutela dei diritti fondamentali, un'attività che viene sempre più condivisa con i giudici ordinari e sovranazionali. Questo pluralismo di interpreti comporta una maggiore varietà di esiti del contenzioso costituzionale, il che può condurre, in ultima istanza, alla creazione di "nuovi diritti" o interpretazioni creative.

---

[680] G. TUSSEAU, *La théorie des normes de compétence d'Alf Ross*, in *Revus*, Le réalisme scandinave dans tous ses états, n. 24, 2014, p. p. 115-140.

Sebbene il giudice costituzionale non crei leggi, ha comunque il compito di interpretare e applicare le norme esistenti ai casi concreti che gli vengono presentati. Il giudice si basa su precedenti, opinioni di esperti e altre fonti giuridiche per motivare le sue decisioni, eppure la sua autorità è limitata all'applicazione delle leggi già esistenti. Tuttavia, nella dimensione contemporanea del costituzionalismo, in cui i parametri interpretativi sono i diritti fondamentali presenti nelle costituzioni e nelle convenzioni internazionali, interpretare e applicare il diritto sono compiti sempre più innovatori rispetto a una giurisdizione tradizionale.

Occorre, dunque, affrontare il rischio che la "creatività" del giudice costituzionale possa essere percepita come un comportamento antidemocratico, poiché la Corte suprema o costituzionale è un organo non eletto dal popolo e potrebbe quindi andare contro le maggioranze parlamentari o democratiche. Tale questione costituisce il fulcro del dibattito sulla cosiddetta "*counter-majority difficulty*", un concetto sviluppato da Alexander Bickel[681].

Nonostante ciò, è possibile adottare diverse prospettive di soluzione dialogica, ad esempio quando una corte o un consiglio (supremo o costituzionale) stabilisce un'interazione continua con pronunciamenti su "nuovi diritti" o "nuovi approcci di vecchi diritti" provenienti da altre giurisdizioni (sovranazionali o ordinarie), all'interno del quadro costituzionale o macro-costituzionale. In uno scenario simile, il concetto di funzione interpretativa si discosta dalla sua tradizionale ragion d'essere, che consiste nell'essere posta esclusivamente in opposizione o a favore del legislatore.

Infatti, la relazione tra i giudici si basa sulla scelta della tecnica giuridica che offra la massima protezione dei diritti fondamentali o risulti essere più coerente con i principi del costituzionalismo, tenendo adeguatamente conto del rigore procedurale e delle decisioni prese dal giudice. Di conseguenza, la "*counter-majority difficulty*" non contesta direttamente la prospettiva normativa della tutela giurisdizionale, né una possibile divergenza tra i metodi interpretativi adottati dai giudici nei vari livelli di giurisdizione (costituzionale, sovranazionale e ordinaria), che senz'altro contribuisce a

[681] A. BICKEL, *The least dangerous branch: the Supreme court at the bar of politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

una visione descrittiva delle potenziali pronunce di un giudice costituzionale in un contesto specifico[682].

Riguardo alla politica, anche la premessa di Bickel è respinta, almeno per quanto riguarda il nucleo del dibattito circa il ruolo del giudice costituzionale come formulatore di leggi o di determinate politiche. L'elaborazione delle leggi e la formulazione delle politiche di governo sono senz'altro attributi della politica stessa. Tuttavia, la giustizia costituzionale può promuovere attività collaborative in vista dell'inerzia degli organi politici per la protezione dei diritti fondamentali nel contesto del contenzioso costituzionale. Quest'attività, tuttavia, non può sostituirsi alla creazione di norme generali e astratte che verranno applicate nella società o nella gestione dei conflitti sociali, altrimenti si rischierebbe di commettere un abuso entro il processo costituzionale, invece di attuare un uso appropriato di esso[683].

Dunque, l'autonomia della politica è distinta da quella del giudice costituzionale e non può essere equiparata o sostituita da quest'ultimo. Ad esempio, il legislatore gode di una maggiore autonomia e legittimità nella definizione delle norme giuridiche. Tuttavia, qualora tali norme astratte risultino incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti, il giudice costituzionale può adottare comportamenti più aperti, che vadano oltre la mera interpretazione, fino a influenzare la legislazione, condizionare la legislazione futura e persino emanare direttamente norme provvisorie.

