

**GIURISDIZIONE COSTITUZIONALE, CORTI SOVRANAZIONALI E GIUDICI COMUNI:  
CONSIDERAZIONI A PROPOSITO DEL DIALOGO TRA CORTI\*\***

*Sommario: 1. Dialogo tra corti ed espansione del ruolo della giurisdizione – 1.1. L’acquisita centralità del giudiziario – 1.2. I fattori che ne hanno comportato l’espansione – 2. Il dialogo tra corti a livello nazionale – 2.1. Premesse – 2.2. Il diritto vivente e l’interpretazione conforme (o adeguatrice) – 3. Il dialogo tra corti a livello sovranazionale – 3.1. Dialogo tra corti ed argomento comparativo – 3.2. L’argomento comparativo nella giurisprudenza italiana – 4. Considerazioni conclusive*

**1. Dialogo tra corti ed espansione del ruolo della giurisdizione****1.1. L’acquisita centralità del giudiziario**

Una delle espressioni più ricorrenti negli ultimi anni, tanto da assurgere quasi al livello di quelle che Alessandro Giuliani ha chiamato le grandi metafore giuridiche<sup>1</sup>, è l’espressione

---

\* Assegnista di Ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico presso il Dipartimento di Economia e Diritto nell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza” e contrattista presso l’Università LUISS Guido Carli di Roma.

\*\* Il presente articolo costituisce una versione rielaborata ed ampliata di un lavoro in corso di pubblicazione nel *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, con il titolo *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: a proposito del dialogo tra le corti*.

<sup>1</sup> Cfr., in proposito, A. Giuliani, *La “nuova retorica” e la logica del linguaggio normativo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1970, vol. XLVII, n. 3-4, p. 374 ss., spec. p. 379 ss., ove sottolinea che il linguaggio giuridico è un linguaggio essenzialmente metaforico. Sull’importanza delle metafore nell’ambito della riflessione giuliana, si vedano A. Cerri, *Logica, argomentazione, processo: il fecondo rovello di Alessandro Giuliani*, in F. Cerrone, G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l’esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano 2012, p. 373 ss., spec. p. 383 ss.; G. Repetto, *Per un’ermeneutica della rilevanza. La teoria dell’argomentazione di Alessandro Giuliani e il suo contributo allo studio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, ivi, p. 552 ss.; A.A. Cervati, *Alessandro Giuliani e lo studio comparativo del diritto costituzionale*, ivi, p. 687 ss., spec. p. 721 ss. (e in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, tomo II, Napoli 2011, p. 773 ss., spec. p. 799 ss.); Id., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino 2009, p. 15 ss., 43 ss., 194 ss., 213 ss.; Id., *Il pensiero giuridico di Alessandro Giuliani e il diritto costituzionale*, in F. Treggiari (a cura di), *Per Alessandro Giuliani*, Perugia 1999, p. 17 ss., spec. p. 27 ss., 49 ss.; A. Vespaziani, *Per un’ermeneutica della metafora giuridica*, in A. Cerri, P.

«dialogo tra Corti»<sup>2</sup>. Con questa espressione si intende, in sostanza, una comunicazione sempre più accentuata tra istanze giurisdizionali diverse, siano esse di tipo nazionale che

---

Häberle, I.M. Jarvad, P. Ridola, D. Schefold (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angelo Antonio Cervati*, Roma 2010, tomo V, p. 227 ss.

<sup>2</sup> Sul dialogo tra Corti, la bibliografia è sterminata: si vedano ex multis F. Salmoni, *La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Diritto Pubblico* 2002, n. 2, p. 491 ss.; E. Navarretta, A. Pertiçi (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione. Atti del Seminario congiunto del Dottorato di Diritto Privato e del Dottorato di Giustizia Costituzionale e Diritti Fondamentali dell'Università di Pisa (Pisa, 3 aprile 2003)*, Pisa 2004; S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Id. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, p. 3 ss., spec. p. 19 ss., 90 ss.; G. Repetto, *I rapporti tra le Corti europee e le prospettive della adesione dell'Unione Europea alla CEDU*, ivi, p. 287 ss.; Id., *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011, spec. p. 313 ss.; Id., *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al "doppio binario"*, in *Diritto Pubblico* 2014, n. 3, p. 1075 ss.; R. Alonso García, *Il giudice nazionale come giudice europeo*, in *Quaderni costituzionali* 2005, n. 1, p. 111 ss.; G.F. Ferrari (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli 2006; M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2006, n. 2, p. 1643 ss. (e in <http://archivio.rivistaaic.it>); A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale* 2006, p. 125 ss.; Id., *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa 2013; G. Zagrebelsky, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2006, n. 2, p. 297 ss. (e in Id., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino 2009, p. 318 ss.); Id., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008, p. 386 ss.; F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova 2007; S. Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma 2009; Id., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015, p. 69, 83-84, 87-88, 91-92, 98-99, 129, 156, 172, 174, 196, 212-213, 218-219, 222 ss., 228 ss., 253-254, 301, 307 ss.; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, spec. p. 187 ss., 240 ss., 273 ss.; Id., *Il "dialogo tra le Corti": comunicazione o interazione?*, in *Percorsi costituzionali* 2012, n. 3, p. 273 ss.; C. Pinelli, *Trapianti, innesti, dialoghi. Modalità di trasmissione e circolazione del diritto straniero*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2011, n. 2, p. 495 ss.; R. Calvano, *Dopo Lisbona, il dialogo tra Corti e l'attesa di un recupero del ruolo della politica*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, vol. I, p. 445 ss.; F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli 2011; N. Picardi, *Pluralità di giurisdizioni nell'età della globalizzazione*, in F. Cerrone, G. Repetto, *Alessandro Giuliani*, cit., p. 785 ss.; G. Pistorio, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea*, Napoli 2012; D. Tega, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte Europea di Strasburgo*, Milano 2012; A. Schillaci, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli 2012; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012; Id. (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino 2014; A. Cerri, *Lezioni di giustizia globale. Lectures on global justice*, Padova 2013; R. Cosio, R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Milano 2013; G. Tesaurò, *Ancora sul dialogo tra giudice italiano e corti europee*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli 2013, vol. IV, p. 2397 ss.; R. Conti, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma 2014; T. Guarnier, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli 2014; G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune. «Alberico Gentili Lectures» Macerata, 29-30 aprile 2014*, Bologna 2015; M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quaderni costituzionali* 2015, n. 2, p. 325 ss.; M. Carducci, *"Imitazioni" e "dialoghi" come «amministrazione» del linguaggio?*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, a cura di L. Melica, L. Mezzetti e V. Piergigli, Padova 2015, Tomo I, p. 381 ss.; T. Groppi, A.M. Lecis Coccu-Ortu, *Le citazioni reciproche tra la Corte Europea e la Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo: dall'influenza al dialogo?*, ivi, p. 439 ss.; A. Ruggeri, *"L'intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"*, ivi, p. 539 ss.; F. Giuffrè, *Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi.it* 2016, n. 7 (6-4-2016); A. Pugiotto, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali* 2016, n. 1, p. 149 ss.; V. Bar-

sovrana nazionale, in virtù di quella centralità assunta ormai dal potere giudiziario rispetto agli altri poteri<sup>3</sup>. Nella Sesta Edizione del suo *Corso di giustizia costituzionale*, significativamente intitolato *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Augusto Cerri ha riconosciuto che la nostra giurisdizione costituzionale si inserisce ormai in un pluralismo di giurisdizioni a livello sovranazionale e globale, il che, a sua volta, ha come conseguenza non solo una qualche forma di «sindacabilità incrociata» delle decisioni dei giudici supremi, ma anche un consolidamento della indipendenza e del ruolo delle Corti, in virtù della maggiore velocità di integrazione a livello sovranazionale della giurisdizione rispetto ai processi di tipo politico<sup>4</sup>. In quest'ottica, il dialogo tra Corti non sarebbe altro che il riconoscimento che, nell'ambito del nostro ordinamento, convivono ormai tre distinti livelli «costituzionali» (se così si può dire): la Costituzione

---

sotti, P.G. Carrozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford-New York 2016, spec. p. 205 ss.

<sup>3</sup> Sull'espansione del ruolo della giurisdizione, si vedano C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica*, tr. it. a cura di G. Crifò, Milano 1979, spec. p. 205 ss.; A. Giuliani, *Presentazione*, ivi, p. V ss.; Id., *Le Disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, 1. Premesse e Disposizioni Preliminari*, II ed., Torino 1999, p. 377 ss., spec. p. 420 ss., 426 ss.; V. Vigoriti, *La responsabilità del giudice*, Bologna 1984, p. 10 ss.; M. Cappelletti, *Giudici legislatori? Studio dedicato alla memoria di Tullio Ascarelli e di Alessandro Pekelis*, Milano 1984; Id., *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Milano 1988, p. 7 ss.; A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, II ed., Milano 1995, spec. p. 170 ss., 180 ss., 189 ss.; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, spec. p. 97 ss.; M. Calise, *La costituzione silenziosa. Geografia dei nuovi poteri*, Roma-Bari 1998, p. 120 ss.; M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto* 1998, n. 3, p. 365 ss.; Id., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC* 2012, n. 3 (3-7-2012), spec. p. 1 ss., 4 ss.; Id., *La magistratura nel disegno costituzionale. Per un'analisi del testo della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, cit., Tomo II, p. 1329 ss.; G. Bognetti, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, II ed., Milano 2001, p. 64 ss., 86 ss.; Id., *Scritti scelti*, a cura di M. Iacometti, Milano 2015, p. 349 ss.; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Ristampa, Roma-Bari 2001, spec. p. 141 ss., 149 ss., 156 ss.; C. Salazar, *La magistratura*, Roma-Bari 2002, p. 22 ss.; P.P. Portinaro, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Ristampa, Milano 2003, p. 387 ss.; P. Perderzoli, *Magistratura e politica: quale coabitazione?*, in S. Gambino (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale: teoria ed esperienze a confronto*, Milano 2004, p. 55 ss., spec. p. 60 ss.; A. Costabile, S. Licursi, *Politica e magistratura*, ivi, p. 361 ss.; G. Greco, *Osservazioni sul recente disegno di legge di modifica dell'ordinamento giudiziario. Un rompicapo tra ricerca della professionalità e tentazioni di ritorno al passato*, ivi, p. 422, spec. p. 431 ss.; B. Leuzzi, *Confini costituzionali della giurisdizione e politicizzazione della magistratura*, ivi, p. 459 ss.; F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano 2006, spec. p. 126 ss.; F. Rigano, *Note sullo Statuto costituzionale del giudice comune*, in *Rivista di diritto costituzionale* 2006, p. 96 ss., spec. p. 107 ss.; N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, spec. p. 12 ss.; C. Guarnieri, *La magistratura in Italia: un profilo storico e comparato*, in P. Biavati, C. Guarnieri, R. Orlandi, N. Zanon, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna 2008, p. 21 ss., spec. p. 57 ss.; D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana, Napoli 2008, p. 100 ss.; A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 14 ss.; L. Violante, *Magistrati*, Torino 2009, spec. p. 5 ss., 33 ss., 161 ss.; U. Perfetti, *Giurisdizione, giustizia, politica*, in *Rassegna forense* 2010, n. 3, p. 505 ss.; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 32, 36; A. Mariani Marini, *Teoria dell'argomentazione e argomentazione forense*, in F. Cerrone, G. Repetto, *Alessandro Giuliani*, cit., p. 497 ss.; P. Ridola, *Il «dialogo tra le Corti»*, cit., p. 284-285; V. Angiolini, *Diritti umani. Sette lezioni*, Torino 2012, p. 179 ss.; G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli 2012; R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 37 ss.; S. Chiarloni, *Il Prot. 16 CEDU. Un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, in E. Lamarque, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, cit., p. 39 ss., spec. p. 43 ss.; S. Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino 2016, p. 65 ss.

<sup>4</sup> Cfr., in proposito, A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, p. 541-542.

italiana vera e propria, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e i principi costituzionali elaborati dalla Corte di Giustizia<sup>5</sup>.

D'altra parte, già nelle precedenti edizioni del suo *Corso di giustizia costituzionale*, Cerri aveva rilevato come la funzione di tutela della Costituzione fosse storicamente rivendicata sia dal potere politico che dal potere giudiziario<sup>6</sup>. In questa seconda prospettiva, il dialogo tra Corti non sarebbe altro che il riconoscimento dell'espansione del ruolo della giurisdizione rispetto agli angusti confini in cui l'aveva relegata il positivismo giuridico. È stato rilevato, in particolare, che l'affievolimento del principio della separazione dei poteri in un sistema costruito sul presupposto della sua esistenza finisce col rafforzare la posizione della magistratura nei confronti degli altri poteri dello Stato<sup>7</sup>. A questo proposito, risulta molto forte la suggestione di una connessione, da un lato, tra la crescente centralità del potere giudiziario a livello globale, ed il rilievo assunto dalla tutela dei diritti intesi in modo universale, e, dall'altro, il fatto che questi diritti non possano che trovare nelle corti, e nelle corti supreme in particolare, la loro sede di verifica, di confronto e di consolidamento<sup>8</sup>.

C'è da chiedersi, peraltro, se questa espansione del terzo potere sia una diretta conseguenza della ritirata della politica, o se, invece, questi due fenomeni siano tra loro indipendenti<sup>9</sup>. Se si guarda alla questione con sguardo storico, si potrà vedere come la dialettica tra politica e giurisdizione sia una tematica classica del costituzionalismo antico e moderno: basti pensare alla contrapposizione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* come chiave di interpretazione della storia costituzionale britannica<sup>10</sup>, o alla diatriba tra Hans Kelsen e Carl Schmitt sul custode della Costituzione (se un organo politico come il Presidente del *Reich* o un organo giurisdizionale come la Corte Costituzionale)<sup>11</sup>, o, infine, al fatto che negli Stati Uniti si sia

---

<sup>5</sup> Così S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 69, 83-84, 160, 223, 293. Sulla rottura della corrispondenza biunivoca tra diritti fondamentali e costituzione nazionale, e sulla sottoposizione dei cittadini europei ad un triplice livello di natura costituzionale, si sofferma anche F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., p. 218 ss.

<sup>6</sup> Cfr. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, IV ed., Milano 2004, p. 29 ss.

<sup>7</sup> Così G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 202.

<sup>8</sup> Cfr., in questo senso, A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, cit., p. 152-153. Di diverso avviso è, invece, M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica reimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea*, cit., p. 340 ss., che mette in guardia da considerazioni troppo affrettate o enfaticanti del ruolo della giurisprudenza interna e sovranazionale nella tutela dei diritti fondamentali.

<sup>9</sup> Sull'espansione del giudiziario come conseguenza della ritirata della politica, insistono M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto*, cit., p. 367-368; Id., *La magistratura nel disegno costituzionale*, cit. p. 1342; A. Costabile, S. Licursi, *Politica e magistratura*, cit., p. 369 ss.; D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., p. 102 ss.; U. Perfetti, *Giurisdizione, giustizia, politica*, cit., p. 508 ss.; L. Violante, *Magistrati*, cit., p. 50 ss.; R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 37-38; S. Chiarloni, *Il Prot. 16 CEDU*, cit., p. 46; G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari 2015, p. 13 ss.

<sup>10</sup> Il riferimento è naturalmente a C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, II ed. it. a cura di N. Matteucci, Bologna 1990. Sulla dialettica tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, si veda anche A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 25 ss.; A. Giuliani, *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997, p. 138 ss.; N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 28 ss.; Id., *Pluralità di giurisdizioni nell'età della globalizzazione*, cit., p. 791; V. Angiolini, *Diritti umani*, cit., p. 182; G. Amato, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna 2014, p. 448; Id., *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 32-33.

<sup>11</sup> Si vedano, a questo proposito, C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, II ed., Berlin 1969 (tr. it., *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano 1981); H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in *Die Justiz 1930-1931*, Heft 11-12, Band VI, p. 576 ss. (tr. it. a cura di C. Geraci, *Chi dev'essere il custo-*

parlato a più riprese di *government by judiciary* per indicare polemicamente le diverse stagioni dell'attivismo giudiziale<sup>12</sup>.

In ogni caso, è ormai un dato di fatto che, alla sempre più crescente difficoltà del circuito politico-rappresentativo di dare risposte alle domande provenienti dalla società<sup>13</sup>, fac-

---

de della costituzione?, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, p. 229 ss.). Sulla diafrasi tra Kelsen e Schmitt, si vedano, inoltre, G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino 2005, p. 30 ss.; Id., *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 360 ss.; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 16 ss.; C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, II ed. a cura di M. Ruotolo, Napoli 2014, p. 7 ss., 33 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino 2014, p. 24-25; G. Laneve, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri, Vol. I. Interpretazione e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*, Bari 2014, p. 174 ss.; G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 28-29; P. Ridola, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino 2016, p. 105 ss.

<sup>12</sup> Il riferimento è non solo ad E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris 1921 (tr. it., *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, a cura di R. D'Orazio, Milano 1996), ma anche a R. Berger, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (Mass.)-London 1977 (II ed., Indianapolis 1997). Sul ruolo del giudiziario negli Stati Uniti, inoltre, si vedano G. Bognetti, *I diritti fondamentali tra giudiziario e legislativo nell'ordinamento degli Stati Uniti*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1981, parte I, pp. 1067 ss.; A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., New Heaven (Conn.)-London 1986; Id., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, II ed., New Heaven (Conn.)-London 1978; J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.)-London 1980; R.H. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of Law*, New York 1991; Id., *Il giudice sovrano: Coercing Virtue*, tr. it. a cura di S. Fabi e S. Sileoni, Ristampa, Macerata 2007; S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, tr. it. a cura di D. Giroto, Bologna 2003, spec. p. 161 ss., 221 ss., 245 ss.; F.I. Michelman, *La demorazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, tr. it. a cura di G. Bongiovanni e G. Palombella, Bari 2004; D.L. Hutchinson, *The Majoritarian Difficulty: Affirmative Actions, Sodomy and Supreme Court Politics*, in *Law and Inequality* 2005, vol. XXIII, n. 1, p. 1 ss.; M.A. Glendon, *Tradizioni in subbuglio*, tr. it. a cura di P.G. Carrozza e M. Cartabia, Soveria Mannelli 2007, spec. p. 138 ss., 175 ss.; M. Tushnet, *The United States of America*, in B. Dickson (a cura di), *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford-New York 2007, p. 415 ss.; C. Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in Associazione Italiana Costituzionalisti, *Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno Annuale (Roma, 27-28 ottobre 2006)*, Napoli 2010, p. 21 ss.; A. Ridolfi, *I giudici e le narrazioni dell'America (rileggendo la sentenza «Lochner v. New York»)*, in *Nomos* 2008, n. 3, p. 85 ss.; Id., *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, in *Rivista AIC* 2011, n. 1 (15-2-2011); G. Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano. Alberico Gentili Lectures, Macerata 19-21 marzo 2012*, tr. it. a cura di B. Barbisan, Bologna 2013.

<sup>13</sup> Sulla crisi della rappresentanza politica, si vedano soprattutto F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova 2000, p. XVII ss.; M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del Convegno, 16-17 marzo 2000*, Milano 2001, p. 109 ss.; L. Elia, *Aspetti problematici del referendum e crisi della rappresentanza politica*, ivi, p. 103 ss.; M. Volpi, *Crisi della rappresentanza e partecipazione popolare*, ivi, p. 119 ss.; P. Costa, *Il problema della rappresentanza politica: una prospettiva storica*, ne *Il Filangieri* 2004, n. 3, p. 329 ss.; G. Ferrara, *Democrazia e rappresentanza politica*, in *Costituzionalismo.it* 2005, n. 1 (24-5-2005); Id., *Forma di governo e forma di Stato nella crisi attuale della democrazia*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, cit., vol. II, p. 961 ss.; A. Barbera, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quaderni costituzionali* 2008, n. 4, p. 508 ss.; F. Grandi, *Programma elettorale versus indirizzo ideologico*, in *Politica del diritto* 2009, n. 4, p. 691 ss., spec. p. 699 ss.; G. Azzariti, *Brevi annotazioni sui sistemi elettorali e la crisi della rappresentanza politica*, in A. Cerri, P. Häberle, I.M. Jarvad, P. Ridola, D. Schefold, *Il diritto tra interpretazione e storia*, cit., tomo I, p. 115 ss.; Id., *Il rapporto partito-eletto: per un'interpretazione evolutiva dell'art. 67 della Costituzione*, in *Politica del diritto* 2013, n. 3, p. 275 ss., spec. p. 284 ss. (e in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano 2015, vol. I, p. 65 ss., spec. p. 74 ss.); Id., *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari 2016, p. 222 ss.; F. Lanchester, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano 2011, spec. p. 30 ss., 55 ss.; Id., *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano 2014, spec. p. 13 ss., 55 ss., 73 ss., 96 ss., 109 ss.; V. Angiolini, *Diritti umani*, cit., p. 163 ss.; A. Rauti, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli

cia da controaltare un protagonismo sempre maggiore del potere giudiziario<sup>14</sup>, tanto da poter parlarsi di una «vocazione del nostro tempo per la giurisdizione»<sup>15</sup>, di una «juristocracy»<sup>16</sup>, di una «giurisdizionalizzazione del diritto»<sup>17</sup>, di una «giurisdizionalizzazione della legge»<sup>18</sup>, e, con riferimento alla situazione italiana, finanche di una funzione di supplenza da parte della magistratura<sup>19</sup>. Il protagonismo del giudiziario nell'ambito delle democrazie contemporanee è diventato un fenomeno talmente diffuso da porre in primo piano il problema della legittimazione del giudice<sup>20</sup>, e della sua responsabilità<sup>21</sup>.

---

2014, p. 14 ss.; G. Amato, *Le istituzioni della democrazia*, cit., p. 153 ss.; G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, cit., spec. p. 116 ss., 174 ss.

<sup>14</sup> Sulla contrapposizione tra circuito della politica e circuito della giustizia insiste R. Bin, *Corte costituzionale e giudici ordinari: sulle ragioni di una convergenza dei modelli*, in E. Navarretta, A. Pertici, *Il dialogo tra le Corti*, cit., p. 35 ss., il quale sottolinea come, pur prendendo le mosse dal cittadino, i due circuiti ruotino in direzioni opposte.

<sup>15</sup> Si veda, in proposito, N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., spec. p. 1 ss.; Id., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2004, p. 41 ss.

<sup>16</sup> Cfr., in proposito, R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.)-London 2004.

<sup>17</sup> Cfr., in proposito, D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., p. 99 ss.

<sup>18</sup> Si veda A.A. Cervati, *Il pensiero giuridico di Alessandro Giuliani e il diritto costituzionale*, cit., p. 18.

<sup>19</sup> Cfr., in proposito, M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., p. 3; V. Vigoriti, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 12; F. Bilancia, *I giudici, il legislatore, la Corte costituzionale e la gestione delle politiche pubbliche: alcuni esempi di supplenza politica nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli 2010, p. 87 ss.; G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 182.

<sup>20</sup> Si veda D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., p. 100. Della giurisdizione come *potere diffuso, indipendente e professionale* parla N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 187 ss., spec. p. 189 ss., ove rileva che l'espressione *potere diffuso* va intesa nel senso che non solo che è attribuito ad ogni giudice, ma nel senso che al suo esercizio sono chiamati a partecipare tutti gli operatori giudiziari, e che l'espressione *potere professionale* va intesa nel senso che gli operatori giudiziari trovano la propria legittimazione nella base culturale, nella preparazione professionale che li qualifica e li rende capaci di dare la risposta corretta al caso sottoposto al loro esame. In sostanza, ad avviso di Picardi (ivi, p. 195), il potere giurisdizionale, inteso quale *potere terzo*, sganciato dallo Stato, *diffuso e di natura professionale* costituisce una barriera agli sconfinamenti, il *limite istituzionale del potere*. Critico nei confronti delle tesi che negano la legittimazione democratica al diritto giudiziale è, infine, M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., p. 82 ss., secondo il quale (ivi, p. 94-95) la creazione giudiziale del diritto non è affatto da considerare come antidemocratica, ma ha, anzi, la potenzialità di essere altamente democratica.

<sup>21</sup> Di responsabilità politica del giudice parlavano quei settori della magistratura italiana che, a partire dagli anni '70, hanno enfatizzato la funzione di supplenza, collegandola ad una più generale contestazione del momento burocratico della funzione giudiziale. Si vedano, in proposito, A. Giuliani, *Presentazione*, in C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica*, cit., p. XXIV ss.; A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 170 ss., i quali, tuttavia, ne evidenziano i limiti culturali rispetto alle altre espressioni dell'antiformalismo giuridico occidentale. Di responsabilità politica parla anche C. Calvieri, *La responsabilità del giudice tra esercizio del potere giudiziario e ruolo «politico»-costituzionale*, in F. Cerrone, G. Repetto, *Alessandro Giuliani*, cit., p. 583 ss., spec. p. 611 ss., ove sostiene la tesi della responsabilità di tipo diffuso. Di irresponsabilità politica dei giudici parla, invece, M. Luciani, *La magistratura nel disegno costituzionale*, cit., p. 1339. Per una critica delle tesi sulla responsabilità politica dei giudici, si veda F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 97 ss., che sottopone a critica non solo l'idea che i giudici possano essere responsabili politicamente di fronte al Parlamento, ma anche le tesi (ivi, p. 106 ss.) sulla responsabilità politica di fronte al popolo. Nega si possa parlare di una responsabilità politica del giudice anche A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, II ed., Torino 1985, p. 61, secondo il quale l'indipendenza include l'insindacabilità delle scelte adottate per individuare ed interpretare le norme da applicare. In senso simile anche V. Vigoriti, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 15 ss., secondo il quale non è configurabile alcuna forma di responsabilità politica del giudice nel nostro ordinamento.

Nello storico conflitto tra il diritto dei giudici e il diritto dei legislatori<sup>22</sup>, il diritto giudiziale ha acquisito una centralità tale da potersi rimettere ormai in discussione la tradizionale distinzione tra creazione ed applicazione del diritto<sup>23</sup>. Alcuni studiosi, anzi, hanno parlato delle sentenze dei giudici come fonti del diritto anche nei sistemi giuridici europeo-continentali a diritto codificato<sup>24</sup>, mentre altri studiosi hanno preferito, invece, parlare della giurisprudenza come fattore del diritto<sup>25</sup>. La questione non è priva di rilevanza, perché presuppone la definizione dei rapporti tra giudice e legislatore e dei loro reciproci confini<sup>26</sup>. Per quanto riguarda la tesi della giurisprudenza come fonte del diritto, se ciò sembra essere ormai pacifico per alcune tipologie di sentenze di quei peculiari organi giurisdizionali che sono i tribunali costituzionali<sup>27</sup> – basti pensare, per esempio, alle sentenze c.d. *additive* della Corte costituzionale

---

<sup>22</sup> Sulla distinzione tra diritto dei giudici e diritto dei legislatori, si vedano A. de Nitto, *A proposito di "diritto positivo" e "diritto legale"*, in *Ritorno al diritto* 2005, n. 2, p. 200 ss.; Id., *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori. Ricerche in tema di teoria delle «fonti»*, Lecce 2002, spec. p. 89 ss., 127 ss.; G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1980, spec. p. 263 ss., 443 ss., 511 ss., 543 ss., 651 ss.

<sup>23</sup> Di una centralità acquisita dalla *iurisdictio* rispetto alla *legislatio* parla D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., p. 71. Nega recisamente che al giudice possa essere riconosciuto il potere di creare diritto G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 108. In senso simile, si veda M. Luciani, *La magistratura nel disegno costituzionale*, cit., p. 1339 ss., ove sottolinea che tra il dire e il fare diritto esiste una distanza incolmabile. Di opposto avviso è, invece, M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., p. 10 ss., il quale, partendo dalla negazione della distinzione concettuale tra creazione e interpretazione del diritto, arriva a sostenere (ivi, p. 16) che, da un punto di vista sostanziale, non vi è alcuna differenza tra il processo legislativo e giurisdizionale, in quanto sono entrambi processi di creazione del diritto: l'unica differenza sta nel fatto che la creatività del legislatore è quantitativamente (ma non qualitativamente) diversa da quella del giudice. Sulla creazione del diritto ad opera del giudice insiste anche T. Guarnier, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 125 ss., la quale sottolinea (ivi, p. 127) come anche nelle dinamiche dialettiche tra diritto positivo e giudici tipiche degli ordinamenti di *civil law* sia dato riscontrare diverse aree di creatività. Una diversa prospettiva è quella di S. Lariccia, *Osservazioni sui valori costituzionali*, in *Diritto romano attuale* 2003, n. 9, p. 193 ss., secondo cui l'esperienza giuridica si nutre tanto dei contributi da parte del legislatore quanto di quelli da parte della giurisprudenza e della dottrina. Sulla relativizzazione della materia delle fonti insiste anche A. de Nitto, *In tema di norme di riconoscimento*, ivi, p. 161 ss.