Inoltre, nonostante la sua intrinseca dinamicità, l'interpretazione del giudice costituzionale, all'interno delle sue articolazioni o interazioni con altri organismi democratici, rimane saldamente ancorata alla prospettiva di legittimità del diritto. Allo stesso tempo, essa si inserisce nel dibattito delle teorie influenti nel campo della giustizia costituzionale, preservando elementi quali la virtù passiva e l'obbligo di motivazione[684]. Tuttavia, essa va oltre tali aspetti, costruendo interazioni tra il diritto e

---

[682] Tra la funzione interpretativa diversi tra diversi giudici in uno scenario multi-sistemico, vale ricordare la conclusione ministro dell'interiore francese Cohn-Bendit sul giudizio dell'*Assemblée du Conseil d'État* del 22 dicembre 1978, quando, a proposito della relazione tra giudici comunitari e giudici nazionali in Francia, a sostenuto che «À l'échelon de la Communauté euroéenne, il ne doit y avoir, ni governement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges ». D., 1979, jurisp., p. 161.

[683] A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*…, pp. 133 ss.

[684] M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 10; 14; 67 ss.

le sue diverse dimensioni, nonché tra il diritto e la sfera politica, sempre nel rispetto del contesto in cui si inserisce.

La comunicazione del giudice costituzionale con altri giudici, il legislatore e altre istituzioni, intesa come meccanismo per calibrare le proprie competenze, assume un ruolo ancora più significativo quando i modelli di giustizia costituzionale si trovano in situazioni di crisi. In tali circostanze, infatti, si combinano categorie tecniche tipiche di modelli distinti di controllo. Questo approccio non solo mette in discussione la dicotomia tra modelli "concentrati" e "diffusi", argomento ampiamente trattato in questo capitolo, ma destabilizza anche altre contrapposizioni tradizionali, come quella tra controllo "astratto" e "concreto".

L'ibridazione dei modelli preesistenti comporta altresì un'ibridazione dei ruoli dei giudici coinvolti, pur nell'ottica della conservazione del loro peculiare profilo. In tal senso, le manifestazioni dei giudici possono declinarsi attraverso diverse architetture e produrre una vasta gamma di conseguenze, a seconda del sistema specifico in cui si inseriscono. Tale fenomeno risulta evidente in Paesi come il Brasile, in cui si assiste a una fusione tra controllo accentrato e diffuso, opportunamente previsti a livello formale. Analogamente, si riscontra tale ibridazione anche in contesti come l'Italia e la Francia, in cui l'incidente di incostituzionalità *a posteriori* avviene attraverso un accesso diffuso, consentito dal giudice del caso individuale, da parte del giudice custode (Corte costituzionale o Consiglio costituzionale)[685].

In questa prospettiva iniziale, l'elemento politico della "creatività" risiede intrinsecamente nei consigli o corti (supreme o costituzionali) e nelle loro interazioni transinstituzionali. Pertanto, ciò giustifica che, con alcune eccezioni, essi operino all'interno di questa dimensione politico-giurisdizionale in un sistema di giustizia aperta

[685] M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*. Cadre juridique. Pratiques jurisprudentielles, Paris, Lamy, 2011, p. 107. Per usare l'espressione di Dominique Rousseau con riguardo alla QPC, « le litige constitutionnel est la continuité nécessaire du litige ordinaire». D. ROUSSEAU, *Le procès constitutionnel*, in *Pouvoirs*, n° 137-2011, p. 49.

("*open justice*"[686]), che rappresenti la norma piuttosto che l'eccezione nell'esercizio della funzione del contenzioso costituzionale[687].

Inoltre, è importante sottolineare che il dialogo dei giudici costituzionali con altri soggetti dialoganti non ha di per sé un contenuto normativo e non ha la pretesa morale di influenzare le decisioni dei giudici[688].

Piuttosto, la comunicazione pubblica del giudice-custode non fa parte della teoria del contenzioso costituzionale e il suo utilizzo deve quindi essere adeguatamente giustificato[689].

Nel contesto socioculturale-politico attuale, non si può ignorare l'importanza del giudice nel muoversi lungo lo spettro di uno schema che preveda decentramento, accentramento e ri-accentramento. La flessibilità nell'allocazione del potere giudiziario è essenziale per mantenere la propria motivazione giuridica integra e proteggere la reputazione del giudice stesso. Il decentramento può, ad esempio, servire a rispondere alle esigenze di una società pluralistica, offrendo un maggior numero di voci e prospettive nel processo decisionale. D'altra parte, l'accentramento può essere

---

[686] L. E. RÍOS VEGA — I. SPIGNO — R. RODRÍGUEZ MONDRAGÓN (dirs.), *Open Justice, Legal Education and Human Rights*, Tirant lo Blanch, Mexico, 2018. ISBN: 978–84–9169–532–5.