<sup>24</sup> In questo senso, D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., p. 5, che fa riferimento a A. Pizzorusso, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino 2005, p. 38-39. In senso simile, si veda anche H.C. Gutteridge, *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, tr. franc. a cura di R. David, Paris 1953, p. 122 ss., che qualifica la giurisprudenza nei paesi europei-continentali come fonte del diritto, seppur sussidiaria. Sull'importanza della giurisprudenza insiste anche R. David, *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris 1950, p. 123 ss. (secondo il quale, nonostante dottrina e giurisprudenza siano rappresentati come semplici organi di interpretazione del diritto, la loro importanza è considerevole anche nei paesi di *civil law*, in quanto hanno un ruolo creativo); Id., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, tr. it. a cura di R. Sacco, III ed., Padova 1980, p. 110 ss. (ove, nel contestare le tesi che negano la qualità di fonte del diritto negli ordinamenti della famiglia romano-germanica, mette in evidenza che tra la famiglia di *common law* e quella romano-germanica le differenze siano più di dettaglio che di principio). Della fonte giurisprudenziale come vera e propria fonte del diritto e non più solo come fonte di interpretazione parlano, infine, anche F. Rigano, *Note sullo Statuto costituzionale del giudice comune*, cit., p. 117-118; A. Mariani Marini, *Teoria dell'argomentazione e argomentazione forense*, cit., p. 499; R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 53 ss.

<sup>25</sup> Si vedano, a questo proposito, G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 261 ss.; V. Marinelli, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano 1996, p. 247 ss.

<sup>26</sup> Una critica della funzione *latu sensu* legislativa della magistratura è in M. Amisano, *Quando la funzione dei giudici mette in imbarazzo la funzione dei poteri*, in S. Gambino, *La magistratura nello Stato costituzionale*, cit., p. 335 ss., mentre una difesa del valore del diritto giurisprudenziale è in V. Ferrari, L. Lepiane, *Una confutazione dell'ipotesi di sanzionabilità dell'interpretazione creatrice*, ivi, p. 397 ss.

<sup>27</sup> Per un inquadramento teorico della giustizia costituzionale, oltre alla bibliografia già citata, si vedano A.M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano 1967; M. Cap-

italiana, definite come vere e proprie sentenze normative<sup>28</sup>, in virtù di quella che è stata chiamata la funzione legislativa complementare della nostra Corte<sup>29</sup> –, e per alcune sentenze

---

pelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1968; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977; Id., *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 311 ss.; Id., *Intorno alla legge*, p. 303 ss.; G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, Bologna 1979, p. 139 ss., 169 ss., 179 ss., 185 ss., 195 ss., 203 ss.; F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, I*, Padova 1985, p. 527 ss.; E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna 1996; P. Pasquino, *Controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa*, in S. Rodotà (a cura di), *Diritto e culture della politica. Annali 2003 Fondazione Lelio e Lisli Basso*, Roma 2004, p. 39 ss.; M. Fioravanti, *Limiti del potere e compiti della politica*, ivi, p. 66 ss.; L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino 2007; P. Carnevale, C. Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino 2008; A. Vedaschi, *La giustizia costituzionale*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari 2009, p. 953 ss.; G. Azzariti, *Appunti per le lezioni. Parlamento, Presidente della Repubblica, Corte costituzionale*, Torino 2010, p. 137 ss.; Id., *Corte e democrazia*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, vol. I, p. 111 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, III ed., Torino 2011; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012; C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, II ed. a cura di M. Ruotolo, Napoli 2014; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, Milano 2015; G.F. Ferrari, *The Conceptual Definition of the Constitutional Court in Italy*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, cit., Tomo II, p. 1287 ss.

<sup>28</sup> Tra i più critici nei confronti di questa tipologia di sentenze sono G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 158 ss. (ad avviso del quale non erano ammissibili nel nostro sistema costituzionale né le sentenze additive, né quelle sostitutive); G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, I*, cit., p. 755 ss.; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., spec. p. 22 ss., 38 ss. (ove mette in evidenza le conseguenze giuridiche e politiche di alcune sentenze della Corte in materia di diritti sociali), 52 ss.; M. Amisano, *Quando la funzione dei giudici mette in imbarazzo la funzione dei poteri*, cit., p. 336-337. Sui rischi della Corte di sostituirsi al legislatore si sofferma anche F. Sorrentino, *Lezioni di giustizia costituzionale raccolte dal dott. Salvatore Mileto*, Torino 1990, p. 70 ss., secondo il quale, tuttavia, occorre tenere presente l'intenzione sostanzialmente "conservatrice" che anima la Corte, ovvero sia quello di salvare, in ultima analisi, disposizioni legislative, anziché annullarle del tutto. Una difesa di questa tipologia di sentenze è in C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, ne *Il Foro Italiano* 1970, vol. XCIII, parte V, col. 153 ss. (e in Id., *Raccolta di scritti, III. Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza repubblicana*, Milano 1972, p. 925 ss.), secondo cui non si opera uno scambio di funzione tra il potere legislativo e il potere giurisdizionale, in quanto la discrezionalità del legislatore deve cedere di fronte a prescrizioni costituzionali che gli impongono l'obbligo di provvedere alla tutela di diritti posti come fondamentali. Una difesa è anche in V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, V ed., Padova 1984, p. 406 ss., secondo cui quella della Corte si potrebbe definire una legislazione «a rime obbligate», ovvero un qualcosa che, per ciò solo, legislazione non è. Secondo Crisafulli, infatti, la Corte in queste tipologie di sentenze non creerebbe la norma liberamente come il legislatore, ma si limiterebbe solo ad individuare quella già implicata nel sistema e ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali di cui ha fatto applicazione: mediante queste sentenze, la Corte riempirebbe immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia, conferendo alla pronuncia adottata capacità autoapplicativa. Difende questa tipologia di sentenze anche F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, cit., p. 575 ss., secondo il quale la giurisdizione costituzionale non è una semplice giurisdizione caducatoria o di annullamento, ma è destinata a concorrere alla elaborazione legislativa e allo svolgimento dei principi, dei fini e dei programmi costituzionali. Una difesa è anche in E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 57 ss., che, pur sottolineando l'ampio ricorso ad esse a partire dagli anni '70, evidenzia anche le cautele che si sono andate rafforzando a partire dagli anni '90. Tra i favorevoli, si veda, inoltre, C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 123-124, secondo cui sarebbe facile dimostrare che l'interferenza sulla sfera politico-parlamentare è maggiore nel caso di una decisione di annullamento pura e semplice. Una difesa delle sentenze additive è, infine, in G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 56 ss., che, riprendendo la tesi di Crisafulli, sottolinea come si debba distinguere tra il caso in cui ciò che alla Corte appare incostituzionale è rimediabile in un'unica soluzione (le rime obbligate), e il caso in cui l'incostituzionalità è dimostrata, ma le soluzioni per uscirne sono più di una. Una ricostruzione diversa è in C. Lavagna, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano 1970, vol. II, p. 1131 ss. (e in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano 1984, p. 669 ss.), secondo cui, nel caso delle sentenze additive, si tratte-

della Corte di Giustizia UE espressamente qualificate come diritto europeo immediatamente applicabile<sup>30</sup>, assai più controverso è per le sentenze degli altri giudici<sup>31</sup>. Contro quest'ultima ipotesi venivano generalmente invocati gli artt. 2908 e 2909 cod. civ., così come gli artt. 324, 384 e 395 cod. proc. civ., che escludevano in modo esplicito che le sentenze potessero avere forza di legge (e operare *erga omnes* o *ultra partes*)<sup>32</sup>.

Tuttavia, quand'anche non si possa ritenere che la giurisprudenza sia diventata fonte del diritto nell'ambito del nostro ordinamento, questi fenomeni sono comunque rivelatori di tendenze e linee di sviluppo, soprattutto se si valutano nell'ambito di una prospettiva dinamica. In sostanza, se è vero che la storia delle esperienze giuridiche europee continentali si può riassumere, con una qualche schematizzazione, come storia dei rapporti tra giudici e legislatori<sup>33</sup>, si può dire che sia entrato in crisi il tradizionale modello codicistico (di derivazione illuministica) del c.d. *primato della legge*, secondo cui il solo compito del giudice era quello di conoscere la legge, poiché la creazione del diritto non poteva avvenire al di fuori del processo legislativo<sup>34</sup>. Il primato della legge aveva, infatti, come corollari non solo l'idea

---

rebbe solo di una addizione apparente, in quanto la Corte non potrebbe rimediare ad omissioni legislative creando la norma mancante, ma solo dichiarando la illegittimità di un silenzio, in quanto sia possibile trarre da esso una norma implicita preclusiva dell'applicabilità di altra norma, egualmente rintracciabile nel sistema. Secondo Lavagna, infatti, il tenore dell'art. 136 Cost. non consentirebbe alla Corte di configurare, costruire e applicare norme nuove, a meno che non si intenda forzare il sistema per attribuire alle decisioni delle Corti una vera e propria funzione legislativa. Sulle sentenze additive, infine, si vedano A.M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 63 ss. (secondo cui la dottrina aveva accolto con favore i nuovi orientamenti della Corte, di sicura ispirazione legalitaria, anche se non aveva avuto ancora modo di misurarne *funditus* la portata e l'ammissibilità); L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 – luglio 85)*, AA.VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, I*, cit., p. 299 ss.; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 241 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 170 ss.; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 409 ss.; A. Pugiotto, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale?*, cit., p. 163 ss.

<sup>29</sup> Sulla funzione "legislativa" delle Corti costituzionali insistono E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 15-16; S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 46 ss., 69-70, 117, 120. Si vedano, inoltre, F. Modugno, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1981, parte I, p. 1646 ss.; Id., *La Corte costituzionale italiana oggi*, cit., spec. p. 566 ss.; Id., *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1988, parte II, p. 16 ss.; Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, spec. p. 107 ss.

<sup>30</sup> Cfr. C. Cost., sent. nn. 113/1985 e 389/1989.

<sup>31</sup> Cfr. G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 88-89, 185-186, il quale ritiene il modello del giudice burocratico incompatibile con l'idea della giurisprudenza come fonte del diritto, in quanto, a suo avviso (ivi, p. 95, 185), l'esclusione di essa dalle fonti è la diretta conseguenza del principio della separazione dei poteri. Si veda, inoltre, L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 150 ss., secondo il quale negli ordinamenti di *civil law* il precedente costituito dalla giurisprudenza consolidata non ha qualità di fonte del diritto, ma nemmeno una mera autorità di fatto (o morale). Per una critica della giurisprudenza come fonte del diritto, si vedano, inoltre, L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, p. 97 ss.; V. Marinelli, *Ermeneutica giudiziaria*, cit., p. 91 ss., 240 ss.; Id., *Studi sul diritto vivente*, Napoli 2008, p. 197 ss.

<sup>32</sup> Cfr., in questo senso, L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 98; V. Marinelli, *Ermeneutica giudiziaria*, cit., p. 93; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 148; M. Barberis, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna 2008, p. 104; G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 119.

<sup>33</sup> Così A. de Nitto, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, cit., p. 89.

<sup>34</sup> Sulla crisi del modello codicistico, si soffermano N. Irti, *L'età delle decodificazione*, IV ed., Milano 1999; Id., *Codice civile e società politica*, Ristampa, Roma-Bari 2004, spec. p. 49 ss., 63 ss.; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, p. 75 ss.; V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 43 ss., 200-201; G.F. Ferrari, «*Civil law*» e «*common law*»: *aspetti pubblicistici*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 645 ss., spec. p. 663.

dell'onnipotenza del legislatore, ma anche che il giudice dovesse applicare e non interpretare la legge, e che la decisione giudiziaria avesse una configurazione di tipo sillogistico, in quanto mera dichiarazione della legge nel caso concreto<sup>35</sup>.

Che il potere giudiziario abbia assunto una centralità sconosciuta alle ricostruzioni dei classici del costituzionalismo moderno o alle costruzioni teoriche del positivismo giuridico ottocentesco – basti pensare, per esempio alla metafora di Montesquieu del potere giudiziario come potere nullo e del giudice come mera bocca della legge<sup>36</sup>, o all'idea del giudice-

---

<sup>35</sup> Sul primato della legge, si veda R. David, *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé*, cit., p. 238 ss.; F. Neumann, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, tr. it. a cura di G. Sivini, Bologna 1975, p. 245 ss.; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, spec. p. 35 ss., 49 ss., 223 ss.; C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica*, cit., p. 42 ss.; G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 285 ss.; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, 1, cit., spec. p. 237 ss., 252 ss., 296 ss.; Id., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Milano 2005, spec. p. 44 ss., 88 ss., 415 ss., 566 ss.; G. Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, II ed., Torino 1984, p. 87, 95 ss.; N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994, p. 83 ss.; Id., *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, III ed., Torino 1996, spec. p. 28 ss., 55 ss., 117 ss., 164 ss., 219 ss.; P. Stein, *I fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 134 ss.; R.C. van Caenegem, *Introduzione storica al diritto privato*, tr. it. a cura di M. Ascheri, Bologna 1995, p. 27 ss., 150-151, 159 ss.; Id., *I sistemi giuridici europei*, cit., p. 80 ss.; M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto*, cit., p. 368-369; A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 381 ss., 418 ss.; C. Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Ristampa, Roma-Bari 2000, p. 138 ss., 147 ss.; Id., *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Ristampa, Roma-Bari 2000, p. 5 ss.; A. de Nitto, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, cit., p. 111 ss., 170 ss.; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., spec. p. 107 ss., 214 ss., 311 ss.; P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2003, p. 7 ss., 58 ss.; Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, II ed., Milano 2005, spec. p. 27 ss., 88 ss., 134 ss.; Id., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 106 ss., 133 ss.; N. Irti, *Codice civile e società politica*, cit., p. 21 ss.; M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Ristampa, Roma-Bari 2005, p. 1 ss., spec. p. 14 ss., 26 ss.; L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., p. 801 ss.; F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 31 ss., 39 ss.; M. Kriele, *Diritto e ragione pratica*, tr. it. a cura di V. Omaggio, Napoli 2006, p. 79 ss.; F. Rigano, *Note sullo Statuto costituzionale del giudice comune*, cit., p. 102 ss.; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, p. 22 ss., 58 ss.; A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007, p. 410 ss., 432 ss., 460 ss.; M. Stolleis, *L'occhio della legge. Storia di una metafora*, tr. it. a cura di A. Somma, Roma 2007, p. 65 ss., 97 ss.; M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, II ed., Torino 2007, p. 273 ss.; Id., *Il codice e i codici: Code Napoléon, ABGB e BGB*, in Id. (a cura di), *Costituzioni e codici moderni. Saggi e lezioni*, Torino 2007, p. 61 ss.; M. Ascheri, M. Grilli, *Il codice e i codici: Code Napoléon, ABGB e BGB*, in M. Ascheri (a cura di), *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, Torino 2008, p. 115 ss.; P. Alvazzi del Frate, *Il Code Civil e l'interpretazione della legge*, ivi, p. 141 ss.; Id., *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari. Dall'assolutismo francese all'Italia repubblicana*, Roma 2009, spec. p. 30 ss., 55 ss.; D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., p. 121-122; M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2012, p. 174 ss., 225 ss.; G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 95 ss., 170-171, 177 ss.; G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 30 ss.

<sup>36</sup> Come è noto, nel cap. VI del Libro XI della sua opera più celebre, *De l'Esprit des Lois* (1748), nel teorizzare la separazione dei poteri, distinguendo tra potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario, Montesquieu parla di quest'ultimo come potere nullo e dei giudici come bocche che pronunciano le parole della legge, esseri inanimati a cui non è possibile graduarne né la forza né la severità. Cfr., in proposito, C.L. de Secondat de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, tr. it. a cura di B. Boffito Serra, Ristampa, Milano 1997, p. 314 e 317. Si vedamo, inoltre, F. Neumann, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, cit., p. 240-241, 260 ss.; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 262 ss., spec. p. 287 ss.; C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica*, cit., p. 40-41; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 145-146; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., p. 307 ss.; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, 2, cit., p. 117 ss. spec. p. 124 ss.; A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 394 ss.; V. Angiolini, *Diritti umani*, cit., p. 183 ss.

funzionario<sup>37</sup> – è un dato di fatto che mi sembra ormai innegabile: di conseguenza, il punto di riferimento per una ricostruzione realistica del ruolo del giudiziario oggi non è più Montesquieu<sup>38</sup>, bensì Alexander Hamilton, il quale aveva parlato di esso come potere meno pericoloso (*the least dangerous branch*) per i diritti sanciti dalla Costituzione, e come organo intermedio tra il popolo ed il corpo legislativo, allo scopo proprio di controllare che quest'ultimo rimanesse all'interno delle sue attribuzioni<sup>39</sup>.

## 1.2. I fattori che ne hanno comportato l'espansione

Il primo fattore che ha contribuito ad espandere i confini della giurisdizione rispetto gli altri poteri (*in primis*, quello legislativo) è l'avvento delle Costituzioni rigide e del sindacato di costituzionalità delle leggi<sup>40</sup>, che della rigidità è il necessario corollario<sup>41</sup>. Questa innovazio-

---

<sup>37</sup> Sulla figura del giudice-funzionario, di derivazione napoleonica, si vedano G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 51 ss.; C. Calvieri, *La responsabilità del giudice tra esercizio del potere giudiziario e ruolo «politico»-costituzionale*, cit., p. 598 ss.; P. Alvazzi del Frate, *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, cit., p. 41 ss.; N. Picardi, *Il diritto processuale civile in Italia nell'età dei codici*, in M. Ascheri, *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, cit., p. 213 ss.; Id., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 141 ss.; F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 32 ss., 46 ss.; J.P. Royer, *Histoire de la justice en France*, III ed., Paris 2001, p. 431 ss.; A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., spec. p. 10 ss., 37 ss., 70 ss., 94 ss.

<sup>38</sup> Si veda, in proposito, R. Bin, *Corte costituzionale e giudici ordinari*, cit., p. 42, ove rileva che nessuno ormai più sostiene che il giudice sia bocca della legge. Critici nei confronti dell'idea del giudice come *bouche de la loi* sono anche F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 13-14, 22 ss.; G. Calabresi, *Il mestiere di giudice*, cit., p. 110 ss.

<sup>39</sup> Sull'importanza delle tesi di Hamilton, si soffermano M. Fioravanti, *Limiti del potere e compiti della politica*, cit., p. 66; S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 106-107. Si veda, inoltre, Publius (A. Hamilton), *Il federalista n. 78*, in A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Il federalista*, tr. it. a cura di G. Sacerdoti Mariani, Torino 1997 p. 391 ss.

<sup>40</sup> Si vedano G. D'Alessio, *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., p. 155 ss.; A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., p. 55 ss.; M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto*, cit., p. 370 ss.; P. Pederzoli, *Magistratura e politica*, cit., p. 63 ss.; G. Greco, *Osservazioni sul recente disegno di legge di modifica dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 426 ss.; R. Greco, *Il giudice, la legge e la sovranità popolare*, ivi, p. 441 ss.; C. Guarnieri, *La magistratura in Italia*, cit., p. 59-60; D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., p. 120 ss.; L. Violante, *Magistrati*, cit., p. 48-49.

<sup>41</sup> Sul legame tra rigidità costituzionale e controllo di costituzionalità delle leggi, si veda G. D'Alessio, *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., p. 141-142, 146, 154-155, 173 ss., 179-180; E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 13-14; P. Pasquino, *Controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa*, cit., p. 39. Si veda anche L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., spec. p. 128 ss., ove rileva che la distinzione tra *Costituzioni forti* e *Costituzioni deboli* non coincide con quella tra *Costituzioni rigide* e *Costituzioni flessibili*: a suo dire, anche una Costituzione rigida può configurarsi come debole se non viene garantita da un sindacato giurisdizionale di costituzionalità delle leggi. Per Paladin (ivi, p. 134), «la base del carattere più o meno "forte" delle Costituzioni in esame, a partire da quella vigente in Italia, dev'essere dunque individuata nei "vari sistemi di giustizia costituzionale", che ognuna di esse configura. Il sindacato giurisdizionale sulla legittimità delle leggi rappresenta oggi, in altre parole, la chiave della supremazia spettante alla Costituzione, rispetto al complesso delle altre fonti normative». Tende a sfumare il legame tra rigidità costituzionale e sindacato di legittimità costituzionale V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., spec. p. 223-224, 256 ss., ove, pur rilevando che è il principio di legalità ad essere il fondamento della rigidità costituzionale così come della istituzione della Corte costituzionale, afferma che l'opinione secondo cui l'esserci o meno sindacato di costituzionalità delle leggi dipenda dall'esserci o meno una costituzione di tipo rigido, è solo *approssimativamente* esatta, per due ragioni: la prima è che storicamente vi sono stati molti esempi di costituzioni rigide senza sindacato di costituzionalità delle leggi; la seconda è che non si può escludere che vi possa essere un controllo giurisdizionale delle leggi anche in ordinamenti a costituzione flessibile. In senso simile, si veda anche C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 193 ss., secondo cui il rapporto tra rigidità e sindacato di costituzionalità, pur essendo ritenuto un assioma incontestabile da gran parte dei costituenti, non è di logica consequenzialità, ma di mera complementarità, essendo l'uno e l'altro preordinati alla realizzazione di una medesima finalità (garantire la supremazia della Costituzione). Critico nei confronti del legame tra rigidità

ne, infatti, non solo ha comportato l'istituzione di una nuova peculiare forma di giurisdizione (quella costituzionale), ma ha avuto esplicite ripercussioni sul sistema delle fonti del diritto e sulla loro interpretazione da parte dei giudici<sup>42</sup>. A partire dal secondo dopoguerra, infatti, si è determinato un vero e proprio cambio di paradigma nell'ambito delle forme di Stato, con il passaggio dallo Stato di diritto, imperniato sulla centralità della legge, allo Stato costituzionale, imperniato sulla primazia della Costituzione<sup>43</sup>: nell'affermare la propria preminenza, la

---

costituzionale e controllo di costituzionalità è, invece, M. Dogliani, *Teoria della Costituzione e giustizia costituzionale*, in P. Carnevale, C. Colapietro, *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, cit., p. 36 ss., spec. p. 45 ss., secondo cui la rigidità di una costituzione si fonda in primo luogo sul radicamento dei principi etico-politici che essa esprime. Sulla base di questa premessa, Dogliani critica la prospettiva che identifica esclusivamente la garanzia della rigidità con il controllo giurisdizionale di costituzionalità: a suo avviso, in questo modo si finirebbe per vedere nel controllo non una delle garanzie (ovverosia, un sostegno ad un qualcosa che già esiste per sé e che ha proprie cause e proprie fonti di effettività), ma il fattore determinante della rigidità stessa. Sul fatto che la garanzia della rigidità della Costituzione non sia più in grado da sola di giustificare le ragioni dell'esistenza degli organi di giustizia costituzionale, si soffermano A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 6-7, secondo i quali i Tribunali o le Corti costituzionali hanno l'originaria e prioritaria funzione della difesa non solo della rigidità costituzionale, ma anche della intangibilità del c.d. "nucleo duro" delle stesse.

<sup>42</sup> Si vedano A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., p. 55; Id., *Principali fattori evolutivi del sistema delle fonti del diritto italiano*, in E. Navarretta, A. Pertici, *Il dialogo tra le Corti*, cit., p. 19 ss.; F. Rigano, *Note sullo Statuto costituzionale del giudice comune*, cit., p. 107-108; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 3 ss.; D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., p. 120-121; F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 20 ss.

<sup>43</sup> Sul fondamentale cambio di paradigma che investe il costituzionalismo nel '900 si vedano M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna 1994, p. 315 ss.; E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 14-15; Id., *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna 2012, p. 49 ss., 79 ss.; P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino 1997, p. 26 ss.; Id., *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 21 ss., spec. p. 48 ss.; Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, p. 22 ss.; G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari 1999, spec. p. 119 ss., 160 ss., 175 ss., 278 ss.; A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 402 ss., 420 ss.; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari 1999, p. 50 ss.; Id., *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 349 ss.; M. La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli 2002, p. 165 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Ristampa II ed., Torino 2002, p. 39 ss.; Id., *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 124 ss.; Id., *Intorno alla legge*, cit., p. 117 ss.; R. Bin, *Lo Stato di diritto*, Bologna 2004, p. 45 ss.; P. Pasquino, *Controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa*, cit., p. 43 ss.; P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, tr. it. a cura di F. Politi e S. Rossi, Roma 2005; M. Barberis, *Filosofia del diritto: un'introduzione teorica*, II ed., Torino 2005, p. 27 ss.; Id., *Etica per giuristi*, Roma-Bari 2006, p. 148 ss.; G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Roma-Bari 2005, p. 6 ss.; M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, cit., p. 19 ss., 30 ss.; Id., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari 2009, p. 154 ss.; Id., *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in Id., *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari 2009, p. 3 ss., spec. p. 32 ss.; M. Kriele, *Diritto e ragione pratica*, cit., p. 91 ss.; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit. p. 1 ss.; P. Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo moderno. Appunti e fonti di storia del diritto pubblico*, Torino 2007, p. 9 ss., 74 ss.; A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 621 ss.; S. Rossi, *La costituzione dello Stato contemporaneo*, in M. Ascheri, *Costituzioni e codici moderni*, cit., p. 251 ss.; Id., *Norme costituzionali e costituzioni del secondo Novecento*, in M. Ascheri, *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, cit., p. 259 ss.; H. Hofmann, *La libertà nello Stato moderno. Saggi di dottrina della Costituzione*, tr. it. a cura di A. Carrino, Napoli 2009, p. 18 ss., 59 ss., 81 ss.; G. Azzariti, *Appunti per le lezioni*, cit., p. 137-138; Id., *Corte e democrazia*, cit., 119 ss.; G. Bianco, *Questioni e teorie sul costituzionalismo*, Torino 2012, p. 56 ss.; A. D'Andrea, *La prospettiva della democrazia costituzionale in Italia e in Europa*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, cit., vol. IV, p. 2265 ss., spec. p. 2268 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 8 ss.; G. Amato, *Le istituzioni della democrazia*, cit., p. 73 ss.; G. Laneve, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri*, cit., p. 145 ss.; G. Bognetti, *Scritti scelti*, cit., spec. p. 57 ss., 307 ss.; S. Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio*, cit., p. 45 ss., 74 ss.

Costituzione finisce per conferire una pari dignità alla giurisdizione e alla legislazione<sup>44</sup>, ponendo in essere le premesse perché il giudiziario divenga il soggetto privilegiato nel compito di concretizzazione della Costituzione e di affermazione dei diritti in essa contenuti<sup>45</sup>.

Le costituzioni del secondo dopoguerra si caratterizzano, infatti, per un doppio fondamento: da un lato, la limitazione del potere in funzione dei diritti, e, dall'altro, la sovranità popolare<sup>46</sup>. La presenza di questi due elementi realizza il modello chiamato «*democrazia costituzionale*»<sup>47</sup>, ma comporta anche un'ulteriore trasformazione, con l'emersione di una natura dualistica della dinamica costituzionale, e del correlativo ruolo delle Corti costituzionali<sup>48</sup>. L'affermazione della democrazia costituzionale ha comportato uno spostamento del baricentro dello scontro politico-democratico: dalla contrapposizione tra diverse parti politiche sulla necessità di una costituzione e sul valore da assegnargli, alla contrapposizione intorno alla sua interpretazione, alla maggiore adeguatezza dei giudici costituzionali rispetto a tutti gli altri attori costituzionali, ed agli effetti dell'interpretazione giudiziaria della costituzione<sup>49</sup>.

La centralità assunta dalla giurisdizione è tale per cui si è parlato di una «*giurisdizionalizzazione del diritto costituzionale*» proprio per indicare il fatto che oggi il diritto costituzionale non può più prescindere da una valutazione della giurisprudenza in materia di controllo di costituzionalità delle leggi<sup>50</sup>, anche se poi viene riconosciuto che esso comunque non può

---

<sup>44</sup> Sullo Stato costituzionale come forma di Stato caratterizzata dalla pari dignità costituzionale della giurisdizione e della legislazione si sofferma M. Fioravanti, *Per una storia della legge fondamentale in Italia*, cit., p. 32. Si veda, inoltre, G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 3, la quale insiste sul fatto che, nello Stato costituzionale, le aspettative di tutela non si rivolgano solo al circuito politico-rappresentativo, ma investano in misura massiccia anche il sistema giudiziario. Sulla mancata equiparazione, da parte della Rivoluzione Francese, del potere giudiziario con il Legislativo e con l'Esecutivo insistono F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 39; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, 2, cit., p. 416-417.