[687] A. M. NICO, *L'accesso e l'incidentalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, edizione sul seminario del Gruppo di Pisa sul sistema 'accentrato' di costituzionalità tenuto all'Università di Pisa, il 25 ottobre 2019, p. 175. V. altresì A. SPATARO, *Sulla intrinseca 'politicità' delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2017, 117 ss.

[688] P. W. HOGG – A. A. BUSHELL THORNTON – W.K. WRIGHT, *Charter dialogue revisited: or 'much ado about metaphors'*, in *Osgoode Hall Law Journal*, volume 45, number 1 (Spring 2007), p. 26-30: all'interno del sistema giuridico canadese, tale articolo risponde alla critica dell'applicazione della teoria del 'dialogo' al contenzioso costituzionale, riconoscendo che si tratta di una teoria descrittiva piuttosto che normativa, il che non vuol dire che debba essere sottovalutata dagli studiosi di diritto, in quanto dà un contributo decisivo alla comprensione del fenomeno concernente il comportamento del giudice costituzionale in relazione ad altre istituzioni di potere rilevanti, in particolare il legislatore. Nell'affermare che il sistema canadese prevede una sorta di controllo di costituzionalità in senso debole, gli autori notano che le decisioni della fo suprema canadese sulla violazione della Carta da parte di atti legislativi non sono l'ultima parola, ma anzi l'inizio di un dialogo fra le istituzioni, poiché i Parlamenti sono di solito in grado di adottare nuove leggi che non si conformano esattamente al giudizio della giustizia costituzionale, in modo da raggiungere l'obiettivo politico principale che sosteneva la legge allora dichiarata illegittima. L'articolo in questione è il seguito di un altro articolo scritto a suo tempo dagli stessi autori, intitolato *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Maybe The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, pubblicato nel 1997. Nell'articolo del 2007, gli autori analizzano la giurisprudenza della Corte suprema del Canada sul fenomeno del dialogo e aggiornano i dati su cui si basava il loro articolo del 1997. Essi concludono che il fenomeno del dialogo è vivo e vegeto e che molte delle critiche mosse all'articolo originale sono 'molto rumore per le metafore'.

[689] K. ROACH, *Dialogic judicial review and its critics*, 23 Sup. Ct. Rev. (2d), p. 49-51 [Roach, 'Dialogic judicial review'].

necessario anche in tempi di crisi o qualora la coerenza e l'unità della legislazione siano a rischio.

In situazioni in cui la pedagogia costituzionale lo richieda, una mossa di ri-accentramento può servire a rafforzare l'interpretazione e l'applicazione della legalità costituzionale. Attraverso il ri-accentramento, il giudice costituzionale può, inoltre, chiarire e consolidare le interpretazioni delle leggi, contribuendo a una maggiore comprensione del diritto costituzionale tra i cittadini e a una maggiore stabilità giuridica.

L'interazione tra i giudici di vari livelli e il giudice costituzionale con il legislatore o altri attori coinvolti nella politica, come detto, favorisce un dialogo realmente dialettico, ovvero una conversazione che arricchisce l'interpretazione e l'applicazione del diritto. In un contesto in cui i poteri sono condivisi e il decentramento è ben gestito, questa dinamica può contribuire a creare un sistema di giustizia costituzionale più robusto e resistente. In effetti, la comunicazione pubblica, così come viene gestita, pur fornendo risultati indiretti riguardo alla ragione del giudizio, accresce la protezione del contenuto decisorio.

Dunque, al di là di una ripartizione statica dei poteri, un giudice costituzionale deve saper bilanciare abilmente il proprio potere giurisdizionale tra accentramento, decentramento e ri-accentramento, in risposta alle esigenze del contesto interistituzionale in gioco, per salvaguardare la propria motivazione giuridica, la propria reputazione e i requisiti della pedagogia costituzionale. Questo equilibrio dinamico e intersoggettivo è cruciale per la protezione dei diritti fondamentali e per il mantenimento dell'integrità della giustizia costituzionale.

Ma fino a quando può proseguire tale pendolo della corte? Romboli[690] mette in evidenza che, tra i limiti imprescindibili imposti all'attività interpretativa e creativa, vi è indiscutibilmente il dovere di rispettare il testo normativo e le regole di interpretazione. L'abuso interpretativo si verifica quando un giudice costituzionale elude un divieto che può essere rimosso solo attraverso l'intervento del legislatore o mediante l’intervento di un'altra istituzione.

---

[690] R. ROMBOLI, *A função interpretativa do juiz comum e a influência sobre ela exercida pela jurisprudência constitucional*, *op. cit.*, p. 54-58.

D’altro canto, l'abuso potrà avere luogo anche all’inverso, denotando una protezione insufficiente del sistema. Ciò mette in luce il fatto che la Costituzione non sia un testo che rimane statico o invariato fin dal momento della sua stesura. Al contrario, è un documento vivente, attraverso il quale i diritti vengono continuamente riconosciuti e rivisitati. Questo processo va oltre l'ambito della creazione legislativa e comprende anche l'interpretazione del testo costituzionale e i risultati dell'interazione tra i diversi attori all'interno di uno Stato costituzionale (organi politici, giudiziari, sociali, ecc.). All'interno di una digressione su cosa rappresenti la Costituzione, il fenomeno dell'influenza reciproca, derivante dalla condivisione del potere giurisdizionale, è forse uno degli aspetti più complessi. Esso porta a una riconsiderazione radicale del ruolo del potere giudiziario e a una continua indagine che conduca, infine, a trasformare la Costituzione in uno spazio creativo di diritti[691].

Claude Lefort traduce la vitalità costituzionale in termini filosofici quando definisce cos'è una "democrazia selvaggia": «[l]à où la sensibilité au droit se diffuse […] la démocratie est nécessairement sauvage et non domestiquée[692]» [ovunque si diffonda la sensibilità al diritto, la democrazia è necessariamente selvaggia e indomita]. In altre parole, lungi dal riferirsi a un regime politico privo di istituzioni e diritti, l’espressione descrive un regime in cui il riconoscimento dei diritti umani innesti un processo costante di evoluzione dei diritti, permeando in questo modo tutti i codici di accesso alla democrazia[693]. La democrazia costituzionale non si circoscrive, quindi, alla semplice nozione di rappresentanza politica tradizionale. Vi sono altri percorsi coesistenti, tra cui il contenzioso costituzionale e il processo di maturazione che i giudici costituzionali intraprendono attraverso una sofisticata dialettica argomentativa, stabilita in un dialogo continuo con i giudici ordinari, sovranazionali e il legislatore, per esempio.

Nell'ambito della tesi del ri-accentramento, è stata esplorata l'interazione del giudice costituzionale con altre istituzioni, evidenziando soprattutto la possibilità di condivisione di potere tra i diversi attori del dialogo costituzionale.

---

691 D. ROSSEAU, *Six Thèses pour la démocratie continue*, Paris, Odile Jacob, 2022.

692 C. LEFORT, *Éléments d’une critique de la bureaucratie*, Gallimard, « Tel», 1979.

693 D. ROSSEAU, *Six Thèses pour la démocratie continue*, Paris, Odile Jacob, 2022, p. 25.

I tribunali costituzionali non solo sono guardiani di un sistema costituzionale preesistente; essi partecipano attivamente alla creazione normativa, espandendo la propria giurisdizione in una dinamica che coinvolge funzioni interpretative, creative e tensioni con altri organi democratici. Le loro decisioni non si basano solo sul testo costituzionale, ma rispondono anche al contesto e ai problemi reali della società.

Tuttavia, le corti costituzionali devono navigare tra molteplici sfide. Devono bilanciare la protezione dei diritti fondamentali con il mantenimento dell'ordine costituzionale, mentre affrontano critiche politiche e interagiscono con una varietà di attori in un panorama normativo in continuo cambiamento. La loro capacità di gestire le problematiche in questione incide direttamente sulla loro legittimità e sul ruolo che rivestono nel sistema costituzionale.

La ricerca, pertanto, evidenzia come l'espansione o la contrazione della giurisdizione delle corti costituzionali vari in funzione dei contesti e delle culture specifiche dei sistemi costituzionali analizzati. Perciò si sottolinea l'importanza di un approccio comparativo per comprendere le dinamiche della giustizia costituzionale. Nonostante le variazioni, ad ogni modo, un elemento comune emerge: l'espansione e la contrazione della giurisdizione del giudice costituzionale sono direttamente correlate con l’intensità delle relazioni che la corte intrattiene con altre istituzioni rilevanti. Questo si traduce in una comprensione democratico-dialogica del fenomeno.