<sup>45</sup> Cfr. G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 5, la quale ritiene che nello Stato costituzionale la misura dell'apporto degli organi giurisdizionali all'inveramento delle norme costituzionali sia un questione cruciale. In senso simile, si veda F. Rigano, *Note sullo Statuto costituzionale del giudice comune*, cit., p. 108-109. Sul potere giudiziario come soggetto privilegiato nella concretizzazione della Costituzione insiste M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, II ed., Bologna 2004, p. 16 ss.

<sup>46</sup> Per l'affermazione dell'incompatibilità tra i due principi, si veda F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, tr. it. a cura di A.M. Petroni e S. Monti Bragadin, Milano 2000, p. 261: «*l'intera storia del costituzionalismo a partire da John Locke, che coincide con la storia del liberalismo, è la lotta contro la concezione positivista di sovranità, e quella affine di stato onnipotente*». Di avviso diverso, invece, è G. Azzariti, *Corte e democrazia*, cit., p. 120, secondo il quale ciò che vale a qualificare la democrazia moderna non tanto è la sovranità popolare, quanto sono le concrete modalità e i caratteri attraverso cui si determina la formazione della volontà politica. Di conseguenza, prosegue Azzariti (ivi, p. 121), oggi non si può più distinguere il piano della democrazia da quello della Costituzione: la democrazia costituzionale è divenuto il carattere storicamente assunto dalla democrazia *tout court*.

<sup>47</sup> Sulla democrazia costituzionale, oltre alla bibliografia già citata, si vedano G. Azzariti, *Corte e democrazia*, cit., p. 121 ss.; R. Bifulco, *Il dilemma della democrazia costituzionale* (9-10-2012), in *Rivista AIC* 2012, n. 4 (e in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, cit., vol. I, p. 81 ss.); G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, cit., p. 9 ss.

<sup>48</sup> Cfr., in proposito, G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, cit., p. 17. Sulla contraddittorietà tra i due elementi, si sofferma anche M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, in M. Fioravanti, *Il valore della Costituzione*, cit., p. 41 ss., secondo cui l'avvento dello Stato costituzionale ha prodotto una contraddizione via via più evidente, ponendo in conflitto tra loro le prerogative della rappresentanza politica con quelle della giurisdizione.

<sup>49</sup> Cfr. R. Bifulco, *Il dilemma della democrazia costituzionale*, cit., p. 9.

<sup>50</sup> Così G. Azzariti, *Appunti per le lezioni*, cit., p. 138. Nello stesso senso, si veda E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 17, che sottolinea come il diritto costituzionale abbia finito per assumere le caratteristiche di un diritto

essere integralmente riducibile entro una prospettiva giurisdizionale<sup>51</sup>. La primazia della Costituzione e la perdita della centralità della legge hanno però comportato un'enorme apertura di spazi alla giurisdizione<sup>52</sup>, poiché vengono introdotti vincoli ai poteri del legislatore<sup>53</sup>, limitato da un testo (la Costituzione) rispetto ai quali la legge positiva si viene a trovare in un situazione di subordinazione gerarchica simile a quella che aveva nei riguardi della *lex naturalis* nell'ambito delle visioni di tipo giusnaturalistico<sup>54</sup>.

La soggezione del giudice alla legge, infatti, vale solo quando questa sia stata approvata nel rispetto delle regole e dei principi costituzionali<sup>55</sup>: il giudice non può più essere considerato solo un mero applicatore dei suoi precetti, ma può anche sindacarla quando contra-

---

a prevalente impianto giurisprudenziale, in virtù della vastissima giurisprudenza prodotta dall'organo di giustizia costituzionale.

<sup>51</sup> Cfr. G. Azzariti, *Corte e democrazia*, cit., p. 143; Id., *Appunti per le lezioni*, cit., p. 138. Nega che l'attuazione della Costituzione possa essere soltanto giurisdizionale anche M. Fioravanti, *Per una storia della legge fondamentale in Italia*, cit., p. 32. Si veda, inoltre, M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., spec. p. 10-11; Id., *La magistratura nel disegno costituzionale*, cit., p. 1342, il quale distingue tra attuazione (attività che spetta esclusivamente al legislatore) e applicazione della Costituzione (attività che spetta, invece, alla giurisdizione).

<sup>52</sup> Si soffermano sull'aumentato ruolo delle costituzioni e degli organi di giustizia costituzionale A.A. Cervati, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (A proposito di alcune riflessioni della dottrina tedesca ed austriaca)*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano 1994, p. 55 ss.; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., spec. p. 124 ss., 131 ss., 272 ss.; Id., *Intorno alla legge*, cit., p. 117 ss., 303 ss., 337 ss.

<sup>53</sup> Si veda A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., p. 56-57. Sul superamento del dogma della onnipotenza del legislatore o del Parlamento – presunto erede legittimo del sovrano assoluto come titolare di sovranità – e sul necessario riferimento alla centralità della Costituzione come strumento di limitazione del potere anche legislativo si sofferma A. de Nitto, *In tema di norme di riconoscimento*, cit., p. 175. Cfr., infine, M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it* 2007, n. 16 (8-8-2007), p. 6, secondo cui lo Stato costituzionale di diritto presuppone e implica la crisi della legge, in quanto la legalità costituzionale non è la legalità legale in una sua diversa forma fenomenica, ma è una legalità diversa che si sovrappone alla prima.

<sup>54</sup> Sul paragone con il giusnaturalismo, insistono G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., spec. p. 84 ss., 129 ss., 154 ss.; M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. VIII-IX, 122-123. Si veda anche M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 318 ss., secondo il quale, con le costituzioni del secondo dopoguerra, il confine tra diritto positivo e diritto naturale (inteso non come diritto razionale, ma come morale sociale) viene sentito come molto problematico. Sulla rinascita delle tematiche giusnaturalistiche, infine, si vedano A. Baldassarre, *Miseria del positivismo giuridico*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrera*, vol. I, Torino 2005, p. 201 ss., spec. p. 204; M. Barberis, *Filosofia del diritto*, cit., p. 8 ss., spec. p. 14-15; Id., *Breve storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna 2004, p. 30 ss.; H. Hofmann, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, tr. it. a cura di G. Duso, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 123 ss.; G. Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, a cura di R. Dreier e S.L. Paulson, II ed., Heidelberg 2003, spec. p. 211 ss.; G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. 183 ss.; G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., p. 235 ss.; F. Neumann, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, cit., p. 151 ss.; G. Fassò, *Il diritto naturale*, II ed., Torino 1972, p. 77 ss., 141 ss.; H. Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale*, tr. it. a cura di G. De Stefano, Milano 1965, p. 333 ss.

<sup>55</sup> Cfr., in proposito, F. Rigano, *Note sullo Statuto costituzionale del giudice comune*, cit., p. 108, 117 ss.; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 67 ss., 86 ss., 149 ss. (ove parla di riconversione del principio della soggezione del giudice alla legge, con la conseguente convergenza parziale di fini tra giudici e Corte costituzionale); E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 92-93; G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 182-183, 186 (secondo cui ormai il principio della soggezione del giudice alla legge vale esclusivamente per l'avverbio *soltanto*, che esprime l'inconculcabile e insopprimibile esigenza di autonomia e indipendenza dei giudici). Sul ruolo dei principi costituzionali, inoltre, si veda M. Barberis, *Filosofia del diritto*, cit., p. 243 ss.

sti con la Costituzione, e può anche interpretarla alla luce dei principi costituzionali<sup>56</sup>. In sostanza, oggi il giudice deve ragionare su un doppio binario (la legge e la Costituzione)<sup>57</sup>: nel caso in cui la prima non sia in qualche modo conforme alla seconda, e gli strumenti dell'interpretazione non possano risolvere il contrasto, egli deve investire del problema un altro organo, la Corte costituzionale, la quale, pur essendo un organo giudiziario *sui generis*, rimane pur sempre un giudice<sup>58</sup>.

Tra i fattori che hanno determinato un ampliamento dei poteri del giudice, vanno annoverati anche i cambiamenti strutturali che hanno riguardato la legislazione nel XX secolo, con una perdita sempre più accentuata della sua generalità-astrattezza, e con una sempre maggiore lacunosità e decadenza della qualità del linguaggio, oltre che di un aumento esponenziale nella quantità<sup>59</sup>. Di mutamenti della funzione legislativa, a seguito dell'avvento dello Stato democratico, parlavano sin dal primo dopoguerra Franz Neumann e Harold Laski, ma è soprattutto a partire dal secondo dopoguerra che il fenomeno ha raggiunto dimensioni talmente consistenti da non essere più in discussione<sup>60</sup>. Alla crisi della legislazione, quindi, ha fatto da contraltare la maggior capacità della giurisprudenza di dare risposte, in quanto l'esercizio della funzione giurisdizionale porta il giudice ad avvertire, più di altri soggetti, i mutamenti verificatisi nella realtà sociale ed a percepire in modo immediato il sorgere di nuove esigenze di tutela nelle loro reali dimensioni<sup>61</sup>, tanto più quando la legislazione si rivela strut-

---

<sup>56</sup> Sulla compressione del principio della sovranità della legge, si vedano F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 23 ss.; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 65 ss.; R. Bin, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 53; Id., *Corte costituzionale e giudici ordinari*, cit., p. 38-39; P. Pasquino, *Controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa*, cit., p. 44; S.M. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Torino 2001, p. 138. Sulla relativizzazione dei testi ad opera della giurisprudenza, inoltre, si veda A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 423 ss.

<sup>57</sup> Così nuovamente R. Bin, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 57; Id., *Corte costituzionale e giudici ordinari*, cit., p. 39. Sul fatto che il giudice non possa ignorare la Costituzione nell'attività di interpretazione della legge insiste anche F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. XV, 23.

<sup>58</sup> Sulla caratterizzazione della Corte costituzionale come giudice insistono G. Azzariti, *Appunti per le lezioni*, cit., p. 134-135, 137, 140; V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 122; R. Bin, *Lo Stato di diritto*, p. 60. Sulla estraneità della Corte italiana al potere giudiziario insiste, invece, G.F. Ferrari, *The conceptual definition of the Constitutional Court in Italy*, cit., p. 1287-1288. Sulla forte connotazione di politicità dell'operato della Corte si sofferma, infine, F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., spec. p. 30 ss., 35 ss., 70 ss.

<sup>59</sup> Cfr., in tal senso, A. Giuliani, *Presentazione*, in C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica*, cit., p. XXVIII; A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 190 ss.; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 97-98; N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 5 ss.; V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 47 ss.; G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 182.

<sup>60</sup> Sulla crisi della legislazione, si vedano E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, tr. it a cura di C. Amirante, Milano 1973, spec. p. 23 ss., 101 ss.; Id., *Lo Stato della società industriale*, tr. it. a cura di A. Mangia, Milano 2011, spec. p. 109 ss., 148 ss., 160 ss.; F. Neumann, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, cit., p. 273 ss.; G. Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, cit., p. 87-88, 99 ss.; M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., p. 31 ss.; Id., *Giudici irresponsabili?*, cit., p. 10; D. Nocilla, F. Modugno, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e società* 1989, n. 3, p. 411 ss.; N. Irti, *L'età delle decodificazioni*, cit., spec. p. 31 ss., 94 ss., 115 ss., 159 ss., 203 ss.; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., spec. p. 3 ss., 215 ss.; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 2; F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. XV, 20; R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 38-39.

<sup>61</sup> Così A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 15. Sulla funzione di mediazione da parte del giudice insiste V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 50 ss.

turalmente incapace di dare risposte condivise<sup>62</sup>. È stato rilevato, a questo proposito, che la giurisdizione, ancora prima della stessa legislazione, esprime il travaglio della ricerca di soluzioni ragionevoli adeguate alle controversie<sup>63</sup>.

Un altro fattore che ha contribuito ad espandere notevolmente le attribuzioni del giudiziario è la globalizzazione economica, che ha messo in crisi la nozione di sovranità sulla quale si fondava la concezione ottocentesca del giudiziario, ponendo fine al monopolio statale della giurisdizione<sup>64</sup>. In sostanza, si è definitivamente spezzato il vincolo tra sovranità, territorio e giurisdizione<sup>65</sup>, tanto da fare ritenere parte della dottrina come problematico l'inserimento del giudiziario nell'ambito dei poteri dello Stato<sup>66</sup>. La tendenza alla denazionalizzazione è talmente evidente che si è ormai in presenza di tribunali e corti giudiziarie svincolate dalla sovranità statale e dotate di efficacia territorialmente non limitata. A questo proposito, si è parlato di una vera e propria proliferazione di corti<sup>67</sup>: la globalizzazione ha finito per creare organi giudiziari al di là dello Stato, svincolandoli quindi da un potere legislativo rimasto, invece, a livello nazionale.

In particolare è stato sottolineato il fatto che, non essendovi governi e parlamenti oltre gli Stati, ed essendovi, invece, nell'ambito dello spazio giuridico globale, una miriade di or-

---

<sup>62</sup> Cfr., a questo proposito, G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 182, il quale cita come esempi paradigmatici di inevitabilità degli interventi giudiziari i campi come la bioetica in cui il legislatore, a fronte di accesi dibattiti ideologici, omette di legiferare o legifera in base a scelte discutibili e non condivise.

<sup>63</sup> Così nuovamente A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 59.

<sup>64</sup> Si veda F. Rigano, *Note sullo Statuto costituzionale del giudice comune*, cit., p. 97, ove sottolinea l'incrinatura dei confini nazionali della statualità, entro cui la nozione di legalità era sorta ed era stata elaborata. Cfr., inoltre, N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 174 ss.; Id., *Il diritto processuale civile in Italia nell'età dei codici*, cit., p. 234 ss.; Id., *Pluralità di giurisdizioni nell'età della globalizzazione*, cit., p. 798 ss.; S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino 2009, p. 137 ss.

<sup>65</sup> Così N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 180; Id., *Pluralità di giurisdizioni nell'età della globalizzazione*, cit., p. 800. Sulle problematiche riguardanti la globalizzazione ed i rapporti tra diritto e territorio, si vedano G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, cit., p. 158 ss.; G. Rivoecchi, *Gli effetti dei processi di globalizzazione e di integrazione europea su costituzionalismo e costituzione: alcune riflessioni*, in *Diritto e cultura* 2002, n. 1-2, p. 123 ss.; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari 2002; L. Ronchetti, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli 2007; Id., *Territorio e spazi politici*, in B. Pezzini, S. Troilo (a cura di), *Il valore delle Autonomie: territorio, potere e democrazia. Atti del Convegno di Bergamo, 6-7 giugno 2014*, Napoli 2015, p. 3 ss.; L. Patruno, *Istituzioni globali e autonomia*, ivi, p. 33 ss.; D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Ristampa, Roma-Bari 2009, spec. p. 88 ss.; S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., spec. p. 17 ss., 31 ss.; F. Galgano, *Lex mercatoria*, V ed., Bologna 2010, spec. p. 239 ss., 273 ss.; I. Ciolli, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli 2010; A. Di Martino, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano 2010; G. Amato, *Le istituzioni della democrazia*, cit., p. 443 ss.; S. Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio*, cit., p. 61 ss.

<sup>66</sup> Si vedano nuovamente N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 183 ss.; Id., *Pluralità di giurisdizioni nell'età della globalizzazione*, cit., p. 800. Sulla mancanza di un vero e proprio ordine giuridico globale, e sulla contemporanea presenza di una serie di ordinamenti settoriali, insiste S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., p. 131 ss., che si sofferma, inoltre, su un'ulteriore caratteristica: l'assenza, nell'ambito dell'ordine giuridico globale, del diritto costituzionale, e la presenza degli elementi essenziali del diritto amministrativo. È in questo contesto che si inserisce, a suo avviso, il ruolo dei giudici (ivi, p. 149), che svolgono un'opera costituzionale di stabilire un tessuto connettivo tra regimi speciali, costruendo lentamente quella unità che manca. In senso simile, si veda anche Id., *I tribunali di Babele*, cit., p. 92 ss.; G. Amato, *Le istituzioni della democrazia*, cit., p. 446 ss.

<sup>67</sup> Cfr., in proposito, N. Picardi, *Pluralità di giurisdizioni nell'età della globalizzazione*, cit., p. 800 ss.; S. Cassese, *I tribunali di Babele*, cit., p. 4 e 8.

ganismi giudiziari e quasi giudiziari, tutto ciò comporta che siano questi ultimi ad essere i soli strumenti che consentano la cooperazione tra i vari ordinamenti giuridici: i giudici contribuiscono, perciò, a costituire l'unità di un ordine plurale<sup>68</sup>. Va precisato, tuttavia, che non sono mancate ricostruzioni le quali negano in modo esplicito che i processi di globalizzazione economica abbiano integralmente travolto la capacità regolatoria degli Stati<sup>69</sup>. La stessa giurisprudenza costituzionale ha dovuto prendere atto di questi fenomeni nell'ord. n. 428/2000: nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione, la Corte ha, infatti, parlato di un'imponente tendenza alla delocalizzazione della giurisdizione<sup>70</sup>.

Un quarto fattore che ha contribuito ad espandere le competenze del potere giudiziario sul piano globale è stato visto, infine, nella stessa crisi economica<sup>71</sup>. Dall'analisi di alcune sentenze, parte della dottrina ha tratto l'impressione che il potere giudiziario abbia agito come una vera e propria fonte di regolazione (inedita ed irritale), temperando gli effetti della crisi, ed attenuandone le conseguenze più deteriori nei confronti dei cittadini, e, più in generale, del sistema economico-sociale<sup>72</sup>. L'attività di supplenza da parte del potere giudiziario si

---

<sup>68</sup> Si vedano S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., p. 14, 143 ss.; Id., *I tribunali di Babele*, cit., p. 3 ss., 41 ss., 89 ss.

<sup>69</sup> In questo senso, si vedano I. Ciolli, *Il territorio rappresentato*, cit., p. 60 ss.; M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni moderne*, in *Rivista di diritto costituzionale* 1996, p. 124 ss.; Id., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., p. 2-3. Cfr., tuttavia, S. Cassese, *I tribunali di Babele*, cit., p. 100, secondo il quale il punto di forza, e, nello stesso tempo, di debolezza delle corti nell'arena globale, sta proprio nel fatto che la sovranità non viene completamente sottratta agli Stati, anche se poi si può comunque discutere sul fatto che una sovranità limitata non corrisponda più alle caratteristiche proprie della sovranità. Sulle limitazioni alla sovranità statale introdotte dal diritto globale, inoltre, si veda anche Id., *Il diritto globale*, cit., p. 49 ss.

<sup>70</sup> Sottolinea questo aspetto N. Picardi, *Pluralità di giurisdizioni nell'età della globalizzazione*, cit., p. 807.

<sup>71</sup> Sugli effetti della crisi, si vedano G. Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione tra due crisi*, in *Europa e diritto privato* 2011, n. 3, pp. 625 ss.; G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive. Atti del Convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (Firenze, 18 novembre 2011)*, Torino 2012; F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Napoli 2012; F. Angelini, *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in *Rivista AIC* 2012, n. 4 (30-10-2012); I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma 2012; G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna 2012; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli 2012; Id., *Crisi economico-finanziaria, globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a «La separazione dei poteri» di Gaetano Silvestri)*, in *Rivista AIC* 2015, n. 2 (1-5-2015); R. Bifulco, O. Roselli (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino 2013; C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it* 2014, n. 1 (25-3-2014); F. Bilancia, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in *Diritto pubblico* 2014, n. 1, p. 45 ss.; Id., *Crisi economica ed asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC* 2014, n. 2 (30-5-2014); G.G. Carboni, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, ivi (27-6-2014); A. Cerri, *La crisi economica e le prospettive europee*, in *Nomos* 2014, n. 2; G. Cerrina Feroni, *I diritti fondamentali tra crisi economico-finanziaria e vincoli dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, cit., Tomo II, p. 1657 ss.; E.A. Conde, *El derecho constitucional y la crisis*, ivi, Tomo III, p. 2157 ss.; F. Saitto, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Milano 2015, spec. p. 281 ss.; M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione Europea*, in corso di pubblicazione, spec. p. 39 ss., 115 ss. del dattiloscritto (i capitoli II e III).

<sup>72</sup> Cfr., in questo senso, D. Bifulco, *Il potere giudiziario*, in F. Angelini, M. Benvenuti, *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, cit., p. 359 ss., spec. p. 368 ss., ove cita come casi emblematici *SEC v. Bank of America* del 14 settembre 2009 (09 Civ. 6829 – JSR) e le indagini della Procura di Trani sulle agenzie di rating.

inserirebbe in un grande vuoto – quello rappresentato dall'inazione delle autorità di regolazione e dall'assenza di un intervento pubblico –, e sembrerebbe contraddire le ricostruzioni che vedono nella riduzione del monitoraggio efficace dell'attività economica da parte delle Corti un fenomeno irreversibile<sup>73</sup>.

Per quanto riguarda le giurisdizioni costituzionali, tuttavia, le questioni sono più complesse<sup>74</sup>. Se è vero che, da un punto di vista storico, la crisi economica del 1929 ha segnato il passaggio da una posizione di *judicial activism* ad una di *deferential review* – emblematico, in questo senso, fu il conflitto che oppose F.D. Roosevelt alla maggioranza della Corte Suprema statunitense nel biennio 1935-1936, superato dalla svolta giurisprudenziale del 1937, e dalla conseguente affermazione che le leggi in materia di regolazione economica godessero di una presunzione di costituzionalità<sup>75</sup> –, e se è vero che questo atteggiamento sembra ripetersi anche oggi<sup>76</sup> – basti pensare, per esempio, agli interventi della Corte italiana sulla legislazione anticrisi<sup>77</sup> –, è pur vero che la crisi economica ha profonde ripercussioni sulla dinamica costituzionale, legittimando, in funzione di efficace contrasto agli effetti socio-economici della crisi, processi di concentrazione del potere al centro, a scapito della periferia. In altri termini, la crisi legittima una lettura della ripartizione verticale del potere in chiave centralista<sup>78</sup>, talvolta in deroga esplicita al riparto di competenze tra i diversi livelli territoriali

---

<sup>73</sup> Così nuovamente D. Bifulco, *Il potere giudiziario*, cit., p. 373-374, ove critica l'analisi di Ugo Mattei.

<sup>74</sup> Si vedano, in proposito, C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, cit., p. 8 ss.; Id., *Prime pronunce delle Corti costituzionali sulle misure di contrasto alla crisi dell'eurozona. Un bilancio critico*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, cit., Tomo III, p. 2263 ss.; F. Saitto, *La 'solitudine' delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Diritto Pubblico* 2016, n. 1, p. 421 ss.; M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione*, cit., spec. p. 77 ss., 139 ss. 164 ss. del dattiloscritto (§§ 3.9 Capitolo II; 4 e 5.2 Capitolo III).

<sup>75</sup> Sulla contrapposizione tra Roosevelt e la Corte Suprema, e sul suo superamento, si vedano S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit. p. 304-305; B. Cushman, *The Jurisprudence of the Hughes Court: the Recent Literature*, in *Notre Dame Law Review* 2014, vol. LXXXIX, n. 5, pp. 1929 ss.; S.R. Olken, *The Decline of Legal Classicism and the Evolution of New Deal Constitutionalism*, ivi, pp. 2051 ss., spec. p. 2069 ss.; A. Ridolfi, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, cit., p. 2; S. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, cit., p. 88-89; G. Bognetti, *I diritti fondamentali tra giudiziario e legislativo nell'ordinamento degli Stati Uniti*, cit., p. 1074 ss.

<sup>76</sup> Cfr., tuttavia, S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., spec. p. 158, 195 ss., 251, 294 ss., 301 ss., secondo cui proprio negli ultimi anni la nostra Corte sarebbe passata da una posizione di *judicial modesty* ad una decisamente più attivista: tra le cause di questo attivismo (ivi, p. 301) spiccherebbe l'aggravarsi della crisi del nostro sistema politico. In questa ottica si potrebbero forse leggere le recenti sentenze in cui la Corte ha manifestato un attivismo quasi senza freni (basti pensare, per esempio, a C. Cost. sent. nn. 1/2014, 238/2014 e 70/2015).

<sup>77</sup> Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di crisi economica, si vedano A. Dominici, *Corte costituzionale e crisi economica: analisi della recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di legislazione anticrisi*, in *Gazzetta amministrativa della Repubblica italiana* 2011, n. 4, p. 22 ss.; M. Benvenuti, *La Corte costituzionale*, in F. Angelini, M. Benvenuti, *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, cit., p. 375 ss.; Id., *Brevi considerazioni intorno al ricorso all'argomento della crisi economica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2013, n. 2, p. 969 ss.; Id., *Brevi annotazioni critiche intorno a una recente pronuncia della Corte costituzionale in tema di fondi a destinazione vincolata, stabiliti con legge statale in materia di trasporto pubblico locale, anche ferroviario*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2013, n. 6, p. 4391 ss.; F. Saitto, *La Corte conferma la "regola dell'eccezione" in materia di fondi vincolati tra inattuazione dell'art. 119 e "imperiose necessità sociali"*, ivi, p. 4400 ss.; Id., *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e regioni*, in *Rivista AIC* 2012, n. 4 (12-12-2012).

<sup>78</sup> Sugli effetti che la crisi ha avuto sulle autonomie territoriali italiane, oltre alla bibliografia citata, si vedano F. Covino, *Le autonomie territoriali*, in F. Angelini, M. Benvenuti, *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, cit., p. 333 ss.; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi*, cit., p. 109 ss.; F. Bilancia, *Spending review*

previsto dalla stessa Costituzione, e, in questo contesto, i custodi dei nuovi equilibri sono proprio le giurisdizioni costituzionali<sup>79</sup>.

## 2. Il dialogo tra Corti a livello nazionale

### 2.1. Premesse

Di dialogo tra Corti si è parlato, in primo luogo, a proposito dei rapporti tra giudice costituzionale e giudici comuni, in virtù delle peculiarità del nostro sistema di controllo di costituzionalità delle leggi<sup>80</sup>, la cui gestazione è stata oggetto di un compromesso tra i fautori di un controllo accentrato ed i fautori di un controllo diffuso<sup>81</sup>. In effetti, il sistema italiano si colloca quasi a metà strada tra il *judicial review* statunitense e la *Verfassungsgerichtsbarkeit*

---

e pareggio di bilancio, cit., p. 73 ss.; M. Cammelli, *Regioni e regionalismo 1948-2013*, Napoli 2014, p. 46 ss.; S. Troilo, *Il declino del valore delle autonomie locali: una tendenza non solo italiana*, in B. Pezzini, S. Troilo, *Il valore delle autonomie*, cit., p. 209 ss.; G. Bucci, *La compressione delle autonomie socio-politiche nella combine tra Stato-governo e mercati*, ivi, p. 257 ss.; A. Catelani, *Crisi economica e finanza delle autonomie territoriali*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, cit., Tomo I, p. 785 ss.; C. Salazar, *Regioni ordinarie, federalismo fiscale e giurisprudenza costituzionale: notazioni all'epoca della crisi*, ivi, p. 889 ss.

<sup>79</sup> Sia consentito il rinvio ad A. Ridolfi, *La Corte costituzionale continua (giustamente) a non prendere sul serio il federalismo demaniale: osservazioni a proposito della sentenza n. 22/2013*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (4-8-2014), spec. p. 13-14. Per un'analisi della ricentralizzazione operata dalla giurisprudenza costituzionale, inoltre, si vedano M. Belletti, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale. Tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Roma 2012, spec. p. 188 ss.; G.G. Carboni, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, cit., p. 13 ss.; R. Bifulco, A. Celotto, *Corte costituzionale e materie*, in Id. (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001. Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze tra Stato e Regioni 2001-2014*, Napoli 2015, p. XI ss.; V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, cit., p. 194 ss.

<sup>80</sup> Sul nostro sistema di giustizia costituzionale, oltre alla bibliografia precedentemente citata, si vedano V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, II*, cit., spec. p. 219 ss.; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., spec. p. 22 ss., 35 ss., 56 ss., 68 ss.; G. Azzariti, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, II Ristampa, Torino 2000, p. 231 ss., 307 ss.; Id., *Appunti per le lezioni*, cit., p. 143 ss.; A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, in S. Cassese (a cura di), *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, Milano 2002, p. 1325 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 37 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 31 ss.; A. Celotto, *La Corte costituzionale*, Bologna 2004; F. Lanchester, *Sulla natura e i compiti della Corte costituzionale*, in S. Rodotà, *Diritto e culture della politica*, cit., p. 56-57; M. Luciani, *Suggerimenti anglosassoni e modelli continentali nel costituzionalismo italiano*, ivi, p. 58 ss.; V. Onida, *I dibattiti della Costituente*, ivi, p. 61 ss.; E. Cheli, *Modello originario e vicende storiche della Corte costituzionale*, ivi, p. 53 ss.; Id., *Nata per unire*, cit., p. 107 ss.; L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., p. 37 ss.; A. Celotto, F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, II ed., Torino 2010, p. 659 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 49 ss.; A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 197 ss.; C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 69 ss.