La competenza di ciascun giudice costituzionale non è definita in maniera assoluta, ma varia in base al contesto e all'interpretazione che ogni corte attribuisce al proprio ruolo. Le competenze possono, quindi, avanzare o retrocedere rispetto a quelle di altri organi, a seconda della strategia adottata dal giudice-custode.

Ad esempio, è già stato spiegato come in Italia la Consulta abbia favorito l'espansione della giurisdizione del giudice costituzionale per consentire tecniche di interpretazione costituzionale o di disapplicazione di leggi domestiche in contrasto con la Corte di Lussemburgo. Tuttavia, si è mossa verso un ri-accentramento della propria giurisdizione su tali questioni quando ha percepito il rischio di perdere il proprio ruolo centrale di custode del sistema o la propria autorità nella protezione dei diritti, anche a scapito del legislatore nazionale.

Al contrario, il *Supremo* in Brasile, inizialmente deferente dinanzi al controllo diffuso di costituzionalità esercitato dai giudici ordinari, ha progressivamente ampliato il proprio ruolo, non solo per tutelare i diritti, ma anche per difendersi da attacchi sociopolitici legati alla libertà di espressione, di fronte ai quali ha assunto una duplice veste di giudice e vittima.

In Francia, i *Sages*, inizialmente restii ad applicare un controllo di legittimità a priori, hanno assunto un ruolo preponderante nella tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, promuovendo una pedagogia costituzionale presso il legislatore, affinché esso stesso promuovesse l'elaborazione di leggi sostitutive di quelle ritenute incostituzionali.

In ognuna di queste esperienze, la valorizzazione del diritto giurisprudenziale non si traduce in una mera riproduzione del modello di *common law*. Essa evidenzia, invece, una presenza politica più marcata della giustizia costituzionale, che si manifesta anche nella *civil law*, sia in termini di volume, sia in termini di qualità delle decisioni aventi implicazioni politiche.

La condivisione giurisdizionale tra giudici non è immune a disaccordi, specialmente quando la corte o consiglio (supremo o costituzionale) percepisce che la sua preminenza istituzionale e interpretativa nel sistema è messa a rischio dal modo in cui tale condivisione si sviluppa. In Italia, lungo il percorso storico della Corte costituzionale, gli accordi e, soprattutto, i disaccordi hanno movimentato il movimento pendolare della Consulta stessa da un lato all’altro, specialmente circa la condivisione giurisdizionale: essa ha prima seguito una fase di "accentramento", seguita da un'ulteriore fase di "diffusione" della giustizia costituzionale e, successivamente, da una successiva fase di "ri-accentramento".

Nonostante i "disaccordi" che nascono dalla relazione tra i giudici, è innegabile che il supporto ermeneutico condiviso dai o ai giudici costituzionali conferisce a essi un fattore in più di legittimità, il quale tuttavia non potrà incidere come *standard* universale, ossia come prototipo comune a tutte le giurisdizioni costituzionali del pianeta. Anzi, la legittimazione dialogica avrà bisogno di una ricerca in base al contesto in cui sono inseriti la Corte costituzionale, il *Supremo Tribunal Federal* e il *Conseil constitutionnel* corrispondente.

In conclusione, la "diplomazia giudiziale" emerge come un concetto chiave per comprendere le complesse dinamiche del potere giudiziario nel contesto moderno. La legittimazione dialogica, ossia l'abilità di navigare attraverso disaccordi e accordi nel sistema giurisdizionale, si pone come una delle competenze fondamentali del giudice costituzionale, nonché come un indicatore dell'efficacia delle sue azioni nell'equilibrio dei poteri.

Tuttavia, è cruciale sottolineare che tale legittimazione non può essere applicata universalmente, ma deve essere interpretata in relazione al contesto specifico di ciascuna giurisdizione costituzionale. Ciò significa che la legittimazione dialogica non è tanto un traguardo definitivo, quanto piuttosto un orizzonte in continua evoluzione, una sfida che ciascuna Corte costituzionale deve affrontare e reinterpretare in base alla sua realtà istituzionale e socioculturale.

Da tale prospettiva, emerge una provocazione finale: possono la diplomazia giudiziale e la legittimazione dialogica diventare un nuovo paradigma per il ruolo del giudice costituzionale nel XXI secolo? E se sì, quali saranno le implicazioni per la dinamica dei poteri e per l'equilibrio dei diritti fondamentali nelle nostre società democratiche? La risposta a queste domande, tuttavia, richiederà ulteriori ricerche, discussioni e, soprattutto, un dialogo aperto e costante tra tutte le parti coinvolte nel sistema giurisdizionale.