<sup>81</sup> Sulla gestazione dell'organo di giustizia costituzionale in sede di Assemblea Costituente, si vedano G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 317 ss.; A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, p. 1326 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 34 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 28 ss.; C. Rodotà, *Corte costituzionale e cultura politica in Italia*, in S. Rodotà, *Diritto e culture della politica*, cit., p. 48 ss.; A. Celotto, *La Corte costituzionale*, cit., spec. p. 26 ss., 37 ss.; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004, p. 29 ss., 115 ss.; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 5 ss.; C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., spec. p. 1 ss., 99 ss., 127 ss., 165 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 31 ss.; G. Laneve, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri*, cit., p. 187 ss.

kelseniana<sup>82</sup>, e postula un continuo dialogo tra la Corte e l'autorità giudiziaria, poiché i giudici comuni sono i più diretti interlocutori della Corte, in virtù del fatto che sono, nello stesso tempo, i promotori ed i destinatari immediati delle pronunce costituzionali<sup>83</sup>. Manifestazioni emblematiche di questo dialogo sono, da un lato, la c.d. «dottrina del diritto vivente»<sup>84</sup>, e, dall'altro, la c.d. «interpretazione conforme»<sup>85</sup>. Il dialogo si realizza perché la Corte sollecita i

---

<sup>82</sup> Sulla *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, si vedano M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 92 ss., 105 ss.; F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, cit., p. 544 ss.; A. Giovannelli, *Alcune considerazioni sul modello della «Verfassungsgerichtsbarkeit» kelseniana, nel contesto del dibattito sulla «funzione politica» della Corte costituzionale*, ivi, p. 381 ss.; B. Caravita, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi, I. La Corte Costituzionale Austriaca*, Padova 1985, p. 57 ss., 149 ss.; G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milano 1998, p. 194 ss.; Id., *Stato di diritto e giustizia costituzionale. Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, in P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 317 ss., spec. p. 336 ss. G. Gozzi, *Democrazia e diritti*, cit., p. 63 ss.; G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., p. 153 ss.; L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., p. 30 ss.; C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., spec. p. 3 ss., 27 ss.; G. Laneve, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri*, cit., p. 171 ss.

<sup>83</sup> In tal senso, si vedano A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 192; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 33. Sul modello italiano come *tertium genus* tra il *judicial review* statunitense e la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana insistono M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 97 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, II*, cit., p. 262 ss.; E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 18-19, 29 ss., 45 ss., 106 ss.; Id., *Modello originario e vicende storiche della Corte costituzionale*, cit., p. 53-54; Id., *Nata per unire*, cit., p. 110-111; G. Azzariti, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, cit., p. 283 ss., 309 ss.; M. Luciani, *Suggerimenti anglosassoni e modelli continentali nel costituzionalismo italiano*, cit., p. 58; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 131 ss. (ove parla di ibridazione tra i due modelli); V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 118 ss.

<sup>84</sup> Sul diritto vivente, si vedano A. Anzon, *La Corte Costituzionale e il «diritto vivente»*, in AA.VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, I*, Padova 1985, p. 1 ss.; G. Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno (Trieste, 26-28 maggio 1986)*, Milano 1988, p. 97 ss.; A. Pugiotto, *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente: le origini. Dottrina e giurisprudenza costituzionale (1956-1965)*, Ferrara 1989; Id., *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano 1994; Id., *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale*, cit., p. 161-162; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 141 ss.; A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 445 ss.; A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 1341; Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 144-145, 183, 221 ss., 237 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 235 ss., 255 ss.; C. Salazar, *La magistratura*, Roma-Bari 2002, p. 67-68; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 183 ss.; V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 171 ss.; A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 58 ss.; G. Azzariti, *Appunti per le lezioni: Parlamento, Presidente della Repubblica, Corte costituzionale*, Torino 2010, p. 178-179; A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 229 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 322 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 368 ss.; T. Guarnier, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 139 ss., 161 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 157 ss.; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 164 ss., 362 ss.

<sup>85</sup> Sull'interpretazione conforme, si vedano A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 434 ss., 440 ss.; R. Romboli, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, cit., p. 29 ss.; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., spec. p. 106 ss., 140 ss., 209 ss.; M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, cit., p. 5 ss.; Id., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali IX*, Milano 2016, p. 391 ss.; R. Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. Carnevale, C. Colapietro, *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, cit., p. 89 ss.; V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 140 ss.; F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 77 ss., 190 ss.; Id., *Sull'interpretazione costituzionalmente conforme*, in A. Cerri, P. Häberle, I.M. Jarvad, P. Ridola, D. Schefold, *Il diritto tra interpretazione e storia*, cit., tomo III, p. 315 ss.; Id., *Inammissibilità della quaestio legitimatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2009, n. 4, p. 2405 ss.; G.U. Rescigno, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, ivi, p. 2412 ss.; M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione*

giudici comuni ad interpretare la legge in modo conforme alla Costituzione, e richiede la loro collaborazione in modo che la norma legislativa applicabile non sia incostituzionale<sup>86</sup>. È comunque discusso in dottrina se il dialogo tra la Corte costituzionale ed i giudici comuni comporti o meno il definitivo abbandono del modello di sindacato accentrato, a favore di un modello di tipo diffuso<sup>87</sup>.

---

*conforme e tecniche argomentative. Atti del Convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Torino 2009; A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., spec. p. 269 ss.; A. Longo, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta Online* 2011 (12-12-2011); E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 322 ss.; F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 43 ss., 135 ss.; I. Ciolli, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC* 2012, n. 1 (28-3-2012); E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 57, 87 ss.; G. Laneve, *Non terminare l'opera vale quanto non averla iniziata: la Corte alza l'asticella e l'interpretazione conforme continua a mietere vittime*, in *Federalismi.it* 2012, n. 6 (21-3-2012); Id., *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in B. Caravita (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti. Atti del Convegno di Roma, Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione 11 luglio 2011*, Napoli 2012, p. 3 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 293-294, 340 ss., 387 ss.; G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, cit., p. 25 ss., 45 ss.; V. Piccone, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in R. Cosio, R. Foglia, *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, cit., p. 277 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 207 ss.; A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema dei sistemi" come problema*, in *Rivista AIC* 2014, n. 2 (30-5-2014); G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 158 ss., 348 ss.

<sup>86</sup> Cfr., in questo senso, F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 190-191. Su interpretazione conforme e dialogo tra istanze giurisdizionali si sofferma anche A. Longo, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, cit., p. 43. Sull'interpretazione conforme come strumento che ha finito per ammettere i giudici comuni nell'area riservata dell'interpretazione costituzionale insiste T. Guarnier, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 142-143. Diversa è, invece, la ricostruzione di G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 183-184, secondo cui, in questo modo, al controllo sulla validità della legge spettante alla Consulta, si affiancherebbe un controllo di giustizia da parte del giudice ordinario. Si veda, tuttavia, F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della costituzione*, cit., p. 44, secondo cui il parlare di un controllo di primo grado da parte del giudice *a quo* rispetto a quello successivo compiuto dalla Corte rischia di svuotare il senso del sindacato accentrato. Ancora diversa è, infine, la prospettiva di V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 98 ss., che parla di una molteplicità dei livelli di controllo di legittimità costituzionale, nozione tra cui rientrerebbe anche il giudizio di legittimità costituzionale, il quale, a sua volta, non sarebbe solo quello dinanzi alla Corte costituzionale, ma, prima ancora, quello di competenza del giudice comune. A suo dire (ivi, p. 186 ss.), il controllo di costituzionalità multilivello è strettamente collegato al carattere rigido della Costituzione, e ne realizza una conseguenza naturale. Su interpretazione conforme e diritto vivente come meccanismi che servono a ridurre il rischio di divaricazione tra le sfere della legalità costituzionale e quella della legalità legale insiste, infine, M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, cit., p. 7.

<sup>87</sup> Di un modello accentrato ad iniziativa diffusa parlano G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 11-12; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 9 ss., 320 ss.; R. Romboli, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, in E. Navarretta, A. Pertici, *Il dialogo tra le Corti*, cit., p. 25 ss. (secondo cui il formarsi di un'efficace sinergia tra la Corte costituzionale ed i giudici ha finito per fare quasi scomparire le differenze tra sindacato accentrato e sindacato diffuso). Critico è anche S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 163, secondo il quale la scelta operata a favore del modello europeo di *Verfassungsgerichtsbarkeit* rispetto a quello statunitense di *judicial review* rende più difficile il rapporto tra la Corte costituzionale ed i giudici comuni, nel senso che esclude un intervento della prima nei confronti dei secondi quale giudice dell'impugnazione, e tiene diviso il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi dalla trattazione dei casi della vita che spettano ai magistrati giudicanti. Di *horror* per il sindacato diffuso, prevale sin dalla sentenza n. 1/1956, in perfetta coerenza con le basi teoriche del modello kelseniano di sindacato accentrato parla P. Ridola, *Intervento alla tavola rotonda*, in *Federalismi.it* 2012, n. 5 (7-3-2012), p. 3. Si veda anche C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 98 ss., che, partendo dalla constatazione della netta separazione tra la sfera della legge e quella della Costituzione, nega che gli aspetti di controllo diffusi connessi al meccanismo incidentale di controllo di costituzionalità debbano essere considerati manifestazione, sia pure deformata, del puro principio di supremazia costituzionale, poiché la contemporanea esistenza di due tipi di legittimità non soltanto comporta un'attenuazione sensibile del profilo gra-

A questo proposito, è stato giustamente rilevato che non vi è alcun monopolio dell'interpretazione costituzionale a favore dell'organo di giustizia costituzionale, così come, d'altra parte, non vi è un monopolio dell'interpretazione della legge a vantaggio dell'autorità giudiziaria<sup>88</sup>, ma entrambi collaborano, seppur da differenti punti di vista, al medesimo obiettivo: così come la Corte non può fare a meno di interpretare le disposizioni della legge ordinaria, delle quali deve giudicare la legittimità costituzionale, così altrettanto i giudici comuni debbono poter interpretare le disposizioni costituzionali<sup>89</sup>. Il giudice comune, infatti, partecipa al processo ermeneutico di adeguamento della legge ordinaria ai principi costituzionali, pur se la dichiarazione di incostituzionalità di una norma legislativa resta di esclusiva competenza del giudice delle leggi<sup>90</sup>. Per dirla in altri termini, la Corte costituzionale rifiuta l'idea dell'esercizio di un potere monopolistico nel raffronto tra ordinamento e Costituzione, e divie-

---

dualistico del sistema delle fonti, ma rende improponibile un modello di sindacato sulle leggi di tipo diffuso (ivi, p. 106). Di un sistema misto sotto diverse visuali parlano A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 214, 252 ss.; L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., p. 40. Di una Corte più marshalliana che kelseniana parla, infine, S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 53, 64, 81-82, 97-98, 110, 130.

<sup>88</sup> Per una critica della tesi – formulata dal Presidente De Nicola –, secondo la quale la Corte costituzionale sarebbe stata la vestale della Costituzione, mentre la magistratura la vestale della legge, si vedano A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 88 ss.; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 50 ss., 89; G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, cit., p. 47-48; C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 234-235 (che vede in essa una delle manifestazioni tipiche di quella concezione della legge e della Costituzione come due compartimenti stagni). Una diversa ricostruzione è, invece, quella di A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 158, secondo cui la divisione dei ruoli tra giudici e Corte comporterebbe che ai primi venga affidata in via preminente l'interpretazione della legge, mentre alla seconda in via preminente l'interpretazione della Costituzione. Nega che la Corte sia l'unico interprete della Costituzione anche I. Ciolli, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 2, pur soggiungendo, tuttavia, che ne è l'interprete privilegiato. Nega ugualmente che si possa parlare di un monopolio interpretativo da parte della Corte costituzionale F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. XV, 41 ss., 146-147, secondo la quale l'assunto della Corte costituzionale come interprete specifico, contrapposta ai giudici comuni come interpreti non specifici, non è condivisibile, soprattutto se ci si sofferma sul fatto che la specificità dell'interpretazione resa dalla Corte non sarebbe rilevante di per sé, in relazione al soggetto agente, ma solamente perchè l'ordinamento riconosce alle sue decisioni un'efficacia vincolante: a suo avviso (ivi, p. 46), è la stessa Corte costituzionale a non volere ricoprire il ruolo di interprete privilegiato, che, invece, ritiene di dover condividere con i giudici comuni. Il mancato monopolio della Corte, così come la scelta della Corte di obbligare i giudici a una collaborazione in via interpretativa emergerebbe, a maggiore ragione, dalla categorica esclusione che le possa essere sottoposto un mero dubbio interpretativo (ivi, p. 146-147, ove vengono citate a suffragio di questa tesi C. Cost., dec. nn. 90 e 150 del 2009; 105, 197, 219, 322 e 363 del 2010). Di un monopolio interpretativo in capo alla Corte sino agli anni Novanta parlano, invece, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 323. Della Corte come interprete privilegiato della Costituzione parla R. Romboli, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, cit., p. 25.

<sup>89</sup> In questo stesso senso, S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 161. Si veda anche A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 186, secondo cui il giudice comune, per la sua collocazione istituzionale e la sua *forma mentis*, dovrebbe essere in grado di individuare soluzioni ragionevoli ed interpretare le leggi in modo conforme a costituzione, mentre la Corte Costituzionale, nell'esercitare il proprio sindacato di legittimità costituzionale, non può non tener conto degli orientamenti della giurisprudenza dei giudici comuni.

<sup>90</sup> Si vedano A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 445 A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 194. Diversa è la prospettiva di A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 255, secondo i quali, pur essendo esagerato parlare di duopolio tra Corte e giudici in materia di invalidità delle leggi, occorre riconoscere che, nell'accertamento di questa invalidità, la Corte ha ormai solo un monopolio parziale. Sul rifiuto in Assemblea Costituente di affidare alla sola autorità giudiziaria il controllo di costituzionalità delle leggi, si veda E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 8 ss.

ne fautrice dell'idea che il pluralismo dei principi si possa realizzare nel rispetto del pluralismo interno del potere giudiziario<sup>91</sup>.

Si è parlato a questo proposito della Corte costituzionale e dei giudici comuni come di due fratelli separati dalla nascita<sup>92</sup>, che, dopo una lunga separazione, si sono ritrovati<sup>93</sup>, dando vita ad un unico grande potere giudiziario, al cui interno si distinguerebbero tra loro solo per la diversità delle funzioni espletate<sup>94</sup>. In particolare, si è parlato di un'efficace sinergia tra questi due soggetti<sup>95</sup>, se non addirittura di una vera e propria interdipendenza funzionale, operante in entrambi i sensi<sup>96</sup>. Va anche detto, tuttavia, che, con riferimento all'ultimo decennio, la diminuzione del numero delle questioni di legittimità in via incidentale, e, di converso, l'enorme aumento delle questioni in via principale<sup>97</sup>, hanno fatto parlare alcuni studiosi anche di un difficile dialogo tra la Corte ed i giudici comuni, nonché di una diminuzione del peso della Consulta nel sistema politico-costituzionale, in quanto una delle condizioni per cui la Corte riesce a dominare l'evoluzione costituzionale è che vi sia un costante afflusso di questioni di costituzionalità<sup>98</sup>.

D'altra parte, ancor prima dell'entrata in carica dell'organo di giustizia costituzionale, parte della dottrina aveva acutamente rilevato che il giudice comune, pur essendo incompetente a pronunciare l'illegittimità costituzionale di una legge, aveva comunque una certa competenza in ordine alla interpretazione ed applicazione della Costituzione, in quanto gli era consentito di rigettare come manifestamente infondata una pregiudiziale di incostituzionalità: decidendo di non sottoporre una disposizione legislativa al giudizio della Corte Costituzionale, il giudice comune ne veniva a dare, perciò, un'interpretazione conforme a ciò che,

---

<sup>91</sup> Così E. Navarretta, *Introduzione*, in E. Navarretta, A. Pertici, *Il dialogo tra le Corti*, cit., p. 13 ss.

<sup>92</sup> Cfr., in proposito, E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 20 ss.

<sup>93</sup> In questo senso, E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 25 ss.

<sup>94</sup> Così E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 28. In senso simile, si veda F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 138.

<sup>95</sup> Cfr., in questo senso, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 321.

<sup>96</sup> Cfr. nuovamente E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 37 ss.

<sup>97</sup> Sull'aumento della conflittualità tra Stato e Regioni in virtù della revisione costituzionale del 2001, si soffermano G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 49-50; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 251-252; R. Bifulco, A. Celotto, *Corte costituzionale e materie*, cit., p. XIV; S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 38-39, 45, 47, 68-69, 85, 96, 101, 128, 135 ss., 146-147, 149, 155, 161-162, 166 ss., 172-173, 180 ss., 190-191, 199-200, 204-205, 207 ss., 233-234, 239, 244, 269-270, 290, 293-294, 300-301; A. Ridolfi, *La Corte costituzionale continua (giustamente) a non prendere sul serio il federalismo demaniale*, cit., p. 1-2; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 261-262; I. Sigismondi, *La riforma del giudizio di costituzionalità in via principale, nell'ambito della revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione*, in F. Modugno, P. Carnevale (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, IV. Ancora in tema di fonti del diritto e rapporti Stato-Regione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Napoli 2008, p. 337 ss., spec. p. 363 ss.; L. Ronchetti, N. Viceconte, *La giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Quarto rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia*, a cura di A. D'Atena, Milano 2007, p. 133 ss.; G. Ceracchio, *Profili "quantitativi" del contenzioso costituzionale*, ivi, p. 123 ss.

<sup>98</sup> Così S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 63-64, 97-98, 166, 169, 176 ss., 191, 199-200, 207-208, 293. In senso simile, si veda M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, cit., p. 8-9. Di diverso avviso è, invece, A. Pugiotto, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale?*, cit., p. 157-159, secondo cui quel che andrebbe preso in considerazione non tanto il dato quantitativo, quanto, piuttosto, il dato qualitativo. Sui rapporti difficili tra le Supreme Corti (Corte costituzionale e Corte di Cassazione), si vedano anche A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 160 ss.

a suo giudizio, era il significato della Costituzione<sup>99</sup>. Va detto, inoltre, che la Corte Costituzionale, anche nei momenti immediatamente successivi alla sua entrata in carica – momenti in cui cercò di affermare e consolidare il suo monopolio in ordine al sindacato di legittimità costituzionale delle leggi<sup>100</sup> –, non ha mai chiuso definitivamente la porta a un'applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni<sup>101</sup>: contro tale ricostruzione non solo ostano tutti i casi in cui questi ultimi hanno applicato direttamente i precetti costituzionali – basti pensare, per esempio, alle numerose sentenze della Cassazione in materia di diritto alla salute<sup>102</sup>, o, per rimanere sempre nell'ambito dell'art. 32 Cost., al caso di Eluana Englaro<sup>103</sup>, o alle pronunce in cui è stata data immediata applicazione all'art. 36 Cost. o all'art. 40 Cost.<sup>104</sup>, ed a molti altri casi<sup>105</sup> –, ma anche la constatazione che ben difficilmente si può leg-

---

<sup>99</sup> Cfr., in proposito, S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 147-148, ove riprende le tesi espresse da Garbagnati. Di una giurisdizione costituzionale non completamente riservata alla Corte, ma attribuita in virtù preliminare agli altri giudici, a cui apparteneva l'esame relativo alla manifesta infondatezza, parlava C. Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*, Milano 1957 (e in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, cit., p. 529 ss.). Di una partecipazione, anche se in senso debole, dell'ordinamento giudiziario all'adeguamento delle leggi ordinarie alle disposizioni della costituzione parla A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 434. Diversa è, invece, la prospettiva di G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 134 ss., la quale, pur sottolineando la vaghezza e la genericità delle espressioni «rilevanza» e «non manifesta infondatezza», ritiene che la chiara indicazione di competenza che si ricava è nel senso che spettano alla cognizione del giudice delle leggi tutte le questioni sulla compatibilità della legge con la Costituzione seriamente prospettabili, a maggiore ragione se si compara il sistema italiano con il sistema della *verfassungskonforme Auslegung*. D'altra parte, tuttavia, la stessa Sorrenti ammette (ivi, p. 151 ss.) come vi sia un forte divario tra le elaborazioni iniziali della dottrina sulla «manifesta infondatezza» e gli orientamenti concreti della giurisprudenza. Sulla distinzione tra sistema tedesco e sistema italiano di controllo di costituzionalità delle leggi insiste anche M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, cit., p. 9. Di natura ancipite del giudizio di costituzionalità parla, infine, V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 121 ss.

<sup>100</sup> Cfr., in tal senso, S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 417-418.

<sup>101</sup> Cfr., in questo senso, E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 82 ss., secondo cui l'organo accentrato di costituzionalità ha sempre avallato, incoraggiato, appoggiato, sostenuto qualsiasi iniziativa autonomamente presa dall'autorità giudiziaria come se servirsi della Costituzione per decidere le questioni concrete fosse da considerarsi sempre un bene di per sé. Sull'applicazione diretta della Costituzione, inoltre, si veda F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 73 ss., 96 ss., 117 ss.

<sup>102</sup> Si vedano Cass. civ., sez. un., sent. 21 marzo 1973, n. 796; Cass. civ., sez. un., sent. 9 marzo 1979, n. 1463; Cass. civ., sez. un., sent. 6 ottobre 1979, n. 5172; Cass. civ., sez. un. 20 febbraio 1992, n. 2092; Cass., sez. III, sent. 27 luglio 2000, n. 9893; Cass. civ. sez. un., sent. 1 agosto 2006, n. 17461; Cass. civ., sez. III, sent. 9 febbraio 2010, n. 2847. Su questa giurisprudenza, si vedano S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 182 ss.; F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 105 ss.

<sup>103</sup> Sul caso Englaro, rinvio a S. Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio*, cit., p. 72-73; B. Vimercati, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano 2015, p. 106 ss.; R. Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., p. 40-41, 163 ss.; L. Gaudino, *L'ultima libertà. Scelte di fine vita: le opinioni, il panorama internazionale e le prospettive italiane*, Udine 2013, p. 67 ss.; A. Ridolfi, *A proposito di rifiuto delle terapie mediche e di testamento biologico in Italia*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, cit., vol. II, p. 769 ss.; Id., *Rifiuto delle terapie mediche e testamento biologico in Italia: aspetti problematici e spunti critici*, in *Politica del diritto* 2011, n. 4, p. 599 ss.; G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, cit., p. 39 ss.; F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 124 ss.; R. Romboli, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quaderni costituzionali* 2009, n. 1, p. 91 ss.

<sup>104</sup> Cfr. S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 166 ss.; F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 101 ss.

<sup>105</sup> Cfr. E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 83, che cita, oltre alle sentenze sulla retribuzione minima e sul diritto di sciopero, quelle concernenti il ricorso in Cassazione contro i

gere la giurisprudenza costituzionale più risalente alla luce dell'affermazione (o di una rivendicazione) di una esclusiva competenza in ordine all'interpretazione e applicazione della Costituzione stessa<sup>106</sup>. Basti pensare, in questo senso, alla storica sentenza n. 1/1956 per quanto riguardava la distinzione tra abrogazione e illegittimità costituzionale<sup>107</sup>: è stato giustamente messo in evidenza come le letture di questa sentenza tese a negare l'ammissibilità dell'applicazione diretta, da parte dei giudici ordinari, di norme costituzionali immediatamente precettive forzassero il testo della sentenza, obbligandolo a dire più di quanto non intendesse sostenere<sup>108</sup>.

Ad ulteriore conferma della tesi che la Corte Costituzionale non ha mai preteso di essere l'unico organo competente a parlare in tema di interpretazione costituzionale, si può, inoltre, invocare la vicenda delle sentenze interpretative<sup>109</sup>, o delle stesse sentenze additive

---

provvedimenti in materia di libertà personale, le vicende riguardanti il diritto all'identità personale, il danno biologico, il danno non patrimoniale per lesione di un diritto costituzionale, il diritto di asilo e il diritto all'autodeterminazione terapeutica.

<sup>106</sup> Cfr., in questo senso, E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 83-84, secondo la quale, anche se gli interventi della Corte assumono un peso differente a seconda del contesto in cui cadono, non si è mai verificato che un orientamento della giurisprudenza comune volto a dare applicazione diretta a una norma costituzionale abbia trovato nella Corte costituzionale un freno o un'opposizione, in quanto la Corte si è sempre mostrata compiaciuta del fatto che l'autorità giudiziaria fosse in grado anche da sola di assicurare l'effettività delle norme costituzionali.

<sup>107</sup> Su queste problematiche, si veda F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 196 ss., secondo il quale, in caso di disposizione costituzionale successiva incompatibile con una legge ordinaria preesistente, si può, nella maggior parte dei casi, asserire con pari correttezza l'illegittimità sopravvenuta, ovvero la sua abrogazione: a suo dire, la ragione fondamentale che ha reso prevalente il fenomeno dell'invalidazione sopravvenuta su quello abrogativo nei confronti delle leggi anteriori sta nella preminenza del valore-principio supremo di legittimità costituzionale, il quale consente di fare valere l'effettiva applicazione anche di quelle norme costituzionali altrimenti destinate alla buona volontà attuativa del legislatore. Si veda, inoltre, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 96-97, secondo cui la Corte non esclude esplicitamente la possibilità di considerare abrogate, anziché incostituzionali, le disposizioni legislative precedenti in contrasto con la Costituzione, limitandosi a mettere in evidenza la diversità dei piani tra i due istituti, essendo più ristretto il campo dell'abrogazione, e solo per questa avere valore la distinzione tra norme precettive e norme programmatiche. Di diverso avviso sembra, invece, C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 109-110, secondo il quale con la sentenza n. 1/1956 cambiava il regime giuridico della Costituzione, nel senso che essa non era più direttamente applicabile, in quanto tra principi costituzionali e ordinamento legale veniva posto il diaframma della forza di legge, che serviva proprio a formalizzare il rapporto di separatezza ed autonomia tra le due fonti giuridiche. Su tale questione, inoltre, si vedano E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 48 ss.; F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 75 ss.; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 121 ss.

<sup>108</sup> Cfr., in proposito, F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 80 ss.; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 125 ss.

<sup>109</sup> Sulle sentenze interpretative, si vedano M. Cappelletti, *Sentenze condizionali della Corte costituzionale (A proposito della interpretazione delle leggi nel processo costituzionale)*, in *Rivista di diritto processuale* 1957, vol. XII, p. 88 ss.; T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, ivi, p. 351 ss.; M.S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1956, p. 902 ss., spec. p. 920 ss.; V. Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, ivi, p. 929 ss.; Id., *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. V, Milano 1969, p. 2869 ss.; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, cit., p. 369 ss.; A.M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 54 ss.; F. Sorrentino, *Lezioni sulla giustizia costituzionale raccolte dal dott. Salvatore Mileto*, cit., p. 67 ss.; A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., spec. p. 17 ss., 336 ss.; Id., *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale*, cit., p. 159 ss.; A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 1333; Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 220 ss., 238 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 235 ss., 256 ss.; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 147 ss.; A. Celotto, *La Corte costituzionale*, cit., p. 88 ss.; L. Paladin,

di principio<sup>110</sup>. Attraverso le sentenze interpretative, la Corte, sovrapponendo il proprio raggio di azione a quello dell'autorità giudiziaria, ha messo in comunicazione quelli che, secondo le prime ricostruzioni dottrinarie, erano due mondi nettamente separati: il mondo della legge e quello della Costituzione<sup>111</sup>. In effetti, per mezzo delle sentenze interpretative – la cui introduzione aveva sollevato forti perplessità in dottrina<sup>112</sup> –, la Corte ha cercato di superare la contrapposizione tra il piano della legalità e quello della costituzionalità<sup>113</sup>.

---

*Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., p. 143-144; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 177 ss.; R. Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico*, cit., p. 92 ss.; F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 67-68, 118 ss.; G. Azzariti, *Appunti per le lezioni*, cit., p. 177 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 132 ss.; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 52 ss., 81 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 381 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 156 ss.; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 358 ss.

<sup>110</sup> Sulle c.d. «sentenze additive di principio», le quali costituiscono una delle più recenti tipologie di sentenze della Corte costituzionale (cfr. sent. nn. 215 e 560 del 1987; 406 e 497 del 1988; 141 e 566 del 1989; 277 e 421 del 1991; 88, 204, e 232 del 1992; 78, 109, e 243 del 1993, 171 del 1996, ecc.), si vedano A. Anzon, *Nuove tecniche decisionarie della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1992, n. 4, p. 3212 ss.; Id., *L'additiva «di principio» nei giudizi in via principale*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1993, n. 2, p. 890-891; Id., *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1993, n. 3, p. 1785 ss.; C. Pinelli, *Titano, l'eguaglianza e un nuovo tipo di «additiva di principio»*, ivi, p. 1792 ss.; M. D'Amico, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, ivi, p. 1803 ss.; A. Vespaziani, *Una sentenza additiva di principio riguardo allo «sciopero» degli avvocati*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1996, n. 4, p. 2717 ss.; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale (contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge)*, Padova 1997, p. 302 ss.; G.P. Dolso, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1999, p. 4111 ss.; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., p. 49 ss.; A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 1353 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 253 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 270 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 141-142; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 95 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 400 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 173 ss.; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 417 ss.; A. Pugiotta, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale*, cit., p. 165.

<sup>111</sup> Così E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici comuni nell'Italia repubblicana*, cit., p. 52. In senso simile, si vedano F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 5; E. Cheli, *Nata per unire*, cit., p. 111; M. Fioravanti, *Per una storia della legge fondamentale in Italia*, cit., p. 31-32; R. Romboli, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, cit., p. 27-28.

<sup>112</sup> Come è noto, questa tipologia di sentenza (tra i primi casi, possono segnalarsi le sentenze n. 3, 8, 13, e 20 del 1956; 1 e 10 del 1957, ecc.) fu assai criticata in dottrina: Si vedano C. Esposito, *In tema di giudizio di costituzionalità delle «norme» o delle «disposizioni»*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1957, p. 72 ss. (e in Id., *Scritti giuridici scelti, IV. Note di giurisprudenza*, Napoli 1999, p. 277 ss.); Id., *Autorità delle decisioni di rigetto della Corte nei giudizi «a quo»*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1961, p. 1216 ss. (e in Id., *Scritti giuridici scelti, IV*, cit., p. 389 ss.); M. Cappelletti, *Sentenze condizionali della Corte costituzionale*, cit., p. 99 (ove veniva negata l'ammissibilità teorica delle sentenze interpretative di accoglimento); T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit., p. 360 ss. (ove venivano formulati dubbi sulla possibilità che le pronunce della Corte riguardassero le norme, e non, invece, i testi). Per quanto riguarda le critiche di Esposito, si veda, tuttavia, G. Zagrebelsky, *La giurisdizione costituzionale*, in AA.VV., *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito. Convegno Nazionale (Università di Macerata, Aula Magna, 5-6 aprile 1991)*, Milano 1993, p. 57 ss., spec. p. 67 ss., ove viene sottolineato (ivi, p. 69-70) come proprio nel 1962-1963 inizino ad intravedersi delle crepe nel monolitico rifiuto delle sentenze interpretative, così come del controllo sulla ragionevolezza delle leggi. Sulle critiche di Ascarelli, invece, si veda A. Pugiotta, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 39 ss., 92 ss.

<sup>113</sup> Sulla distinzione tra la sfera della legge e la sfera della Costituzione come due sfere nettamente separate e contrapposte insisteva C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., spec. p. 70 ss., 87 ss., 212 ss., 226 ss., che vedeva in questa costruzione quasi una sorta di riproposizione delle medesime motivazioni che avevano portato a scindere la giustizia amministrativa dalla giustizia ordinaria.

D'altra parte, se le sentenze interpretative non presupponessero un dialogo costante tra il giudice comune ed il giudice costituzionale, non si capirebbe il perché di quella che è stata chiamata la c.d. «*guerra tra le Corti*»<sup>114</sup>: cos'altro era quella «guerra» se non un mancato dialogo tra il giudice delle leggi ed il giudice di legittimità in ordine all'interpretazione di una determinata disposizione? In effetti, l'autorevolezza dell'interpretazione resa dall'organo di giustizia costituzionale si risolve in un «valore persuasivo» nei confronti della generalità dei giudici, ma non viene riconosciuto alcun tipo di vincolo giuridico all'interpretazione imposta o suggerita dalla stessa Corte Costituzionale<sup>115</sup>.

È stato giustamente rilevato che i tentativi della Corte di imporre il proprio punto di vista e la propria interpretazione non riescono mai a comprimere integralmente la libertà interpretativa del giudice<sup>116</sup>: quand'anche la Corte abbia adottato una pronuncia di accoglimento, i giudici comuni non si sono limitati a recepirne meccanicamente gli effetti<sup>117</sup>, ma, anzi, in molti casi, hanno cercato anche di circoscriverli<sup>118</sup>, dal momento che l'interpretazione di una sentenza di accoglimento rientra nelle loro esclusive competenze<sup>119</sup>. D'altra parte, è stato messo in evidenza come, sin dalla sentenza n. 3 del 1956, la Corte Costituzionale aveva affermato di essere tenuta a considerare debitamente una costante interpretazione giurisprudenziale che conferiva al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, poiché le norme erano quelle non quali apparivano proposte in astratto, ma quali erano applicate nell'opera quotidiana del giudice intesa a renderle concrete ed efficaci<sup>120</sup>.

Per quanto riguarda, invece, le additive di principio, esse sono uno degli strumenti attraverso i quali la Corte costituzionale cerca di instaurare un dialogo sia con il circuito politi-

---

<sup>114</sup> Si vedano A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit. p. 5-6, 210 ss., 229 ss.; Id., *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale*, cit., p. 161; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 157 ss.; A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 445; A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 1334-1335, 1340 ss.; R. Romboli, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, cit., p. 28-29; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 153 ss.; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 183; F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 187 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 322; A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 217 ss.; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici comuni nell'Italia repubblicana*, cit., p. 53-54, 65 ss., 85 ss., 90-91.

<sup>115</sup> Cfr., in tal senso, F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 277. In senso simile, si veda anche L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 154-155.

<sup>116</sup> Così nuovamente F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., spec. p. 187 e 190.

<sup>117</sup> Si veda F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 75 ss.

<sup>118</sup> Cfr., in proposito, F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 77, 105 ss., 121 ss., 156 ss., 212 ss.

<sup>119</sup> Così A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 259; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 277.

<sup>120</sup> Si veda, in proposito, G. Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, cit., p. 97-98, ove si riferisce a C. Cost., sent. n. 3/1956, § 6 del *Considerato in diritto*, aggiungendo anche che questa affermazione si trova ribadita in C. Cost., sent. nn. 11 e 52 del 1965; 95/1976; 34, 79 e 114 del 1977. Sottolinea questo aspetto anche A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 337-338, secondo cui in questa sentenza la Corte non dimostra solo una generica attenzione al significato applicato della legge, ma riconosce alla costante interpretazione giurisprudenziale una valenza centrale, capace di risolvere gli eventuali dubbi ermeneutici cui può dare origine un testo polisenso.

co-rappresentativo<sup>121</sup>, che con gli stessi giudici comuni. Come è noto, attraverso questa tipologia di sentenze, la Corte dichiara l'incostituzionalità della previsione legislativa, ma, a fronte della pluralità di soluzioni possibili, individua soltanto il principio e non la misura concreta, lasciando in primo luogo al legislatore, o, eventualmente, al giudice il compito della sua concretizzazione. In sostanza, le sentenze additive di principio sono uno strumento che prefigura una sorta di collaborazione tra Corte costituzionale, Parlamento e giudici comuni, ognuno dei quali deve agire nell'ambito delle competenze riconosciute loro dall'ordinamento<sup>122</sup>. D'altra parte, è stato osservato anche che, tramite questa tipologia di sentenze, la Corte costituzionale ha aperto la via all'applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni, valorizzando la loro funzione interpretativa<sup>123</sup>.

## **2.2. Il diritto vivente e l'interpretazione conforme (o adeguatrice)**

Per quanto riguarda la dottrina del diritto vivente<sup>124</sup>, con questa espressione si intende generalmente il complesso sistematico delle interpretazioni giurisprudenziali consolidate in un certo periodo, e che funge da limite alla libertà ermeneutica della Corte Costituzionale<sup>125</sup>: il carattere diffuso del potere giudiziario non esclude affatto – ma, anzi, di regola comporta – che si formino precedenti giudiziari così persuasivi da essere largamente osservati e riaffermati, tanto da potere produrre interpretazioni consolidate<sup>126</sup>, anche nell'ambito degli ordinamenti continentali europei, come quello italiano<sup>127</sup>. Se è vero, infatti, che una parte essenziale nel processo di interpretazione spetta al giudice delle leggi, le cui decisioni valgono a fissare il senso dei disposti e dei principi, contenuti o ricavabili dalla Costituzione scritta, è altrettanto vero che tutte le magistrature, a cominciare da quelle supreme, concorrono in tal senso, fino al punto di determinare una coincidenza tendenziale tra diritto vivente e diritto vigente<sup>128</sup>.

---

<sup>121</sup> Sulle sentenze additive di principio come strumento funzionale alla ricomposizione dei rapporti tra autorità politica e organo di giustizia costituzionale, dopo le fortissime tensioni generate dall'adozione delle sentenze additive, insiste F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., p. 43 ss.

<sup>122</sup> Così F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 159.

<sup>123</sup> Così R. Romboli, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, cit., p. 31.

<sup>124</sup> Sulla importanza di questa dottrina, si sofferma anche S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 54, 165, 184, 288.

<sup>125</sup> Cfr., in tal senso, A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 8; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 99.

<sup>126</sup> Per una critica della tesi del precedente persuasivo, si veda A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 80 ss.

<sup>127</sup> Cfr. L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 120. Si veda, inoltre, A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 446, secondo cui la dottrina del diritto vivente, anche se istituzionalizza il ruolo della giurisprudenza come fonte del diritto, riesce ad evitare la sopravvalutazione della funzione creatrice da parte di essa. Sulla importanza dei precedenti, si veda C. Cost., dec. nn. 21 e 191 del 2013, ove la Corte costituzionale ha sostenuto che, quando esista un diritto vivente conforme a Costituzione, il giudice è tenuto ad adeguarvisi, a maggior ragione quando vi sia già stata una decisione della Corte costituzionale in questo senso. Sull'importanza di queste due pronunce si soffermano anche A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 209.

<sup>128</sup> Così L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 99.

Va detto, comunque, che la dottrina del diritto vivente non cancella l'autonomia ermeneutica della Corte Costituzionale, degradandola ad un ruolo peritale del giudice ordinario, dal momento che essa mantiene sempre una piena libertà interpretativa nei confronti del parametro costituzionale, qualora su questa non si abbia ancora un orientamento giurisprudenziale consolidato, e finanche in presenza di un diritto vivente<sup>129</sup>. Non è sempre detto, cioè, che la Corte Costituzionale aderisca in maniera automatica al diritto vivente, ma si può riscontrare, a seconda dei casi, una adesione motivata, o una convergenza ermeneutica libera ed autonoma, o addirittura il riconoscimento di un mero valore persuasivo (ma non vincolante) al diritto vivente<sup>130</sup>. Il diritto vivente è, cioè, una soluzione di tipo convenzionale, che si basa su un rapporto collaborativo tra Corte e giudici comuni: la prima si astiene tendenzialmente dal reinterpretare la legge al suo esame in modo difforme dall'orientamento giurisprudenziale consolidato, mentre i secondi tendenzialmente non contrastano gli esiti normativi del giudizio costituzionale<sup>131</sup>. Di conseguenza, non si può che concordare con quella ricostruzione che vede nel diritto vivente quasi una sorta di campo neutro ove raffreddare i possibili contrasti ermeneutici – inevitabili in un sistema complesso come il nostro – tra Corti apicali<sup>132</sup>.

Più controverso è, invece, il fatto se il diritto vivente si debba ridurre soltanto alle massime della Cassazione, ovvero alla giurisprudenza prevalente<sup>133</sup>, o se, invece,

---

<sup>129</sup> In questo senso, si veda A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 152-153.

<sup>130</sup> Cfr. A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 245-246; A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 433 ss., 493.

<sup>131</sup> In questo senso, A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 493 ss., secondo cui questa soluzione di compromesso ha, tuttavia, un prezzo elevato, in quanto comporta la rottura della logica interna al diritto vivente in uno dei suoi nessi fondamentali: il carattere vincolante e imprescindibile dell'interpretazione consolidata.

<sup>132</sup> Così A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 250.

<sup>133</sup> Nega che il diritto vivente sia riducibile esclusivamente alla giurisprudenza della Corte di Cassazione A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., spec. p. 190 ss., 199, 251 ss., 266 ss., 370 ss., 399 ss., 418 ss., 492, che preferisce, invece, un dato quantitativo (diritto vivente come giurisprudenza prevalente o maggioritaria). A sostegno della propria tesi, Pugiotto rileva che spesso la Corte Costituzionale parla di diritto vivente con riferimento ad orientamenti giurisprudenziali privi di sugello della Corte di Cassazione, così come di regola non ritiene formato diritto vivente nelle ipotesi di contrasti ermeneutici dove la Cassazione sia parte in causa. In polemica con questa ricostruzione è L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 159-160, secondo cui se è vero che, in una accezione più ampia di giurisprudenza costante, il diritto vivente può essere costituito anche dall'orientamento concorde dei giudici di merito o dei giudici amministrativi, tuttavia, è pur vero che, a livello della giurisprudenza della Corte di Cassazione, alla quale spetta una considerazione preminente in virtù della funzione di nomofilachia ad essa assegnata, predomina il criterio qualitativo del grado e della funzione rivestiti dall'autorità giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, piuttosto che il mero criterio quantitativo. A suffragio della propria ricostruzione, Mengoni cita il fatto che può bastare anche una sola decisione della Corte di legittimità, in presenza di interpretazioni contrastanti, per dare luogo a diritto vivente, se essa viene pronunciata a sezioni unite (C. Cost., sent. n. 215/1983), così come è sufficiente un'isolata recente sentenza contraria, che abbia interrotto il corso della giurisprudenza della Cassazione, per togliere la qualità del diritto vivente ad un indirizzo interpretativo pur nettamente prevalente (C. Cost., sent. n. 21/1984). Sul diritto vivente come giurisprudenza costante anche dei giudici di merito insiste R. Romboli, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, cit., p. 29, secondo il quale non è sufficiente una decisione, sia pure della Casazione, per determinare la nascita di un diritto vivente. In senso simile, si veda D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., p. 48, secondo cui ciò che è determinante per la formazione di un diritto vivente è la misura del consenso che una determinata interpretazione riscuote tra i giudici. Di diritto vivente, inteso come preferenza accordata alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, anche in presenza di un contrario orientamento da parte della giurisprudenza di merito, parlano anche G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzio-*

l'espressione debba essere intesa nella maniera più ampia e dinamica possibile, mantenendo l'idea che il diritto vive nella prassi<sup>134</sup>. Questa ultima tesi appare, a mio avviso, preferibile, non soltanto perché c'è il rischio di operare una dogmatizzazione di un concetto che, per sua natura, rimane intrinsecamente fluido<sup>135</sup>, ma anche perché la stessa giurisprudenza costituzionale, in alcuni casi paradigmatici, non ha considerato come vincolante l'interpretazione data dal giudice della nomofilachia<sup>136</sup>, facendo riferimento ad un diverso filone interpretativo, seppur minoritario. Di conseguenza, piuttosto che in termini gerarchici ed accentrati, il diritto vivente va inquadrato in una logica di tipo collaborativo tra i vari livelli giurisprudenziali<sup>137</sup>. In verità, va detto che, nell'ambito della vasta giurisprudenza costituzionale, vi sono anche numerosissimi riconoscimenti (sia espliciti che impliciti) del carattere vincolante della giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>138</sup>, ma tutto ciò non permette di giungere alla conclusione che il diritto vivente si identifichi totalmente ed esclusivamente con essa.

Per quanto riguarda l'interpretazione conforme, invece, va rilevato che questa presuppone non solo che la Costituzione sia una fonte sovraordinata alla legge<sup>139</sup>, ma anche il

---

*nale*, cit., p. 167-168. Di diritto vivente come interpretazione diffusa e consolidata, specie nelle giurisdizioni superiori, infine, si veda M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 407 e 465.

<sup>134</sup> Sostengono una nozione ampia di diritto vivente V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., spec. p. 177 ss.; A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., spec. p. 34, 39-40, 59, 88 ss., 97 ss., 109 ss., 135 ss., 148, 179 ss., 188 ss., 210-211, 220-221, 228 ss., 249-250. Di diritto vivente come prassi costante dei giudici parla anche G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 65. Una ampia nozione di diritto vivente è fatta propria anche da G. Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, cit., p. 113 ss., che, partendo da una dilatazione del concetto di norma vivente (che non verrebbe più identificata nella sola applicazione giurisprudenziale costante e/o prevalente), arriva ad affermare, sulla scia di Ehrlich (cfr., in proposito, E. Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, tr. it. a cura di A. Febbrajo, Milano 1976, p. 583 ss.), che il diritto vivente acquisterebbe una valenza sociologica, e andrebbe inteso come impatto della legge sulla società e della società sulla legge. Critici nei confronti delle concezioni sociologiche del diritto vivente sono, invece, L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 146 ss. (secondo cui il concetto di diritto vivente elaborato da Ehrlich, dal punto di vista della teoria dogmatica del diritto positivo, è privo di rigore scientifico, essendo soltanto un concetto descrittivo di un complesso di fenomeni giuridici eterogenei), 161 ss.; A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 503 ss.

<sup>135</sup> In questo senso, si veda anche A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 244 ss., secondo cui la dottrina del diritto vivente elaborata dalla dottrina maggioritaria sembra irrigidire un concetto che dovrebbe mantenersi più fluido e flessibile. Secondo Ciervo, benché la Corte Costituzionale abbia riferito l'espressione diritto vivente alla giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione a partire dalla sentenza n. 215/1983, e benché la maggioranza della dottrina si sia mossa in questo stesso senso, non è dato riscontrare una coincidenza così evidente tra la nozione di diritto vivente e l'interpretazione consolidata della Cassazione: a suo avviso, il peso della funzione nomofilattica della Cassazione all'interno della giurisprudenza costituzionale sembrerebbe, più che altro, quella di mera fonte di cognizione del diritto vivente, a sua volta già formatosi attraverso altri canali giurisprudenziali. Della giurisprudenza della Corte di Cassazione come fonte di cognizione (seppure privilegiata) del diritto vivente parla anche A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., spec. p. 272, 375 ss., 392 ss.

<sup>136</sup> Si veda, in proposito, A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 372, 389 ss., 428-429.

<sup>137</sup> Cfr. nuovamente A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 248-249, il quale cita a suffragio della propria tesi, C. Cost., ord. n. 338/2001.

<sup>138</sup> Cfr., in proposito, A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 379 ss.

<sup>139</sup> Sull'interpretazione conforme come canone ermeneutico espressione del «principio di supremazia costituzionale», tale da renderlo «canone ermeneutico preminente» si sofferma F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 99, il quale cita C. Cost., sent. n. 113/2000. Si veda, inoltre, G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, cit., p. 27 (nota 86), la quale cita anche C. Cost., dec. nn. 316/2001, 198/2003, 85/2007, 376/2007, 403/2007, 49/2011.

suo diretto utilizzo da parte dell'interprete: in questo modo, all'interno di un qualsiasi grado ordinamentale, si crea un circolo virtuoso tra la applicazione della legge ordinaria al caso concreto ed interpretazione dei principi costituzionali in materia diffusa<sup>140</sup>. Il metodo dell'interpretazione adeguatrice, cioè, privilegia il valore superiore della Costituzione in quanto applicabile non solo dalla Corte Costituzionale, ma, ancor prima ed indipendentemente, dal giudice comune: si tratta, in sostanza, di una attenuazione del principio del monopolio del sindacato di costituzionalità delle leggi, in quanto la Costituzione va direttamente applicata ove possibile, evitando, in questo modo lo stesso sindacato (accentrato) di costituzionalità<sup>141</sup>.

A testimonianza della importanza assunta dal meccanismo della interpretazione conforme, è stato giustamente sottolineato che ormai, in virtù della più recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale, c'è un vero e proprio obbligo, gravante sul giudice, di interpretazione conforme – obbligo che si affiancherebbe addirittura alla rilevanza ed alla non manifesta infondatezza –, nel senso che sarebbe precluso al giudice di sollevare questioni di legittimità in tutti quei casi in cui, facendo uso dei normali poteri ermeneutici, la questione pos-

---

<sup>140</sup> In questo senso, A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 191-192. Cfr., inoltre, C. Cost., sent. n. 1/2013, § 8.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>141</sup> In questo senso, si veda F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 79; Id., *Inammissibilità della quaestio legitimatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, cit., p. 2412. In senso simile, si veda A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 447, che arriva a parlare di sindacato diffuso di costituzionalità da parte della giurisprudenza ordinaria. Si veda, tuttavia, F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 44 ss., secondo la quale non sarebbe corretto parlare di uno svuotamento del sistema accentrato di costituzionalità in una sorta di sindacato diffuso, ma, tutt'al più, di una riduzione quantitativa dello stesso. Di eccessi della giurisprudenza costituzionale in materia di interpretazione conforme parla, invece, M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 466 ss., secondo il quale (p. 469) questa prassi ha non solo deresponsabilizzato la Corte costituzionale, ma ha finito per mettere in crisi l'incidentalità, colorando di forti elementi di diffusione il nostro sistema di sindacato (volutamente) accentrato. Si veda, inoltre, Id., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, cit., p. 7-8, secondo il quale l'opera di adeguamento dei significati di una disposizione di legge non può essere condotta sino al punto di leggerci quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse, in quanto ciò comporterebbe non solo la rottura della legalità legale e la sua sostituzione integrale con la legalità costituzionale, ma anche la sostituzione del controllo accentrato con un controllo para-diffuso. Dubbi sono stati avanzati anche da G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 66, 170-171, secondo cui, in questo modo, si rischia di trasformare il controllo da parte della Consulta in un controllo di secondo grado, se non addirittura residuale. Critica è anche I. Ciolli, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 3, secondo cui lo sbilanciamento verso l'imposizione della interpretazione adeguatrice, rispetto alla facoltà del giudice di rinviare la questione di legittimità costituzionale alla Corte, svuoterebbe il ruolo di quest'ultima e spingerebbe eccessivamente il giudice comune verso un controllo diffuso. Durissimo nei confronti del ricorso alla interpretazione adeguatrice è G.U. Rescigno, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conforme a tali principi*, cit., p. 2417, il quale arriva a parlare di pericolosità ed infondatezza di quella tecnica di decisione, che introdurrebbe nel nostro ordinamento un controllo diffuso di costituzionalità. Fortissime perplessità sono avanzate anche da G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., spec. p. 124 ss. (laddove sottolinea il grande pericolo della manipolazione dei testi legislativi ad opera della giurisprudenza), 142 ss. (ove rileva che l'interpretazione conforme diverrebbe ammissibile solo dopo che la Corte si sia pronunciata con una interpretativa di rigetto), 147 ss. (ove ritiene che, tramite l'interpretazione conforme, sia stato introdotto anche in Italia un meccanismo di fatto analogo a quello esistente in Germania), 157 ss. (ove sottolinea che la ripartizione di ruoli tra Corte e giudici comuni striderebbe con le coordinate positive del modello italiano di giustizia costituzionale). Perplessità nei riguardi di un ricorso sistematico all'interpretazione adeguatrice da parte dei giudici comuni sono espresse, infine, anche da A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 178 ss., che arriva a paventare addirittura il rischio di una sottrazione alla Corte Costituzionale della propria esclusiva competenza a sindacare leggi di dubbia costituzionalità. Sui componenti del controllo di costituzionalità diffuso, inoltre, si veda V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 138 ss.

sa essere risolta attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme<sup>142</sup>. La Corte Costituzionale ha più volte invitato i giudici comuni ad applicare direttamente i principi costituzionali<sup>143</sup>, i quali debbono servire *in primis* ad orientare l'interpretazione giudiziaria della disciplina vigente in modo da fare prevalere l'interpretazione costituzionalmente conforme<sup>144</sup>. La necessità di tentare un'interpretazione conforme costituisce ormai un requisito di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Questo perché il sistema italiano di giustizia costituzionale non prevede un controllo astratto<sup>145</sup> – come, ad esempio, il *Bundesverfas-*

---

<sup>142</sup> Cfr., in proposito, G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 121, 158 ss.; G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, cit., p. 28 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 293-294; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 196 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 181 ss.; Id., *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 1356-1357; A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 193-194; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 107, 110; F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 143 ss.; G. Azzariti, *Appunti per le lezioni*, cit., p. 166; F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 135-136, 185. Tende a sfumare questa tesi G. Laneve, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 21, secondo il quale, più che di un terzo requisito, sarebbe meglio parlare di un nuovo requisito che snatura quello della non manifesta infondatezza. Critica sul fatto che l'attività di interpretazione conforme sia diventata un obbligo è I. Ciolli, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 4, la quasi sembra quasi paventare un'incompatibilità di fondo tra l'obbligo di interpretare in modo conforme alla Costituzione, e l'obbligo di sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte. In senso simile, si veda anche G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 164 ss., secondo cui un principio che posponga senza mediazioni la funzione parametrica delle norme costituzionali alla funzione interpretativa delle stesse, in cui si risolve il canone dell'interpretazione conforme, entrerebbe in collisione con la *ratio* del sistema vigente. La stessa Sorrenti, tuttavia, ammette (ivi, p. 165) la scarsa plausibilità della tesi secondo cui dovrebbe essere devoluta alla Corte costituzionale qualsiasi questione di legittimità costituzionale connessa ad un mero dubbio interpretativo.

<sup>143</sup> Cfr., in tal senso, G. Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, cit., p. 109, che cita, in proposito, C. Cost., sent. nn. 34/1973 e 54/1986. Sull'applicazione diretta delle disposizioni costituzionali, inoltre, si veda L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 108 ss., 132 ss.; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 163 ss., 418 ss.; G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, cit., p. 38 ss.

<sup>144</sup> Cfr. A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 301 ss.; A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 66 ss.; F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 100; F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 87 ss.

<sup>145</sup> Di una giurisdizione di diritto oggettivo (astratta rispetto ai sottostanti rapporti) relativa e condizionata parla, invece, G. Azzariti, *Appunti per le lezioni*, cit., p. 168-169. Nega che quello della Corte Costituzionale sia un giudizio astratto A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 287-288; Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 273-274, il quale parla anche (Id., *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 1349-1351) di un aumentato «tasso di concretezza» dei giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale, a seguito del ripensamento operato dalla stessa con la giurisprudenza tra la fine degli anni '70 ed i primi anni '80. Di superamento del controllo astratto previsto dal modello originario parla E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 19. Di un deciso aumento del tasso di concretezza del giudizio costituzionale parla anche M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, p. 247 ss., in particolare a seguito della maggiore incisività del sindacato sulla rilevanza della questione proposta. Sulla concretezza del giudizio incidentale, inoltre, si vedano anche G. Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, cit., p. 97, 100-101; A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 323 ss., 406 ss. (ove rileva come la sentenza n. 226/1976 si muova in senso contrario rispetto al principio della concretezza), 508 ss.; R. Romboli, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, cit., p. 32-33 (ove sottolinea che l'atteggiamento della Corte volto a ricercare la diretta collaborazione e il coinvolgimento del giudice comune abbia decisamente aumentato il tasso di concretezza delle questioni); G. Repetto, *La detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l'irriducibile concretezza del giudizio incidentale*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2004, vol. XLIX, n. 1, p. 754 ss.; V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 150-151; A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 205 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 214 ss., 252; G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 47-48.

*sungsgericht* tedesco – ma è un sistema peculiare, nel quale il controllo della legittimità costituzionale ha origine dalla viva esperienza dell'interpretazione della legge<sup>146</sup>.

Altra questione è se la scelta della Corte Costituzionale di adottare una ordinanza di inammissibilità (o di manifesta inammissibilità) in caso di mancato esperimento dell'interpretazione conforme sia una scelta volta a responsabilizzare il giudice, oppure una scelta che finirebbe per disorientarlo, compromettendo anche la certezza del diritto<sup>147</sup>. La crescita esponenziale di questa tipologia di decisioni è stata assai criticata in dottrina, ma occorre, tuttavia, riconoscere che essa è più risalente, e va inquadrata nel generale ripensamento del processo costituzionale avviato con i primi anni '80, da parte della stessa Corte<sup>148</sup>. Inoltre, non è affatto detto che il giudice costituzionale adotti sempre una ordinanza di inammissibilità, potendo dichiarare l'inammissibilità anche con sentenza<sup>149</sup>. D'altra parte, è anche vero che, in alcuni casi, la Corte è arrivata ad esagerare nella spasmodica richiesta ai giudici dell'obbligo di interpretazione conforme, arrivando a sostenere che esso riguardi anche l'interpretazione di leggi-provvedimento<sup>150</sup>.

Oltre ad essere manifestazione del dialogo tra Corti, il diritto vivente e l'interpretazione conforme interferiscono tra loro, limitandosi reciprocamente, e dando perciò

---

<sup>146</sup> Così A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 60.

<sup>147</sup> È questo il rimprovero che muove I. Ciolli, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 6-7, secondo la quale sarebbe preferibile una sentenza interpretativa, meglio ancora se di accoglimento. In senso simile, si veda anche M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 468-469. Fortemente critico è anche G.U. Rescigno, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricaver principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, cit., p. 2418. Critico sull'eccessivo numero di ordinanze di inammissibilità e sulla dottrina dell'interpretazione conforme, che, a suo avviso, finirebbero per allontanare i giudici comuni dalla Corte è anche S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., spec. p. 63 ss., 81-82, 97-98, 129-130, 166, 176 ss., 187-188, 191, 207-208, 288-289. Di diverso avviso sembra, invece, A. Pugiotto, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale*, cit., p. 158-159, ad avviso del quale, visto in campo lungo, il formalismo della giurisprudenza processuale della Corte è, in realtà, solo apparente.

<sup>148</sup> Sulle decisioni di inammissibilità, cfr. M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., spec. p. 1 ss., 37 ss., 50 ss.; L. Carlassare, *Le «questioni inammissibili» e la loro riprosizione*, in AA.VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, cit., p. 133 ss.; Id., *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, cit., p. 27 ss.; A.A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, ivi, p. 125 ss.; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 181, 211, 214 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 195, 230 ss.; G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, cit., p. 76 ss.; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 228 ss.; F. Modugno, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, cit., p. 2412; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 145 ss.; G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 47-48; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 339 ss.; S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 23, 31, 34, 37, 40, 44, 63 ss., 79, 81, 88, 91 ss., 110, 120, 144, 168, 176-177, 185, 251, 288.

<sup>149</sup> Cfr., ad esempio, C. Cost., sent. nn. 208/2009 e 202/2014. Sulle sentenze di inammissibilità, si veda A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 241-215, che rileva come le esse siano adottate dalla Corte quando la ragione che le sostiene non sia così palese da potere essere motivata succintamente. Cfr., inoltre, A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 145, secondo i quali, pur essendo in teoria logico adottare, in prima battuta, sentenze di inammissibilità, e, solo in un secondo momento, ordinanze di inammissibilità, la prassi si è svolta in modo diverso.

<sup>150</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 202/2014, su cui si veda il commento fortemente critico di C. Pinelli, *Un'interpretazione costituzionalmente orientata per mascherare un giudizio su una legge provvedimento*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2014, n. 4, p. 3270 ss.

origine ad una serie di problemi interpretativi<sup>151</sup>. Alcuni esponenti della dottrina hanno parlato, in particolare, di un ruolo sussidiario dell'interpretazione adeguatrice rispetto al diritto vivente<sup>152</sup>, poiché la scelta da parte della Consulta dell'interpretazione adeguatrice come prioritaria risulta efficace nella misura in cui esista davvero una collaborazione di fondo tra giudice delle leggi e giudice comune, nel senso di una pronta adesione dei giudici comuni alla soluzione interpretativa suggerita dalla Corte costituzionale: in caso contrario, gli effetti concretamente ottenuti da una sentenza interpretativa di rigetto, finiscono per essere lontani e diversi da quelli sperati<sup>153</sup>. Non sono mancate, d'altra parte, ricostruzioni differenti. Parte della dottrina ha sostenuto anche la coesistenza nella giurisprudenza costituzionale di due diverse prospettive: da un lato, sulla base di quanto affermato nelle sentenze nn. 456/1989 e 121/1994, la prevalenza dell'interpretazione conforme sul diritto vivente; dall'altro, il ruolo sussidiario dell'interpretazione conforme rispetto al diritto vivente<sup>154</sup>.

Alla tesi del carattere sussidiario della interpretazione adeguatrice è stato obiettato che negare alla Corte Costituzionale la riserva del ricorso all'interpretazione adeguatrice, pur in presenza di un diritto vivente, porterebbe a sbilanciare gli equilibri tra potere legislativo e potere giudiziario dei quali essa è garante<sup>155</sup>. La stessa giurisprudenza costituzionale si è mossa in senso opposto: a fronte di un diritto vivente consolidatosi ed a questioni di legittimità costituzionale sollevate direttamente dalla Corte di Cassazione, la Consulta ha avanzato interpretazioni delle norme oggetto del giudizio che differivano radicalmente da quelle formulate, sia dai giudici di merito che dal Giudice della nomofilachia<sup>156</sup>, il che ha fatto ritenere par-

---

<sup>151</sup> Del diritto vivente come interlocutore problematico della dottrina della interpretazione conforme parla G. Laneve, *Non terminare l'opera vale quanto non averla iniziata*, cit., p. 8-9, il quale soggiunge che, sebbene il significato vivente attribuito da un orientamento giurisprudenziale consolidato – in particolare, delle Sezioni Unite della Cassazione – non vincoli il giudice comune (Laneve cita, in proposito, C. Cost., sent. n. 91/2004), un qualche freno, anche inconscio, alle potenzialità interpretative può porlo. Sui rapporti tra diritto vivente e interpretazione conforme, si veda anche Id., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 18 ss.

<sup>152</sup> Cfr. A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 175-176, 347 ss. (ove cita a suffragio della propria tesi C. Cost., sent. nn. 205/1982 e 133/1984), 429-430. Sul diritto vivente come limite all'interpretazione adeguatrice, si veda anche F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 150 ss.

<sup>153</sup> Cfr. A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 171. Si veda, inoltre, A. Longo, *Spunti di riflessione sul problema dell'interpretazione conforme*, cit., p. 40-41, secondo il quale non esiste nell'ambito del nostro ordinamento possibilità per la Consulta di imporre la propria interpretazione sul diritto vivente, poiché le possibilità dell'interpretazione conforme si esauriscono quando esista un diritto vivente incompatibile con la Costituzione.

<sup>154</sup> Cfr. A. Anzon, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, cit., p. 1086; A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 259-260. Si veda anche F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 153-154, secondo la quale se è vero che, in taluni casi (C. Cost., dec. nn. 158/2000, 367/2001, 3/2002), la Corte ha ritenuto prevalente l'interpretazione conforme rispetto al formato diritto vivente, in altri casi (C. Cost., sent. n. 299/2005), relativi ad un contrasto tra la propria interpretazione e quella elaborata dalle Sezioni Unite della Cassazione, ha ritenuto l'indirizzo interpretativo di quest'ultima ormai così consolidato da comportare la dichiarazione di illegittimità costituzionale, non potendosi più intervenire con una sentenza interpretativa. Si veda, infine, A. Ruggeri, *L'interpretazione conforme e la ricerca del «sistema dei sistemi» come problema*, cit., p. 14, nota 53, il quale parla di un quadro appannato ed attraversato da orientamenti oscillanti, che sembrano resistere alla loro congrua sistemazione a mezzo delle più accurate analisi.

<sup>155</sup> Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 158-159.

<sup>156</sup> Così A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 261 ss., che cita come paradigmatiche C. Cost., dec. nn. 196/1999 e 322/2001. Perplexità nei riguardi della giurisprudenza costituzionale volta ad inco-

te della dottrina che non è il criterio della interpretazione adeguatrice ad essere sussidiario al diritto vivente, quanto, casomai, l'inverso<sup>157</sup>.

Parte della dottrina ha sostenuto che il diritto vivente è rilevante anche nei confronti del giudice che promuove il giudizio, nel senso di esonerarlo dal vincolo dell'interpretazione adeguatrice<sup>158</sup>. In caso di una interpretazione consolidata, infatti, l'obbligo della interpretazione adeguatrice recederebbe da obbligo a semplice permesso o facoltà<sup>159</sup>. In realtà, il limite del diritto vivente per l'interpretazione adeguatrice è un limite mobile, dipendente dall'opinione del giudice comune, che può conformarsi al diritto vivente, ma può pure prescindere e proporre una propria interpretazione adeguatrice<sup>160</sup>. In linea di massima, quindi, non si può che concordare con l'opinione di chi ritiene che la tecnica della interpretazione conforme e quella del diritto vivente siano conciliabili tra loro, in modo da favorire una doppia collaborazione tra Corte e giudici, consentendo perciò la nascita ed il consolidamento di un diritto vivente sulla base di una interpretazione conforme a Costituzione<sup>161</sup>.

Più controverso è se il ricorso, da parte del giudice comune, all'interpretazione adeguatrice debba cedere il passo alla proposizione di una questione di legittimità costituzionale, in presenza di un diritto vivente di dubbia costituzionalità: a quella parte della dottrina che ne ha esplicitamente teorizzato l'opportunità (se non, addirittura, la necessità)<sup>162</sup>, si oppone la considerazione che proprio la giurisprudenza costituzionale degli ultimi tre lustri sembra muoversi in senso opposto, nel senso di subordinare la proposizione di una questione di legittimità costituzionale all'esperimento di una interpretazione conforme: soltanto quando

---

raggiare le «ribellioni» al diritto vivente sono avanzate, invece, da A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 1359; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 235 ss.

<sup>157</sup> Così nuovamente A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 264, che giunge addirittura a parlare di recessività del diritto vivente rispetto all'interpretazione adeguatrice. In senso simile, anche R. Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico*, cit., p. 109 ss., che parla esplicitamente di carattere residuale del diritto vivente. Di una vera e propria «crisi del diritto vivente» parlano, invece, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 323-324. Sulla prevalenza della interpretazione adeguatrice (seppure in termini critici) si sofferma anche I. Ciolli, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 3. In senso simile, anche A. Pugiotto, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale*, cit., p. 162, secondo cui la ripresa dei contrasti interpretativi tra Corte costituzionale e autorità giudiziaria viene originata proprio dal fatto che la Consulta privilegi su tutte le altre strategie argomentative – compreso il diritto vivente – il ricorso al criterio dell'interpretazione adeguatrice. Di relativizzazione del vincolo al diritto vivente parla, infine, G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 244 ss.

<sup>158</sup> Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 154. Sul rapporto tra diritto vivente e interpretazione adeguatrice, si vedano anche A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 168 ss.; A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 257 ss.

<sup>159</sup> Si veda F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 92 ss., che cita in proposito C. Cost., sent. nn. 91/2004 e 299/2005. Diversa è la posizione di A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 160, i quali, pur citando a suffragio di questa tesi C. Cost., sent. nn. 91/2004, 41/2006 e 266/2006, sottolineano che in altri casi (C. Cost., ord. n. 252/2005) la Corte abbia esplicitamente invitato il giudice a ricercare l'interpretazione adeguatrice, andando contro persino il diritto vivente. Di una incompatibilità di fondo tra il doveroso ricorso ad una interpretazione adeguatrice da parte del giudice *a quo* ed il diritto vivente, così come viene inteso dalla dottrina maggioritaria, parla A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 257.

<sup>160</sup> Così nuovamente F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 93. In senso simile, si veda A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 178 (secondo cui il singolo giudice comune può aderire come non aderire al diritto vivente, secondo una scelta costituzionalmente garantita); A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 258.

<sup>161</sup> Così F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 154.

<sup>162</sup> Cfr., in proposito, A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., p. 183 ss.

quest'ultima non sia possibile, può essere sollevata una questione di legittimità costituzionale<sup>163</sup>. A partire dalla sentenza n. 356/1996, infatti, la Corte ha imposto ai giudici, prima ancora di sollevare questione di legittimità costituzionale, la necessità di esperire ogni possibile tentativo di interpretazione conforme: secondo la Consulta, infatti, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime soltanto perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali<sup>164</sup>. In virtù di ciò, quindi, la Corte ha affidato alla autorità giudiziaria compiti e responsabilità del controllo di costituzionalità della legge che essa in precedenza non aveva mai avuto<sup>165</sup>.

### 3. Il dialogo tra corti a livello sovranazionale

#### 3.1. Dialogo tra corti ed argomento comparativo

Una delle manifestazioni peculiari del dialogo tra Corti a livello sovranazionale è il richiamo a sentenze o a principi generali desumibili dalla legislazione o dalla giurisprudenza di altre esperienze giuridiche<sup>166</sup>. Un simile fenomeno, che sembra segnare il ritorno alle logiche

---

<sup>163</sup> Si veda, in proposito, E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 87 ss.; A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 289 ss. (che cita C. Cost., dec. nn. 356/1996; 147/1998; 365 e 367 del 2001; 3 e 116 del 2002; 19 e 155 del 2003; 242/2004); R. Romboli, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, cit., p. 31-32 (che cita C. Cost., sent. nn. 11 e 347 del 1998); F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, cit., p. 88-89 (la quale, a sua volta, cita C. Cost., dec. nn. 456/1989, 121/1994, 98, 216 e 356 del 1996). Forti perplessità su come si è sviluppato il meccanismo dell'interpretazione conforme a partire dagli anni '90 sono avanzate da M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., p. 7 ss.; Id., M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 466 ss.; I. Ciolli, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 1, 3 ss.; G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., spec. p. 211 ss.; A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 1359. Di segnali contraddittori a proposito di eventuali abusi nello strumento dell'interpretazione conforme in questi ultimi tempi parla, infine, E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 127 ss., che individua quattro direzioni lungo cui la creatività giudiziale nel nome della Costituzione tende ad espandersi fuori del raggio di influenza del giudice costituzionale, rischiando di mettere in crisi il carattere accentrato-collaborativo del nostro sistema di controllo di costituzionalità.

<sup>164</sup> C. Cost., sent. n. 356/1996, § 4 del *Considerato in diritto*. Sulla importanza di questa affermazione, si soffermano G. Laneve, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 5 e 12; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 208 (che citano, inoltre, C. Cost., sent. nn. 301/2003; 85/2007; 89/2010; 49 e 287 del 2011; 255/2012; 1, 21 e 46 del 2013). Cfr., tuttavia, F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 45, secondo cui l'asserzione della Corte andrebbe modificata nella parte finale nel senso che «è difficile o improbabile darne interpretazioni costituzionali», poichè la certezza dell'incostituzionalità non riguarda il giudice comune, a cui è demandato un controllo sulla probabilità. In senso simile, si veda F. Modugno, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, cit., p. 2412. Assai critico nei confronti di questa giurisprudenza è, invece, M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 468, secondo cui, radicalizzando in questo modo, la Corte avrebbe finito per invertire il senso originario del paradigma dell'interpretazione conforme.

<sup>165</sup> Si veda, in proposito, E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 57.

<sup>166</sup> Sull'uso degli argomenti comparativi, oltre alla bibliografia già citata, si vedano G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli 2006; A. Vespaziani, *Comparison, Translation and the Making of a Common European Constitutional Culture*, in *German Law Journal* 2008, vol. IX, n. 5, p. 547 ss.; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, spec. p. 400 ss.; S.B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, tr. it. a cura di A. Taruffo, Bologna 2009; A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., spec. p. XII ss., 19-20, 71 ss., 233 ss.; P. Ridola, *Diritto comparato e*

del tardo *ius commune* e del ricorso alla *lex alii loci* da parte della giurisprudenza<sup>167</sup>, si può spiegare con il rilievo assunto dalla globalizzazione economica, che, nel rompere l'inscindibile legame tra territorio e ordinamento giuridico<sup>168</sup>, ha comportato una più forte interazione tra le esperienze giuridiche, e una più intensa circolazione dei modelli giuridici<sup>169</sup>: è stato rilevato che i fenomeni di generalizzazione di un patrimonio costituzionale comune nell'ambito delle grandi aree regionali (*in primis*, nell'ambito europeo), se, da un lato, hanno favorito una tendenza all'omologazione nei cataloghi dei diritti delle nuove carte costituzionali, dall'altro, hanno anche comportato l'affermazione di un approccio comparatistico nella loro interpretazione, sia da parte della dottrina, che da parte della stessa giurisprudenza<sup>170</sup>. È stato osservato, in particolare, che la giurisprudenza è divenuta, assai più della legislazione, veicolo di processi di comunicazione tra esperienze giuridiche diverse, e di processi di ricezione incrociata fra ordinamenti, laddove, invece, la comparazione operata dal legislatore è legata, in linea di massima, al raggiungimento di finalità politiche e resta limitata alla ricognizione, e non va in profondità come i giudici<sup>171</sup>.

Dove l'argomento comparativo ha assunto una centralità nella sua dimensione concreta è senza dubbio nell'ambito della giurisprudenza delle Corti sovranazionali, in quanto esso ha consentito la formazione e la strutturazione di un ordine pubblico europeo dei diritti fondamentali<sup>172</sup>. Nel loro incessante dialogo con i giudici e le giurisdizioni costituzionali nazionali, sia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che la Corte di Giustizia UE hanno fatto (e fanno tuttora) riferimento alla comparazione giuridica per ricostruire uno *standard* di tutela dei diritti<sup>173</sup> (per quanto riguarda la Corte di Lussemburgo si possono citare le sentenze *Hauer, AM & S Europe Ltd.*, *Schmidinger*, *Omega*, *Kadi*, ecc.; per quanto riguarda la Corte di

---

*diritto costituzionale europeo*, cit., p. 293 ss.; Id., *Il "dialogo tra le Corti"*, cit., p. 273-274, 276 ss., 283 ss.; S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 314-315.

<sup>167</sup> Cfr., in proposito, G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., spec. p. 619 ss., 685 ss.; S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., p. 24-25.

<sup>168</sup> Si vedano G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 32; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 391; Id., *Corti costituzionali e diritti universali*, cit. p. 309 ss.

<sup>169</sup> Si vedano B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 21 ss.; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 392 ss.; G.F. Ferrari, A. Gambaro, *Le Corti nazionali e il diritto comparato. Una premessa*, in Id., *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. VII ss., spec. p. XI. Sulla porosità degli ordinamenti giuridici, si veda anche S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., p. 24 ss.

<sup>170</sup> Cfr. P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 188.

<sup>171</sup> Così P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 302. Si veda anche C. Pinelli, *Trapianti, innesti, dialoghi*, cit., p. 503-504, che sottolinea come, mentre sono di regola i legislatori ad essere i protagonisti dei fenomeni di trapianto o di innesto del diritto straniero in un ordinamento nazionale, sono i giudici a essere i protagonisti del fenomeno del dialogo.

<sup>172</sup> Si vedano F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., spec. p. 129 ss., 163 ss., 225 ss.; C.L. Rozakis, *Il giudice europeo come comparatista*, in B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 445 ss.; K. Schiemann, *Il giudice come comparatista*, ivi, p. 467 ss., spec. p. 470 ss.; M. Azpitarte, *Il ruolo dei diritti fondamentali nel processo di formazione del diritto costituzionale comune europeo*, in A. Vespaziani (a cura di), *Diritti fondamentali europei. Casi e problemi di diritto costituzionale comparato*, Torino 2009, p. 1 ss., spec. p. 17 ss.; G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., p. XII, 115-116, 315 ss.

<sup>173</sup> Cfr., in proposito, M. Azpitarte, *Il ruolo dei diritti fondamentali nel processo di formazione del diritto costituzionale comune europeo*, cit., spec. p. 43 ss.; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 280.

Strasburgo, si possono citare i casi *Handyside*, *Sunday Times*, *Dudgeon*, *Godwin*, ecc.)<sup>174</sup>. Secondo Giorgio Repetto, la comparazione giuridica costituisce la dimensione entro la quale si confrontano a livello europeo la diversità delle strategie culturali in materia di diritti, nonché, al tempo stesso, il linguaggio attraverso il quale si viene articolando una visione relazionale e dialogica di questa diversità<sup>175</sup>: in quest'ottica, anzi, la comparazione giuridica viene difesa a spada tratta contro le critiche di parte della dottrina, ed è stata definita come una vera e propria grammatica del dialogo tra le Corti<sup>176</sup>.

Il ricorso ad argomenti comparativi ha riguardato anche la stessa giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali, il che sembrerebbe una vera e propria contraddizione in termini, visto il loro ruolo di custodi della statualità del diritto<sup>177</sup>. Non è infrequente, infatti, che alcune giurisdizioni costituzionali richiamino, nelle loro sentenze, principi affermati da Corti sovranazionali, o da altre Corti costituzionali<sup>178</sup>. È stato rilevato che il dialogo tra le corti non rappresenta più, come avveniva in passato, per il giudice costituzionale un'opportunità, ma una vera e propria necessità, giustificata in primo luogo dalla consapevolezza dell'esistenza di una condivisione di valori e di principi tra i diversi paesi in materia di diritti fondamentali<sup>179</sup>. Secondo questa prospettiva, anzi, dialogo tra Corti significherebbe proprio un'apertura alla comparazione e lo scardinamento delle gerarchie normative interne alla statualità e delle certezze consolidate sul ruolo del giudice costituzionale<sup>180</sup>. L'uso dell'argomento comparativo da

---

<sup>174</sup> Per un approfondimento di questi casi, si veda G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 132 ss., 171 ss., 220 ss.; Id., *I diritti all'identità sessuale e il ruolo della morale pubblica*, in A. Vespaziani, *Diritti fondamentali europei*, cit., p. 91 ss., spec. p. 105 ss., 134 ss.; A. Vespaziani, *Il diritto costituzionale comune europeo nell'era dei bilanciamenti*, ivi, p. 53 ss.; S. Cassese, *I tribunali di Babele*, cit., p. 58 ss.; F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., p. 303 ss.; A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Ristampa, Roma-Bari 2007, spec. p. 120 ss.

<sup>175</sup> Così G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 194. Cfr., tuttavia, G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit. p. 107, secondo cui i riferimenti comparatistici della Corte di Giustizia U.E. si troverebbero nel periodo iniziale della sua attività, e tenderebbero a diradersi nel tempo in virtù del fatto che il riferimento ad essi non avrebbe più una ragion d'essere una volta consolidato il *corpus* della propria giurisprudenza.

<sup>176</sup> Cfr. G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., spec. p. 182 ss., 279 ss., 319 ss.

<sup>177</sup> Su questi aspetti, si vedano A. Barak, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 389 ss.; B.O. Bryde, *Il giudice costituzionale e il dialogo dei costituzionalisti internazionali*, ivi, p. 397 ss.

<sup>178</sup> Cfr., in proposito, G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 48 ss., il quale sottolinea come la Corte costituzionale colombiana e la Corte Suprema argentina abbiano richiamato esplicitamente la giurisprudenza della Corte interamericana, analogamente alle giurisdizioni di alcuni paesi europei (Spagna, Bosnia, Croazia, Slovenia) a proposito della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ma la recezione della giurisprudenza delle Corti sovranazionali può anche travalicare l'area regionale di riferimento: emblematici sono i riferimenti alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo da parte della Corte Suprema canadese nel caso *R. v. Advance Cutting and Coring Ltd.*, ove è citata anche la giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A., o della Corte costituzionale sudafricana in materia di effetti orizzontali dei diritti fondamentali, e in materia di pena di morte, ove viene citata anche la giurisprudenza inglese, statunitense, australiana, neozelandese e tedesca (ivi, p. 121, 141 ss.). Tra le ipotesi in cui sono richiamati principi affermati da Corti costituzionali statali, de Vergottini (ivi, p. 122) cita la giurisprudenza tedesca sul principio di proporzionalità, richiamata non solo dalla Corte EDU nel caso *Handyside* e dalla Corte di Giustizia U.E. nel caso *Marguerite Johnson*, ma da altre Corti costituzionali o da Corti supreme in Canada, Sudafrica, Israele, Australia, Nuova Zelanda e Irlanda.

<sup>179</sup> Così A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*, cit., p. 126-127; Id., *Omosessualità e diritti*, cit., p. 173.

<sup>180</sup> Cfr. P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 193.

parte delle giurisdizioni costituzionali scardinerebbe i presupposti teorici del giuspositivismo statualistico westfalico, in quanto farebbe rifluire nella interpretazione costituzionale la rete delle interdipendenze che condizionano gli Stati costituzionali contemporanei, rinnegando l'idea di un giudice costituzionale incluso nelle maglie dello Stato-nazione introverso<sup>181</sup>. È stato anche osservato che l'uso della comparazione da parte della giurisprudenza costituzionale costituisce un effetto della crisi del modello dello Stato costituzionale chiuso<sup>182</sup>, in corrispondenza della rottura della coincidenza tra l'ambito costituzionale e la sovranità statuale<sup>183</sup>.

Il ricorso al diritto comparato e alla giurisprudenza straniera sono espressioni anche della sempre maggiore complessità delle motivazioni nelle sentenze costituzionali, determinate, a loro volta, dalla crescita della domanda di giustizia costituzionale, nonché della dilatazione dei parametri e degli oggetti di giudizio<sup>184</sup>: la diffusa consapevolezza che i testi costituzionali esprimano valori e che l'interpretazione costituzionale non sia una operazione meccanica ed autoreferenziale<sup>185</sup>, sono fattori che hanno contribuito in modo rilevante ad allargare gli spazi del ricorso alla comparazione giuridica da parte dei giudici costituzionali<sup>186</sup>. Questo non vuol dire, però, che la distinzione operata da Josef Esser tra sistemi assiologicamente chiusi e sistemi assiologicamente aperti sia decisiva ai fini del ricorso agli argomenti comparativi<sup>187</sup>, in quanto è stato rilevato che è soprattutto il ricorso a clausole costituzionali a maglie larghe a consentire operazioni ermeneutiche aperte all'apporto di elementi comparativi: ne fa fede, a tale proposito, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, più disponibile nei riguardi dell'argomento comparativo della giurisprudenza costituzionale italiana o austriaca, proprio in virtù della presenza, nel testo della Legge Fondamentale Tedesca, di clausole generali ed indeterminate, quali, ad esempio, «*Stato sociale di diritto*» o «*contenuto essenziale dei diritti fondamentali*», o, infine «*ordinamento democratico liberale*»<sup>188</sup>. D'altra parte, l'esistenza di clausole generali ed indeterminate nell'ambito delle Costituzioni è

---

<sup>181</sup> Sulla comparazione come elemento che mette in crisi il paradigma westfalico, si veda P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 295; G.F. Ferrari, A. Gambaro, *Le Corti nazionali ed il diritto comparato*, cit., p. XIII-XIV. Una certa diffidenza nei confronti di questa costruzione è avanzata da G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 31 ss.

<sup>182</sup> Sulla distinzione tra Stato costituzionale aperto e Stato costituzionale chiuso, si vedano A. Di Martino, *Il territorio*, cit., p. 27 ss., 295 ss. 411 ss.; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 28, 194, 243 ss.; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 31.

<sup>183</sup> Si vedano G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 390 ss.

<sup>184</sup> Cfr., in proposito, L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., p. 165.

<sup>185</sup> Su queste problematiche, si vedano L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., spec. p. 115 ss.; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., spec. p. 161 ss., 205 ss., 397 ss.; G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo moderno*, Roma-Bari 2009, spec. p. 3 ss.; A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 26 ss.

<sup>186</sup> Cfr., in proposito, G.F. Ferrari, A. Gambaro, *Le Corti nazionali e il diritto comparato*, cit., p. X ss.

<sup>187</sup> Sulla teoria ermeneutica di Esser, si vedano A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 84 ss.; G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 67 ss.; C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica*, cit., p. 134 ss.

<sup>188</sup> Cfr., P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 301. Si vedano, inoltre, A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 27 ss.; A. Somma, S. Haberl, *Uso complementare della comparazione e giurisprudenza costituzionale nell'esperienza tedesca*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit. p. 151 ss.; B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 111 ss.; B.O. Bryde, *Il giudice costituzionale e il dialogo dei costituzionalisti internazionali*, cit., p. 398 ss.

un fenomeno assai diffuso<sup>189</sup>: nell'ultima sua grande opera, Ernst Forsthoff aveva rilevato che la presenza di clausole costituzionali indeterminate o a contenuto generico fosse una caratteristica del costituzionalismo del XX secolo, tale da differenziarlo nettamente da quello del XIX secolo<sup>190</sup>.

È stato giustamente rilevato che l'uso della comparazione è tanto più problematico quanto più larga è la prospettiva metodologica assunta<sup>191</sup>, e che, più che il riferimento puntuale alla legislazione o alla giurisprudenza straniera, prevale, invece, il richiamo implicito a indirizzi consolidati, tradizioni costituzionali, modelli comparatistici e soluzioni normative che trascendono i confini dei singoli ordinamenti, il che, a sua volta, pone il problema dell'uso rigoroso del metodo comparativo e della elaborazione di veri e propri *standards*, a maggior ragione in quei paesi (come l'Italia e la Francia) dove manca l'istituto dell'opinione dissenziente<sup>192</sup>, e dove, perciò, l'argomento comparativo non riesce a fare capolino nella trasparenza del confronto tra i singoli giudici<sup>193</sup>.

Va detto anche che si sono registrate anche posizioni dottrinarie scettiche sull'uso dell'argomento comparativo. Una prima critica è che esso sarebbe una manifestazione di provincialismo<sup>194</sup>, mentre una critica più argomentata è stata mossa da Giuseppe de Vergottini, legandola a una più generale contestazione del dialogo tra le corti. Pur non negando che esista un fenomeno di interazione fra le corti, infatti, egli ritiene che il dialogo sia diventato uno dei feticci retorici che vengono evocati per celare improvvisazioni comparatistiche prive

---

<sup>189</sup> Sulla vaghezza come elemento caratterizzante le disposizioni costituzionali, si vedano L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 120 ss.; F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 31 ss.; G. Bognetti, *Scritti scelti*, cit., p. 320 ss. (secondo il quale i grandi problemi politico-costituzionali non si decidono sul terreno delle piccole disposizioni, ma dalla lettura delle clausole generali ed elastiche). Sulla vaghezza ed elasticità di alcune disposizioni costituzionali come strumenti di cui si è avvalsa la Corte Costituzionale al fine di garantire l'adeguamento dell'ordinamento costituzionale alla mutata realtà socio-economica si sofferma A. Dominici, *Corte costituzionale e crisi economica*, cit., p. 22.

<sup>190</sup> Così E. Forsthoff, *Lo Stato della società industriale*, cit., p. 150-151. Sull'alto grado di indeterminazione che caratterizza le disposizioni delle odierne costituzioni, inoltre, si veda F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. XIII ss., 55 ss.

<sup>191</sup> Cfr., in proposito, P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 297.

<sup>192</sup> Per un'analisi storico-comparativa dell'opinione dissenziente, rinvio a G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 722-723, 749 ss.; Id., *Le opinioni non «segrete» dei giudici dissenzienti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria*, ne *Il Foro italiano* 1982, vol. CV, parte V, col. 97 ss.; A. de Nitto, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, cit., p. 55 ss.; A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli 2016.

<sup>193</sup> Cfr., in proposito, P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 299-300. Sulla mancanza dell'argomento comparativo nella giurisprudenza costituzionale italiana e francese, si veda A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 173, secondo cui tale assenza andrebbe individuata nella mancanza di note nelle pronunce della nostra Corte costituzionale, mentre, per quanto riguarda il *Conseil*, nella tecnica del *vu* e del *considérant*. Sull'argomento comparativo nella giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, si veda G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 128, secondo cui la giurisprudenza del *Conseil* appare permeabile ai precedenti di altri tribunali costituzionali, quali quello tedesco, italiano e spagnolo, ma unicamente in modo indiretto. Si veda, inoltre, P. Passaglia, *L'influenza del diritto comparato sul Conseil constitutionnel francese*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. 81 ss., il quale, pur mettendo in evidenza l'influenza delle esperienze straniere e del diritto comparato nell'evoluzione della funzione del *Conseil*, sottolinea (ivi, p. 96 ss.) come sia assente ogni riferimento esplicito al diritto straniero ed al diritto comparato nell'ambito della sua giurisprudenza. Sulla mancanza dell'opinione dissenziente in Italia e in Francia, infine, si veda A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., p. 317 ss.

<sup>194</sup> Si interroga su questa questione S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 173.

di fondamento<sup>195</sup>: l'attenzione alla giurisprudenza straniera è qualcosa di ben più risalente del fenomeno odierno del dialogo tra corti, ed è una diretta conseguenza di un processo di diffusione che è sempre esistito nei rapporti tra ordinamenti<sup>196</sup>. In particolare, secondo de Vergottini, nelle ipotesi in cui si riscontra una interazione facoltativa (tale è il rapporto tra corti statali paridordinate), più che di dialogo, si dovrebbe parlare, al massimo, di un richiamo unilaterale<sup>197</sup>.

Tra le cause che portano i giudici statali a prendere in considerazione casi consimili decisi in altri ordinamenti, de Vergottini elenca l'insufficienza del testo costituzionale, l'adozione di una nuova costituzione o la profonda revisione della stessa, il caso di ordinamenti inseriti in un'area legale culturale anche dopo il distacco istituzionale, l'influenza del modello costituzionale seguito dal costituente, e l'appartenenza ad una stessa area linguistico-culturale<sup>198</sup>. Tuttavia, egli ritiene che l'attuale contesto di apertura ai principi dell'ordinamento internazionale o condivisi da altri stati non abbia fatto tramontare del tutto il principio della tendenziale autosufficienza dell'ordinamento giuridico statale<sup>199</sup>. Inoltre, il richiamarsi al diritto o alle sentenze altrui non comporta, di per sé, comparazione: di conseguenza, non appare accettabile, a suo avviso, sostenere che una corte faccia ricorso al metodo comparativo per il semplice fatto di richiamare il diritto o le pronunce esterne<sup>200</sup>.

Passando dal dibattito dottrinario all'analisi concreta della giurisprudenza costituzionale, uno dei campi privilegiati dell'argomento comparativo è rappresentato dai diritti degli omosessuali<sup>201</sup>. Per rendersi conto dell'importanza ormai raggiunta dall'argomento compara-

---

<sup>195</sup> Cfr. G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 29 ss.

<sup>196</sup> Cfr. G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 17 ss., ove cita a suffragio della propria ricostruzione il fatto che già sul finire del XIX secolo, la Corte Suprema argentina richiamasse la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense (in particolare, la sentenza *Marbury v. Madison* e la giurisprudenza in materia di *political questions*).

<sup>197</sup> Cfr., in proposito, G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 99 ss.

<sup>198</sup> Si veda G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 104 ss.

<sup>199</sup> Cfr., in proposito, G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 124 ss., che sottolinea come di regola le Corti costituzionali risolvano i casi di costituzionalità senza necessità di ricorrere al diritto straniero o addirittura alla comparazione: emblematica, a suo avviso, è la sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo del 2008 in materia di pari opportunità, in cui i giudici, dopo avere preso in considerazione i regimi previsti dalla normativa italiana e francese, concludono nel senso che l'unico canone costituzionale da seguire è la Costituzione statale.

<sup>200</sup> Così G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 143. Di diverso avviso è, invece, P. Ridola, "Il dialogo tra le Corti", cit., p. 277-278, il quale, facendo riferimento alle ricerche di Legrand, Glenn, Häberle e Delmas-Marty preferisce parlare della comparazione come *comunicazione*, sottolineando come questo approccio sposti il centro della attenzione sulle dinamiche interpretative che si formano all'interno di aree transnazionali di integrazione materiale tra ordinamenti diversi, che spingono i giudici a misurarsi, con intensità diversa a seconda dei casi, con "diritti alieni", nazionali o sovranazionali, con i quali il confronto, non potendo essere sorretto da assetti di tipo gerarchico, si svolge essenzialmente sul terreno assiologico.

<sup>201</sup> Si vedano A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., spec. p. 63 ss., 176 ss.; R. Ibrido, A. Romano, A. Schillaci, *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso. Materiali di diritto comparato*, in *Osservatorio AIC* 2013, n. 0 (maggio 2013); A. Schillaci, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in Id., (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti. Desiderio e riconoscimento*, Roma 2014, p. 195 ss.; R. Ibrido, *Costituzioni in cammino. Argomento sociologico e orientamento sessuale*, ivi, p. 215 ss.; A. Romano, *Diritti e dissenso. Pluralismo politico e resistenze argomentative nella giurisprudenza sul matrimonio tra omosessuali*, ivi, p. 233 ss.

tivo, si possono citare anche alcuni casi emblematici della Corte Suprema statunitense<sup>202</sup>, ovvero di quel Paese che, pur avendo acquisito un ruolo egemonico sul piano globale, è ancora oggi uno dei paesi meno aperti al diritto internazionale e al diritto comparato<sup>203</sup>. Occorre riconoscere, infatti, che, nonostante una consolidata tradizione di isolazionismo giuridico<sup>204</sup>, l'uso dell'argomento comparativo da parte dei giudici statunitensi è cresciuto negli ultimi anni da determinare, quasi per una sorta di reazione, la presentazione al Congresso di un progetto di legge in cui era vietata in modo esplicito la citazione di documenti costituzionali e la giurisprudenza di Paesi diversi dagli Stati Uniti<sup>205</sup>.

In linea di massima, campi privilegiati dell'argomento comparativo sono stati l'interpretazione dell'VIII Emendamento – che proibisce l'irrogazione di pene insolite e crudeli –, e la controversa materia dei nuovi diritti, ma va detto che esso è stato invocato anche in campi più tradizionali come, ad esempio, il federalismo. Per quanto riguarda l'elencazione di alcuni casi emblematici, riferimenti comparativi sono presenti nella storica sentenza della Corte Warren, *Trop v. Dulles* (1958)<sup>206</sup>, in cui l'affermazione della incostituzionalità della perdita della cittadinanza un caso di diserzione viene fondata su una nozione (gli *standards* evolutivi di decenza) elaborata a partire dall'analisi della legislazione delle altre nazioni civili<sup>207</sup>. Per quanto riguarda la Corte Burger, una storica sentenza dove è presente l'argomento

---

<sup>202</sup> Sull'uso dell'argomento comparativo da parte della Corte Suprema, si veda G.F. Ferrari, *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. 307 ss.; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 299; Q. Camerlengo, *Dialogue among Courts*, cit., p. 37 ss.; A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 45 ss.

<sup>203</sup> Cfr., in proposito, S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 258 ss., secondo cui si assisterebbe sul piano del diritto allo stesso fenomeno di quello che è avvenuto sul piano linguistico: inglesi e americani sono diventati egemoni anche grazie alla lingua, ma questo ha finito per rinchiederli in un'isola, in quanto finiscono per conoscere solo la loro lingua. Sulla deriva autoreferenziale dei giudici statunitensi insiste anche G. Calabresi, *Il mestiere di giudice*, cit., p. 80 ss., il quale la contrappone alla rete dialogica che si sta sviluppando in Europa tra le Corti costituzionali, i giudici nazionali e le Corti sovranazionali (Strasburgo e Lussemburgo). Una posizione simile è quella di G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 127, secondo il quale l'attuale prevalenza dell'originalismo porta ad alimentare una sorta di isolamento dell'ordinamento statunitense, costringendo le argomentazioni della Corte Suprema entro i confini del diritto nazionale. Si veda, infine, G.F. Ferrari, *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 310 ss., che parla di un uso sporadico e saltuario, certo non sistematico, di casi o di riferimenti normativi di *common law* o di alcuni paesi europei: a suo avviso, infatti, a livello di Corte Suprema sono pochissime e circostanze in cui le *opinions* contengono menzione di istituti o concetti di diritto straniero o di corti non nazionali, al di fuori dei riferimenti al diritto internazionale pubblico nelle materie di *maritime jurisdiction* o di ricerche sul diritto applicabile in vertenze di diritto internazionale privato.

<sup>204</sup> Di indirizzo isolazionista seguito dalla Corte Suprema parla G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 113. Si veda, inoltre, G.F. Ferrari, *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 315, secondo cui il ricorso al diritto straniero da parte di organi giudiziari statunitensi è un fenomeno di portata sostanzialmente limitata, almeno fino agli anni '90 del ventesimo secolo. Di scarsa apertura alla comparazione costituzionale sino a pochi anni prima parla, infine, A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, cit., p. 156.

<sup>205</sup> Si vedano, in proposito, G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 127; G.F. Ferrari, *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 320 ss.

<sup>206</sup> 356 U.S. 86 (1958). Su questa sentenza, si vedano H. Juergensen, *Congressional Power to Take Away American Citizenship – A Problem in "Rational Nexus"*, in *Law Forum* 1958, p. 298 ss.; R.E. Goostree, *The Denationalization Cases of 1958*, in *The American University Law Review* 1959, vol. VIII, p. 87 ss.; D.E. Nelson jr., *Loss of Citizenship – Statutory Expatriation*, in *Vanderbilt Law Review* 1959, vol. XII, p. 866 ss.; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris 2010, p. 299 ss.

<sup>207</sup> 356 U.S. 86, 102-103.

comparativo è senza dubbio *Roe v. Wade* (1973)<sup>208</sup>, in materia di interruzione della gravidanza. Allo scopo di mettere in evidenza che le leggi penali che vietavano l'aborto fossero relativamente recenti<sup>209</sup>, il giudice Blackmun, redattore dell'*opinion of the Court*, ripercorre storicamente l'evoluzione della legislazione, a partire dall'antichità (l'Impero persiano, il mondo greco, il diritto romano)<sup>210</sup>, per poi passare alla *common law* medioevale e moderna<sup>211</sup>, per arrivare, infine, ai primi *statutes* in Inghilterra<sup>212</sup>. Argomentazioni di tipo storico-comparativo sono presenti anche nella parte dell'*opinion of the Court* che si occupa di confutare la tesi, avanzata dal Texas, del concepimento come inizio della vita<sup>213</sup>.

Ma è soprattutto con la Corte Rehnquist che l'argomento comparativo ha trovato stabile ingresso nell'ambito della giurisprudenza della Corte Suprema. In particolare, è nei casi *Lawrence v. Texas* (2003)<sup>214</sup>, concernente l'incostituzionalità di una legge statale che assoggettava a sanzione penale la sodomia omosessuale tra adulti consenzienti, e *Roper v. Simmons* (2005)<sup>215</sup>, sull'incostituzionalità della pena di morte irrogata ai minorenni, che

---

<sup>208</sup> 410 U.S. 113 (1973). Su questa sentenza, la letteratura è sterminata. Si vedano, *ex multis*, J.H. Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *The Yale Law Journal* 1973, vol. LXXXII, p. 920 ss.; L.A. Wheeler, S.L. Kovar, *Roe v. Wade: the Right of Privacy Revisited*, in *Kansas Law Review* 1973, vol. XXI, p. 527 ss.; E. Hughes Georgius, *Roe v. Wade: What Rights the Biological Father?*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly* 1974, vol. I, p. 251 ss.; G. Bognetti, *Esperienze straniere: la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1974, p. 8 ss. (e in *Id.*, *Scritti scelti*, cit., p. 1 ss.); J.L. Lewis, *Homo Sapienism: Critique of Roe v. Wade and Abortion*, in *Albany Law Review* 1975, vol. XXXIX, p. 856 ss.; D.H. Regan, *Rewriting Roe v. Wade*, in *Michigan Law Review* 1979, vol. LXXVII, p. 1569 ss.; P.A. Smith, *The Right to Privacy: Roe v. Wade Revisited*, in *The Jurist* 1983, vol. XLIII, p. 289 ss.; L.D. Wardle, *Rethinking Roe v. Wade*, in *Brigham Young University Law Review* 1985, p. 231 ss.; D. Johnsen, M. Wilder, *Will Roe v. Wade Survive the Rehnquist Court?*, in *Nova Law Review* 1989, vol. XIII, p. 457 ss.; L.H. Tribe, *Abortion. The Clash of Absolutes*, II ed., New York-London 1992, p. 10 ss.; J.D. Grano, *Teaching Roe and Lochner*, in *The Wayne Law Review* 1996, vol. XLII, p. 1973 ss.; E.M. Maltz, *Roe v. Wade and Dred Scott*, in *Widener Law Journal* 2007, vol. XVII, p. 55 ss.; A. Dutra, *Men Come and Go, but Roe Abides: Why Roe v. Wade Will Be Not Overruled*, in *Boston University Law Review* 2010, vol. XC, p. 1261 ss.; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., p. 429 ss.; S.W. Calhoun, *Why Strive for Balance in a Roe Symposium?*, in *Washington & Lee Law Review* 2014, vol. LXXI, p. 817 ss.; *Id.*, *Justice Lewis F. Powell's Baffling Vote in Roe v. Wade*, *ivi*, p. 925 ss.; C. Forsythe, *The Medical Assumption at the Foundations of Roe v. Wade & Its Implications for Women's Health*, *ivi*, p. 827 ss.; M. Ziegler, *Beyond Backlash: Legal History, Polarization, and Roe v. Wade*, *ivi*, p. 969 ss.; R.S. Meyer, *Re-reading Roe v. Wade*, *ivi*, p. 1025 ss.

<sup>209</sup> 410 U.S. 113, 129.

<sup>210</sup> 410 U.S. 113, 130.

<sup>211</sup> 410 U.S. 113, 132-136.

<sup>212</sup> 410 U.S. 113, 136-137.

<sup>213</sup> 410 U.S. 113, 159-161.

<sup>214</sup> 539 U.S. 558 (2003). Su questa sentenza, si vedano R.E. Barnett, *Justice's Kennedy Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, in *Cato Supreme Court Law Review* 2002-2003, p. 21 ss.; M. Spindelman, *Surviving Lawrence v. Texas*, in *Michigan Law Review* 2004, vol. CII, p. 1615 ss.; N. Lund, J.O. McGinnis, *Lawrence v. Texas and Judicial Hubris*, *ivi*, p. 1555 ss.; K.M. Franke, *The Domesticated Liberty of Lawrence v. Texas*, in *Columbia Law Review* 2004, vol. CIV, p. 1399 ss.; D. Carpenter, *Is Lawrence Libertarian?*, in *Minnesota Law Review* 2004, vol. LXXXVIII, p. 1140 ss.; A. Koppelman, *Lawrence's Penumbra*, *ivi*, p. 1171 ss.; A.S. Leonard, *Thoughts on Lawrence v. Texas*, in *Widener Law Review* 2005, vol. XI, n. 2, p. 171 ss.; C.R. Leslie, *Lawrence v. Texas as the Perfect Storm*, in *University of California Davis Law Review* 2005, vol. XXXVIII, p. 509 ss.; D.L. Hutchinson, *The Majoritarian Difficulty*, cit., p. 33 ss.; E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, cit., p. 809 ss.; J.D. Weinberg, *Remaking Lawrence*, in *Virginia Law Review in Brief* 2012, vol. XCVIII, p. 61 ss.; A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 48 ss.; R. Ibrido, *Costituzioni in cammino*, cit., p. 230-231.

<sup>215</sup> 543 U.S. 551 (2005). Su questa sentenza, si vedano R.P. Alford, *Roper v. Simmons and Our Constitution in International Equipose*, in *UCLA Law Review* 2005, vol. LIII, p. 1 ss.; S. Arvin, *Roper v. Simmons and International Law*, in *Denver University Law Review* 2005, vol. LXXXIII, n. 1, p. 209 ss.; D.R. Williams, *Roper v.*

l'utilizzazione degli argomenti comparativi da parte del giudice Kennedy, redattore di entrambe le *opinions of the Court*, ha suscitato feroci reazioni, anche tra gli stessi giudici della Corte Suprema – basti pensare alle durissime *dissenting opinions* del giudice Scalia<sup>216</sup> –, in virtù del fatto che esso viene utilizzato esplicitamente per ribaltare precedenti giurisprudenziali più o meno consolidati.

Nel caso *Lawrence*, il giudice Kennedy parte dalla constatazione che la maggioranza nel caso *Bowers v. Hardwick* abbia semplificato il quadro storico in modo grossolano, al fine di sostenere che le leggi penali contro la sodomia omosessuale avessero un solido ancoraggio nella tradizione giuridica<sup>217</sup>. A questo scopo, egli sottolinea che ben cinque anni prima della decisione *Bowers*, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in *Dudgeon v. United Kingdom*, aveva dichiarato illegittime le leggi che punivano l'omosessualità, collocandosi agli antipodi rispetto alle affermazioni del caso *Bowers*<sup>218</sup>. Ad ulteriore conferma della lontananza del caso *Bowers* dalla tradizione giuridica occidentale, infine, il giudice Kennedy sottolinea che non solo la Corte Europea ha più volte ribadito il precedente di *Dudgeon* in ulteriori sentenze, ma anche che la legislazione di molti Paesi ha riconosciuto una serie di diritti alle coppie omosessuali<sup>219</sup>. Per quanto riguarda la sentenza *Roper v. Simmons*, il giudice Kennedy, dopo avere richiamato gli *standards* evolutivi di decenza<sup>220</sup>, ritiene la pena di morte ai minorenni una pena sproporzionata<sup>221</sup>, poiché essa deve essere limitata ad una ristretta categoria di reati e di soggetti<sup>222</sup>. A sostegno delle proprie argomentazioni, Kennedy sottolinea che gli Stati Uniti sono rimasti l'unico Paese a prevedere la pena di morte nei confronti dei minorenni.

---

*Simmons and the Limits of the Adjudicatory Process*, in *Michigan State Law Review* 2005, p. 1113 ss.; J. Mazingo, *Roper v. Simmons: the Height of Hubris*, in *Law & Psychology Review* 2005, vol. XXIX, p. 261 ss.; E. Cepparulo, *Roper v. Simmons: Unveiling Juvenile Purgatory: Is Life Really Better Than Death?*, in *Temple Political & Civil Rights Law Review* 2006, vol. XVI, n. 1, p. 225 ss.; A. Haider, *Roper v. Simmons: The Role of the Science Brief*, in *Ohio State Journal of the Criminal Law* 2006, vol. III, p. 369 ss.; D. DeNunzio, *Roper v. Simmons*, in *Ohio Northern University Law Review* 2006, vol. XXXII, p. 369 ss.; B.P. Leavitt, *Subjectivity and the American Court: An Analysis of Roper v. Simmon*, in *Grove City College Journal of Law & Public Policy* 2014, vol. LI, p. 95 ss.

<sup>216</sup> Sulla contrarietà di Scalia alle aperture comparatistiche della sentenza *Lawrence*, si sofferma A. Romano, *Diritti e dissenso*, cit., p. 246. Sulla posizione di Scalia, inoltre, si veda G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 125 ss., secondo cui essa non è altro che la riproposizione della tradizionale tesi secondo la quale la Corte Suprema avrebbe attribuzioni meramente esecutive della Costituzione, e non, invece, creative, attribuzioni che spetterebbero, invece, ai soli organi democraticamente eletti. A suo dire, inoltre, la posizione di Scalia (ivi p. 138) porrebbe anche un problema di legittimazione del ricorso alle fonti esterne, in quanto tale ricorso comprometterebbe, in ultima istanza, anche il ruolo delle stesse come garanti della Costituzione. Per una critica delle teorie ermeneutiche del giudice Scalia, rinvio a F.I. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario*, cit., p. 175 ss.; L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, tr. it. a cura di D. Donati, Bologna 2005, p. 100, 131 ss.; A. Ridolfi, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, cit., p. 8 ss.; G. Calabresi, *Il mestiere di giudice*, cit., p. 21, 55-56; S. Volterra, *Alcune recenti e meno recenti dispute intorno all'interpretazione della Costituzione statunitense*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, cit., Tomo I, p. 651 ss., spec. p. 659-660, 664 ss.; S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 41, 45-46, 51, 74, 101-102, 106, 121 ss., 167, 231.

<sup>217</sup> 539 U.S. 558, 571.

<sup>218</sup> 539 U.S. 558, 573.

<sup>219</sup> 539 U.S. 558, 576-577.

<sup>220</sup> 543 U.S. 551, 560-561.

<sup>221</sup> 543 U.S. 551, 564.

<sup>222</sup> 543 U.S. 551, 568.

ni, e cita tutta una serie di sentenze in cui la Corte Suprema si è avvalsa dell'argomento comparativo come criterio di interpretazione dell'VIII Emendamento<sup>223</sup>.

Decisamente inferiori, per importanza e per quantità, sono, invece, i riferimenti comparativi nella giurisprudenza della Corte Roberts, confinati per lo più nell'ambito di opinioni dissenzienti. Basti pensare, per esempio, alle *dissenting opinions* dei giudici Scalia ed Alito, nel caso *United States v. Windsor* (2013)<sup>224</sup>, riguardante l'incostituzionalità del *Defense of Marriage Act* (DOMA). In un passo della sua *opinion*, infatti, Scalia richiama l'art. 93 GG, accusando la maggioranza di avere preso a modello il *Bundesverfassungsgericht* tedesco<sup>225</sup>. D'altra parte, già nella *dissenting opinion* nel caso *Lawrence*, Scalia aveva citato esplicitamente citato la giurisprudenza del Canada per paventare il rischio che potesse trovare ingresso anche negli U.S.A. l'istituto del matrimonio omosessuale<sup>226</sup>. Il giudice Alito, invece, allo scopo di negare che il *same sex marriage* sia un istituto profondamente radicato nella tradizione giuridica occidentale, rileva come esso sia presente solo nella legislazione olandese<sup>227</sup>.

### 3.2. L'argomento comparativo nella giurisprudenza italiana

Per quanto riguarda l'uso degli argomenti comparativi nell'ambito della giurisprudenza italiana<sup>228</sup>, occorre distinguere tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza dei giudici

---

<sup>223</sup> 543 U.S. 551, 575-576.

<sup>224</sup> 133 S.Ct. 2675; 186 L.Ed.2d 808 (2013). Su questa sentenza, si vedano E.B. Wudra, *Reading the Opinions – and the Tea Leaves – in United States v. Windsor*, in *Cato Supreme Court Law Review* 2012-2013, p. 95 ss.; E.A. Young, E.C. Blondel, *Federalism, Liberty, and Equality in United States v. Windsor*, ivi, p. 117 ss.; E.A. Young, *United States v. Windsor and the Role of State Law in Defining the Rights Claims*, in *Virginia Law Review* 2013, vol. XCIX, n. 1, p. 39 ss.; C.G. Joslin, *Windsor, Federalism, and Family Equality*, in *Columbia Law Review Sidebar* 2013, vol. CXIII, p. 156 ss.; M.J. Klarman, *Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality*, in *Harvard Law Review* 2013, vol. CXXVII, p. 127 ss.; D. Nejaime, *Windsor's Right to Marry*, in *The Yale Law Journal* 2013, vol. CXXIII, p. 219 ss.; M. Penrose, *Something to [Lex Loc] Celebrationis?: Federal Marriage Benefits Following United States v. Windsor*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly* 2013, vol. XLI, n. 1, p. 41 ss.; A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 54 ss.; A. Schillaci, "This case is not routine". *La Corte Suprema e il same sex marriage, tra tutela dei diritti e limiti della giurisdizione*, in *Osservatorio AIC* 2013, n. 0 (luglio 2013); Id., *Costruire il futuro*, cit., p. 209 ss.; R. Ibrido, *Costituzioni in cammino*, cit., p. 231; A. Romano, *Diritti e dissenso*, cit., p. 238 ss.; S.C. Loehr, *Strictly Speaking, DOMA is Unconstitutional: United States v. Windsor*, in *Charlotte Law Review* 2014, vol. V, p. 165 ss.; R.S. Myers, *The Implications of Justice Kennedy's Opinion in United States v. Windsor*, in *Elon Law Review* 2014, vol. VI, p. 323 ss.; S. Girgis, *Windsor: Lochnerizing on Marriage?*, in *Case Western Reserve Law Review* 2014, vol. LXIV, n. 3, p. 971 ss.; K.M. Bridges, *Windsor, Surrogacy, and Race*, in *Washington Law Review* 2014, vol. LXXXIX, p. 1125 ss.; S.W. Pollvogt, *Marriage Equality, United States v. Windsor, and the Crisis in the Equal Protection Jurisprudence*, in *Hofstra Law Review* 2014, vol. XLII, p. 1045 ss.; M.R. Poirier, "Whiffs of Federalism" in *United States v. Windsor: Power, Localism and Kulturkampf*, in *University of Colorado Law Review* 2014, vol. LXXXV, p. 935 ss.; R.A. Kaplan, "It's All About Edie, Stupid": *Lessons from Litigating United States v. Windsor*, in *Columbia Journal of Gender and Law* 2015, vol. XXIX, n. 1, p. 85 ss.; M. Strasser, *United States v. Windsor and Interstate Marriage Recognition*, in *South Dakota Law Review* 2015, vol. LX, p. 409 ss.

<sup>225</sup> Cfr. p. 3 dell'*opinion* del giudice Scalia.

<sup>226</sup> 539 U.S. 558, 604. Si vedano, inoltre, anche G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 113; A. Romano, *Diritti e dissenso*, cit., p. 239.

<sup>227</sup> Cfr. p. 7 dell'*opinion* del giudice Alito.

<sup>228</sup> Sull'uso dell'argomento comparativo nella giurisprudenza italiana, si veda V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, in G. Iudica, G. Alpa (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli 2006, p. 321

comuni, anche se non mancano ricostruzioni dottrinarie che tendono a sottolineare gli elementi di continuità tra di esse<sup>229</sup>. Quanto all'uso dell'argomento comparativo nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, la dottrina è generalmente concorde nel ritenere che sia poco praticato, anche se poi si riscontra una certa divergenza circa l'effettiva portata del fenomeno. Tra gli studiosi più scettici sull'uso degli argomenti comparativi sono senza dubbio Vincenzo Zeno-Zencovich e Lucio Pegoraro, i quali, nell'analizzare i primi 50 anni della giurisprudenza costituzionale, hanno messo in evidenza una sostanziale scarsità di essi dal punto di vista quantitativo: a loro dire, infatti, nonostante una sempre maggiore complessità nelle motivazioni, le sentenze della Corte italiana hanno utilizzato raramente l'*argumentum a comparatione* (per di più, quasi mai nell'ambito della *ratio decidendi*)<sup>230</sup>. È stato osservato, in particolare, che, con la solitaria eccezione rappresentata dal *Conseil constitutionnel* francese<sup>231</sup>, la Corte italiana utilizza l'argomento comparativo assai meno delle altre Corti<sup>232</sup>.

Secondo Zeno-Zencovich, tranne tre solitarie sentenze redatte da Edoardo Volterra<sup>233</sup>, l'argomento comparativo è mancante anche in tutti quei casi in cui sarebbe stato naturale farvi riferimento (le declaratorie di incostituzionalità del T.U.L.P.S., le sentenze in materia di diritto penale e procedura penale, e, in particolare, quelle riguardanti il principio *ignorantia legis non excusat*, ecc.)<sup>234</sup>. La conferma delle enormi difficoltà, da parte della Corte

---

ss.; L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. 477 ss. A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2006, n. 2, p. 983 ss.; A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*, cit., p. 153 ss.; B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., p. 100 ss.; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 129 ss.

<sup>229</sup> Si veda L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 507, secondo cui, nonostante il fatto che le Corti costituzionali, proprio per la maggiore libertà interpretativa di cui godono, dovrebbero richiamare il diritto comparato più frequentemente dei giudici ordinari, gli studi dei comparatisti comprovano che c'è un *continuum* quantitativo e qualitativo, nel senso che dove i giudici comuni usano molto i riferimenti comparatistici, altrettanto li impiegano i giudici costituzionali, mentre dove i giudici comuni sono restii a usare riferimenti alieni, le Corti costituzionali seguono la stessa strada. Di diverso avviso sembra, invece, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, cit., p. 160 ss., che ritiene la giurisprudenza ordinaria in controtendenza rispetto a quella costituzionale, e cita a suffragio della propria tesi la decisione della Cassazione sul caso *Scientology* (Cass. pen., sez. VI, sent. 8 ottobre 1997, n. 9476).

<sup>230</sup> Si vedano, in proposito, V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., spec. p. 361 ss.; L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 496 ss.

<sup>231</sup> Cfr., in proposito, P. Passaglia, *L'influenza del diritto comparato sul Conseil constitutionnel francese*, cit., p. 98 ss., secondo cui il mancato uso dell'argomento comparativo da parte del *Conseil* trae origine, in primo luogo, dal tipo di controllo (preventivo, anziché successivo), e, in secondo luogo, dalle modalità di espressione della argomentazione, che si risolve in breve e secca serie di *considérant*, senza che residui molto spazio per citazioni giurisprudenziali. In senso simile, si vedano L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 501-502; *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, cit., p. 159.

<sup>232</sup> Cfr. G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 106-107; L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 499 ss.

<sup>233</sup> Si veda V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 325 ss., ove fa riferimento a C. Cost., sent. nn. 91/1973, 153/1979 e 96/1981.

<sup>234</sup> Si veda V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 329 ss., che cita tra le rare eccezioni C. Cost., sent. nn. 24 e 38 del 1973; 226 e 290 del 1974; 27 e 28 del 1975; 20/1978; 117/1979; 60, 121, 177 e 180 del 1980; 1 e 11 del 1981; 161/1985; 212/1986;

italiana, di uscire dagli angusti confini del giuspositivismo statalista emergerebbe, per Zeno-Zencovich, anche dall'incerta giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra diritto interno e diritto comunitario<sup>235</sup>. Quanto a Pegoraro, egli, pur precisando che i riferimenti a categorie generali non siano di scarsa importanza<sup>236</sup>, e che i richiami al diritto internazionale o comunitario siano cosa diversa dai richiami comparatistici<sup>237</sup>, e pur sottolineando che un esame sistematico delle sentenze della Corte italiana dal 1980 al 1987 permetta di affermare che i riferimenti comparatistici non siano assenti<sup>238</sup>, sostiene che essi non siano numerosi, e addirittura in diminuzione a partire dagli anni '90<sup>239</sup>. Le ragioni della refrattarietà della nostra Corte risiederebbero, per Pegoraro, in due aspetti tipici del nostro ordinamento<sup>240</sup>: da un lato, il carattere impersonale della sentenza, e, dall'altro, il divieto di citazione della dottrina (ex art. 118 disp. att. cod. proc. civ.)<sup>241</sup>.

Un certo scetticismo sull'uso dell'argomento comparativo da parte della nostre Corte costituzionale caratterizza anche l'analisi di Angioletta Sperti, la quale, dopo avere premesso che una disamina delle pronunce degli ultimi venti anni sembrerebbe avvalorare la tesi dell'uso frequente, puntualizza che si tratta per lo più di generiche invocazioni dei principi posti a base del fondamento di uno Stato democratico o dello Stato di diritto o delle moderne democrazie parlamentari, e, come tali, risultano irrilevanti<sup>242</sup>. Analogamente irrilevanti sono, a suo avviso, gli *excursus* storici su particolari istituti, così come le pronunce in cui il riferimento ad altre esperienze è giustificato dal richiamo ad obblighi assunti sul piano internazionale, né, infine, le numerose decisioni in cui la Corte italiana richiama atti normativi stranieri<sup>243</sup>. Di conseguenza, in virtù di queste esclusioni, il numero delle pronunce finisce per essere assai

---

71/1987; 1085 del 1988; 465/1992; 234, 341 e 420 del 1994; 108, 149, 286 e 422 del 1995; 334 e 370 del 1996; 32, 341 e 388 del 1999; 227, 376 e 518 del 2000; 445, 466, 469 e 494 del 2002; 303/2003; 281/2004.

<sup>235</sup> Si veda V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 357 ss., laddove sottolinea che questa incertezza verrebbe a cadere solo da C. Cost., sent. n. 383/1998, a partire dalla quale la Corte italiana avrebbe iniziato un vero e proprio dialogo con il diritto e le istituzioni comunitarie.

<sup>236</sup> Cfr. L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 480-481, ove cita a suffragio della propria ricostruzione C. Cost., sent. nn. 248 e 268 del 1986; 96/1997.

<sup>237</sup> Così L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 483, secondo il quale una cosa è argomentare sulla base del rispetto di un trattato, di una convenzione o di una direttiva comunitaria, altra è citare le normative straniere quali *argumentum quoad auctoritatem* per respingere o per accogliere una determinata soluzione. Sulla distinzione tra diritto internazionale e diritto comparato insiste anche G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 119 ss.

<sup>238</sup> Cfr. L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 485-486, ove sottolinea che i riferimenti comparatistici siano mediamente 4-5 ogni anno.

<sup>239</sup> Si veda, in proposito, L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 486 ss.

<sup>240</sup> Cfr., in proposito, L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 509 ss.

<sup>241</sup> Su queste problematiche, si veda A. de Nitto, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, cit., p. 11-12, 65-66, che ritiene il divieto di citazione della dottrina e la decisione quale atto impersonale del collegio espressioni del principio della soggezione del giudice al legislatore. Su questi aspetti, inoltre, si veda G. Gorla, *Le opinioni non «segrete» dei giudici dissenzianti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria*, cit., col. 100 ss.; Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., spec. p. 396 ss., 714-715, 724 ss.

<sup>242</sup> Si veda A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, cit., p. 153-154.

<sup>243</sup> Cfr. A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, cit., p. 154-155.

scarso, riguardando, per la maggior parte dei casi, la tutela dei diritti fondamentali<sup>244</sup>. Il richiamo alle pronunce delle Corti costituzionali straniere è, per la Sperti, in genere motivato dalla sola volontà della nostra Corte di avvalorare le sue conclusioni, e dipende in gran parte dalla sensibilità dei singoli giudici componenti<sup>245</sup>.

Ugualmente scettica è, infine, anche la posizione di Giuseppe de Vergottini, secondo cui la Corte costituzionale italiana rientrerebbe nell'ambito dei giudici che fanno semplice menzione del diritto esterno<sup>246</sup>, in quanto, a suo dire, è arduo riconoscere che la Corte italiana operi utilizzando la comparazione per formare la propria decisione<sup>247</sup>. Pur ammettendo che sono numerosi gli esempi di sentenze in cui vengono fatti richiami a principi generali condivisi da più ordinamenti, de Vergottini sottolinea, tuttavia, che richiamare lo Stato di diritto, lo Stato democratico, lo Stato democratico di diritto, non significa affatto fare comparazione<sup>248</sup>. Anche quando la Corte italiana ha fatto un riferimento più puntuale a specifici istituti, facendo presupporre la conoscenza di altri ordinamenti e la loro comparazione, si tratterebbe di richiami rafforzativi di una scelta decisionale già orientata, e, in quanto tali, non apparirebbero di per sé determinanti ai fini della formazione della decisione<sup>249</sup>. A dimostrazione della scarsa sensibilità della nostra Corte per l'argomento comparativo, de Vergottini cita anche C. Cost., sent. n. 262/2009, in cui, pur avendo uno dei rimettenti svolto tutta una serie di considerazioni di diritto comparato al fine di contestare la legittimità costituzionale del c.d. «*Iodo Alfano*»<sup>250</sup>, di queste considerazioni non vi è traccia nel *Considerato in diritto*, esempio eclatante di ragionamento tutto incentrato sul diritto italiano<sup>251</sup>.

Alla ricostruzione di Zeno-Zencovich ha espressamente replicato Antonio Baldassarre, secondo cui c'è un legame evidente tra la scarsa utilizzazione dell'argomento comparativo e la mancanza della *dissenting opinion*, in quanto sono due facce della stessa medaglia<sup>252</sup>. A suo avviso, infatti, la pubblicazione delle *opinions* dei giudici costituzionali costitui-

---

<sup>244</sup> Si veda A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, cit., p. 156 ss.

<sup>245</sup> Cfr. A. Sperti, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, cit., p. 158

<sup>246</sup> Cfr. G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 128 ss.

<sup>247</sup> Si veda G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 129.

<sup>248</sup> Si veda G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 129, 143.

<sup>249</sup> Cfr. G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 130.

<sup>250</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 262/2009, § 3.1.1. del *Ritenuto in fatto*.

<sup>251</sup> Si veda G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 145-146.

<sup>252</sup> Si veda A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, cit. p. 988. Per una difesa della *dissenting opinion*, rinvio a S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., spec. p. 50, 53-54, 79, 116, 121, 134, 227-228, 237, 251, 261-262, 275 ss., 290-291; A. Romano, *Diritti e dissenso*, cit., p. 233-234; A. Ridolfi, *Interpretazione costituzionale, positivismo giuridico ed opinione dissenziente*, cit., p. 475 ss., 506 ss.; C. Salazar, *La magistratura*, cit., p. 70-71; A. de Nitto, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, cit., p. 50 ss.; A. Giuliani, *Presentazione*, in C. Perelman, *Logica giuridica, nuova retorica*, cit., p. XIV. Più complessa è la posizione di A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 70 ss., i quali, pur sottolineando che il principio di collegialità non venga in alcun modo menomato dalla introduzione del *dissent*, ma, anzi, quest'ultimo ne venga solo a guadagnare, rilevano che, nella attuale congiuntura, caratterizzata da una esasperata conflittualità politico-partitica, la divulgazione dei dissensi interni alla Corte potrebbe trascinare quest'ultima ancor di più nell'agone politico, finendo col comprometterne la legittimazione e l'autorevolezza. Critico nei riguardi dell'introduzione della *dissenting opinion*, in virtù della strenua difesa del principio di collegialità della Corte è, invece, G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, cit., spec. p. 67 ss., 80 ss.; Id., *Intorno alla legge*, cit., p. 309 ss.

sce un potente incentivo che favorisce la citazione della dottrina giuridica nazionale e straniera, nonché l'uso di argomenti tratti dal diritto comparato ed il ricorso all'evoluzione storica a sostegno delle tesi interpretative enunciate: dovendo affrontare un confronto pubblico, ogni *opinion* è portata a mostrare che dalla sua parte stanno la maggioranza dei giuristi (o, comunque, la migliore dottrina), le posizioni degli ordinamenti ritenuti più civili e, non da ultima, l'evoluzione dei fatti storici<sup>253</sup>. Viceversa, per Baldassarre, l'opzione a favore di una motivazione unica costituisce un forte incentivo a non citare la dottrina e a non fare ricorso ad argomenti di carattere storico e comparatistico. La mancanza di pubblicità riguardo alle posizioni espresse nel processo decisionale conferirebbe, infatti, un contrassegno di sacralità alle decisioni della Corte, per effetto del quale queste ultime, anziché presentarsi come frutto di un procedimento orientato da una razionalità discorsiva, apparirebbero piuttosto come il risultato di un risultato volto alla scoperta della verità (processuale): quella esposta nella sentenza finirebbe per configurarsi come la vera Costituzione che si ergerebbe al di sopra del conflitto delle interpretazioni emerso nelle sedi giudiziali diverse da quella costituzionale e nelle opinioni della dottrina. Di conseguenza, il fatto che la decisione non si presenti come frutto di un confronto discorsivo fra diverse alternative indurrebbe la stessa Corte a non rendere manifesta l'interpretazione storica più coerente con la decisione assunta o con l'illustrazione di come gli altri ordinamenti abbiano cercato di risolvere il medesimo problema, poiché potrebbero fornire elementi critici, i quali finirebbero per indebolire agli occhi dell'opinione pubblica la decisione adottata, più che rafforzarla<sup>254</sup>.

Tuttavia, prosegue Baldassarre, questo non vuol dire affatto che la Corte italiana sia impermeabile alla comparazione: nelle decisioni dove il metodo della comparazione giuridica poteva essere influente, esso è stato sufficientemente utilizzato<sup>255</sup>. A suo dire, se si considerano le decisioni agli orientamenti giurisprudenziali più significativi nei diversi settori, si riscontrano, al di là delle omesse citazioni, echi manifesti di sentenze straniere e di discussioni dottrinali che si sono svolte in ordinamenti diversi dal nostro<sup>256</sup>. L'esempio più cospicuo di quel che lo stesso Baldassarre chiama "travaso per comparazione" sarebbe costituito dalla concezione dei diritti inviolabili come valori costituzionali superiori ad ogni altro principio costituzionale, tali da sottrarli persino alla revisione costituzionale del loro contenuto essenziale: in questa concezione è, a suo dire, evidente l'influenza della dottrina statunitense delle *preferred positions* e di quella tedesca del *Wesengehalt*. A sostegno della sua tesi, Baldassarre cita anche la sentenza n. 170/1984, che risulterebbe influenzata dalla giurisprudenza della Corte Suprema in materia di federalismo nella formulazione «*ordinamenti separati, ma coordinati*», nonché dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* (la sentenza *Solan-ge I*, in particolare) nel superamento della prospettiva internazionalistica dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario<sup>257</sup>.

---

<sup>253</sup> Così nuovamente A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, cit., p. 985.

<sup>254</sup> Cfr., in proposito, A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, cit., p. 986.

<sup>255</sup> Così A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, cit., p. 990.

<sup>256</sup> Si veda A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, cit., p. 989.

<sup>257</sup> Cfr. A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, cit., p. 989.

In generale, alle ricostruzioni svalutative dell'argomento comparativo, si può ribattere che l'elenco delle sentenze del primo cinquantennio in cui è presente l'argomento comparativo andrebbe ampliato, se si considera che la Corte italiana ha fatto più volte riferimento all'argomento storico-comparativo in materia di libertà di manifestazione del pensiero, verificando, per esempio, se fattispecie analoghe erano previste nel Codice Zanardelli, ritenuto espressione della nostra migliore tradizione liberale, ovvero se fossero previste anche dalla legislazione di altri Stati<sup>258</sup>. Inoltre, non c'è dubbio che, per quanto riguarda la storica sentenza della Corte costituzionale italiana del 1975 in materia di aborto, la sentenza *Roe v. Wade* della Corte Suprema statunitense rimanga un punto di riferimento per la nostra Corte, tanto da riecheggiarne persino le argomentazioni<sup>259</sup>. Infine, occorre sottolineare che una delle sentenze più importanti in materia di rapporti Stato-regioni intervenuta dopo la revisione costituzionale del 2001, la n. 303/2003, si apre con un esplicito riferimento di diritto comparato, poiché vengono esplicitamente richiamati la *Supremacy Clause* dell'ordinamento statunitense e il meccanismo della *konkurriende Gesetzgebung* previsto dal *Grundgesetz* tedesco<sup>260</sup>.

Né può essere taciuto il fatto che, con l'approvazione della l. cost. n. 3/2001, che ha introdotto come limite generale alla potestà legislativa statale e regionale l'ordinamento comunitario ed i trattati internazionali, i riferimenti ai documenti europei ed alla giurisprudenza delle corti europee sono divenuti sempre più puntuali. Un esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di insindacabilità parlamentare si può trovare, per esempio, nella sentenza n. 120/2004, riguardante questioni di legittimità costituzionale della l. n. 140/2003<sup>261</sup>. Citazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E., del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York nel 1966, nonché della Carta dei Diritti Fondamentali U.E., sono presenti nella sentenza n. 393/2006, concernente le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, l. n. 251/2005<sup>262</sup>. Citazioni della Carta dei Diritti Fondamentali U.E. e del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici sono presenti nella sentenza n. 394/2006, in materia di reati elettorali<sup>263</sup>.

Ma è a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 che le giurisprudenze delle corti europee ha trovato uno stabile ingresso nella giurisprudenza costituzionale di casa nostra. Queste due sentenze, infatti, possono essere ritenute l'inizio di una *Neue Ära* non solo per quel riguarda i rapporti tra l'ordinamento italiano e quello della CEDU, ma soprattutto per quello che riguarda i richiami della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e di Lussembur-

---

<sup>258</sup> Cfr., in proposito, A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 1336-1337, che sottolinea come ascrivibili al primo indirizzo siano C. Cost., sent. nn. 29/1960, 65/1970 e 108/1974, mentre ascrivibile al secondo indirizzo sia la già citata C. Cost., sent. n. 341/1994. Ritiene la sentenza n. 65/1970 direttamente influenzata dalla dottrina statunitense del *clear and present danger* C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova 1972, p. 103-104, 109.

<sup>259</sup> Cfr., in questo senso, G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 21-22.

<sup>260</sup> Cfr., in proposito, C. Cost., sent. n. 303/2003, § 2.1 del *Considerato in diritto*. Sull'importanza dell'argomento comparativo nella sentenza n. 303/2003 si sofferma anche P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 300. Di diverso avviso è, invece, G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 131, secondo il quale il richiamo all'ordinamento statunitense e a quello tedesco sarebbe piuttosto sommario.

<sup>261</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 120/2004, § 4 del *Considerato in diritto*. Sottolinea questa peculiarità G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 83-84.

<sup>262</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 393/2006, §§ 6.1 e 6.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>263</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 394/2006, § 6.4 del *Considerato in diritto*.

go<sup>264</sup>: basti pensare, per esempio, alle successive sentenze sempre in tema di rapporti tra CEDU e ordinamento italiano<sup>265</sup>, o in quelle in materia matrimoniale<sup>266</sup>, o in quelle riguardanti proprietà ed espropriazione<sup>267</sup>, o alla giurisprudenza in materia di diritto e procedura penale<sup>268</sup>.

Tra le ulteriori sentenze che hanno utilizzato argomenti comparativi, si può citare la sentenza sul c.d. «*caso Alitalia*»<sup>269</sup>, ove, per giustificare la gigantesca operazione di concentrazione in deroga al principio della libertà di concorrenza, la Consulta svolge un'analisi della disciplina legislativa in materia di concentrazioni di imprese prevista in tre Paesi dell'Unione Europea (Francia, Germania, Gran Bretagna)<sup>270</sup>, comparandola con il meccanismo previsto dall'art. 25 della legge n. 287/1990<sup>271</sup>, e concludendo nel senso che la disciplina generale contenuta nella l. n. 287/1990 non è a contenuto costituzionalmente vincolato, dal momento che il legislatore ordinario può prevedere la possibilità di autorizzare operazioni di concentrazione in vista del contemperamento con altri interessi rilevanti dal punto di vista costituzionale<sup>272</sup>.

Argomentazioni comparative sono svolte dalla Corte costituzionale anche nella sentenza n.1/2014, riguardante l'illegittimità costituzionale della l. n. 270/2005, sia nel passo in cui viene riportata esplicitamente la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco in materia di uguaglianza di voto<sup>273</sup>, sia nel passo ove viene citata giurisprudenza della Corte

---

<sup>264</sup> Cfr., in proposito, S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 295, che sottolinea come negli ultimi anni la Corte sia meno timida nell'uso, in funzione persuasiva, del diritto straniero, e, in funzione normativa, del diritto europeo (sia il diritto comunitario che il diritto CEDU).

<sup>265</sup> Si vedano C. Cost. sent. nn. 39 e 129 del 2008, 311 e 317 del 2009 (dove viene citata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo); 93/2010 (dove la Corte italiana cita non solo la giurisprudenza di Strasburgo, ma anche la Carta di Nizza e il Patto Internazionale sui diritti civili e politici firmato a New York nel 1966); 80/2011 (dove la Corte italiana cita sia la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che quella di Strasburgo).

<sup>266</sup> Si veda C. Cost. sent. nn. 138/2010 (ove vengono citate la Carta di Nizza, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e giurisprudenza della Corte di Strasburgo), 245/2011 (dove sono citate la Carta di Nizza, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo), 170/2014 (ove viene citata non solo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ma anche una sentenza della *Verfassungsgerichtshof* austriaca ed una del *Bundesverfassungsgericht* tedesco).

<sup>267</sup> Oltre alle già citate C. Cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007, si vedano C. Cost., sent. nn. 293/2010, 181/2011, 71/2015.

<sup>268</sup> Oltre alla già citata C. Cost., sent. n. 129/2008, si vedano C. Cost. sent. nn. 113/2011 (ove viene abbondantemente citata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo), 236/2011 (dove viene citata non solo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo, ma anche il Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea); 230/2012 e 210/2013 (ove vengono citate sia giurisprudenza della Corte di Strasburgo che di quella di Lussemburgo).

<sup>269</sup> C. Cost., sent. n. 270/2010, sulla quale si vedano i commenti di F. Angelini, *L'iniziativa economica privata*, in F. Angelini, M. Benvenuti, *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, cit., p. 115 ss.; M. Benvenuti, *La Corte costituzionale*, cit., p. 400-401; A. Dominici, *Corte costituzionale e crisi economica*, cit., p. 28 ss.

<sup>270</sup> C. Cost., sent. n. 270/2010, § 8.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>271</sup> C. Cost., sent. n. 270/2010, § 8.5 del *Considerato in diritto*.

<sup>272</sup> C. Cost., sent. n. 270/2010, § 9 del *Considerato in diritto*. Una difesa di questa argomentazione è in S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 143, secondo cui la Costituzione, pur tutelando la concorrenza, non tutela necessariamente la competenza della Autorità Antitrust.

<sup>273</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 1/2014, § 3.1 del *Considerato in diritto*.

EDU<sup>274</sup>. Argomenti comparativi sono stati sviluppati anche nella sent. n. 238/2014, in materia di immunità giurisdizionale degli Stati, la quale pure sembrerebbe la più lontana dall'idea del dialogo tra Corti<sup>275</sup>. In questa sentenza, infatti, la Corte costituzionale non solo cita la giurisprudenza italiana e belga più risalente volta ad attenuare il principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati<sup>276</sup>, ma anche la sentenza della Corte di Giustizia in materia di lotta al terrorismo<sup>277</sup>.

Riferimenti comparativi, seppur brevi, sono presenti, infine, nella sentenza n. 10/2015, riguardante l'illegittimità costituzionale della *Robin Hood Tax*. Nello stabilire che gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità avessero efficacia solo a partire dalla data di pubblicazione della sentenza, la Corte italiana fa esplicitamente riferimento a come le altre Corti costituzionali europee (austriaca, tedesca, spagnola e portoghese) prevedano, in via di prassi, meccanismi di contenimento degli effetti retroattivi della dichiarazione di incostituzionalità, anche a prescindere da un conferimento esplicito da parte del legislatore<sup>278</sup>. In questo caso, è evidente l'influenza esercitata dall'istituto della *Fristsetzung*, con la quale la Corte costituzionale austriaca può differire *pro futuro* gli effetti delle sue sentenze, allo scopo di attenuare le conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità<sup>279</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive

Dopo questo lungo *excursus*, è il momento di provare a formulare qualche considerazione finale. In primo luogo, è di tutta evidenza che, in alcuni casi, il dialogo può mancare o essere problematico, sia per conflitti interpretativi tra i diversi giudici, o per la loro deliberata volontà di non dialogare tra loro. In secondo luogo, occorre mettere in evidenza che il dialogo tra corti non può essere inteso nel senso di ridurre la complessità della dialettica tra giudici,

---

<sup>274</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 1/2014, § 5.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>275</sup> Sulla sentenza n. 238/2014, assai critico è il giudizio di S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 260-261, 263-264. Si vedano, inoltre, F. Rimoli, *Il diritto, la storia, la memoria. La Corte costituzionale e i crimini nazisti come paradigma dell'irredimibile*, in *Osservatorio AIC* 2015, n. 2 (luglio 2015). Sul problema della immunità giurisdizionale degli Stati, oltre ai commenti della sentenza n. 238/2014, infine, si veda anche N. Picardi, *Pluralità di giurisdizioni nell'età della globalizzazione*, cit., p. 816 ss.

<sup>276</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 238/2014, § 3.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>277</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 238/2014, § 3.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>278</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 10/2015, § 7 del *Considerato in diritto*. Sulla sentenza, n. 10/2015, si vedano G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 12-13, 424 ss.; M. Polese, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento (Commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015)*, in *Osservatorio AIC* 2015, n. 1 (aprile 2015). Dubbi sono espressi da A. Pugiotto, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale?*, cit., p. 167.

<sup>279</sup> Su queste problematiche, oltre alla bibliografia citata nella nota precedente, rinvio a B. Caravita, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi, I*, cit., p. 134 ss.; Id., *La modifica della efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale: limiti pratici e teorici*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano 1988, p. 243 ss.; A.A. Cervati, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca, italiana*, ivi, p. 287 ss.; A. Cerri, *Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento «datate»*, ivi, p. 135 ss.; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 332 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 182 ss.

restringendo la ricerca di nuove possibilità interpretative<sup>280</sup>. Certamente, non si può non sottolineare la sua natura polivalente: se, in alcuni casi, esso è servito ad espandere la tutela dei diritti, in altri sembra palese la tentazione ad utilizzarlo per nascondersi dietro esso. In alcuni casi, infatti, il dialogo tra corti è stato utilizzato come schermo per mascherare un discutibile attivismo giudiziale. In altri, invece, il dialogo è stato utilizzato per celare soluzioni restrittive. Non è sempre vero, infatti, che la molteplicità delle istanze di protezione ampli la tutela dei diritti: in alcuni casi, anzi, si è assistito a un discutibile di gioco di sponda tra i giudici nazionali e sovranazionali, al solo scopo di restringere la loro protezione.

Si è parlato di dialogo conflittuale per quanto riguarda le tensioni esistenti tra corti costituzionali nazionali e Corti di Giustizia U.E.<sup>281</sup>, ma c'è chi tende a sfumare tale contrapposizione<sup>282</sup>. Di fronte all'affermazione del principio del primato del diritto europeo sul diritto nazionale, costantemente sostenuto dalla Corte di Lussemburgo nel corso di oltre mezzo secolo di giurisprudenza, molte Corti costituzionali – compresa quella italiana –, hanno reagito elaborando la teoria dei c.d. *controlimiti* a difesa della sovranità statale<sup>283</sup>, rifiutando di compiere rinvii pregiudiziali per paura di dovere riconoscere una qualche superiorità gerarchica<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> Cfr., in tal senso, A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, cit., p. 60.

<sup>281</sup> Cfr., in proposito, F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Ristampa aggiornata, Torino 1996, spec. p. 31 ss.; G.F. Ferrari, *Rapporti tra giudici costituzionali d'Europa e Corti europee: dialogo o duplice monologo?*, in Id., *Corti nazionali e Corti europee*, cit., p. VII ss.; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 62 ss.; G. Cerrina Feroni, *Karlsruhe, Lussemburgo, Strasburgo: la «Interpretationsverbund» dei diritti fondamentali... ancora lontana*, ivi, p. 191 ss.; T.E. Frosini, *Brevi note sul problematico rapporto fra la Corte costituzionale italiana e le Corti europee*, ivi, p. 365 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 347 ss.; A. Tizzano, *Ancora sui rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, cit., vol. IV, p. 2413 ss.; G. Tesauo, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in R. Cosio, R. Foglia, *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, cit., p. 1 ss.; F. Curcuruto, *L'integrazione europea tra Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia*, ivi, p. 11 ss.; P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, IV ed., Torino 2014, p. 301 ss.; R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, P. Caretti, *Profili costituzionali dell'Unione Europea. Processo costituente e governance economica*, Bologna 2015, p. 235 ss.

<sup>282</sup> Cfr., in questo senso, G. Tesauo, *Ancora sul dialogo tra giudice italiano e corti europee*, cit., p. 2398 ss., secondo il quale, pur avendo avuto qualche criticità nei primi anni, il rapporto tra diritto italiano e diritto comunitario si è giovato del dialogo a distanza tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale.

<sup>283</sup> Cfr., in proposito, F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, cit., p. 511 ss.; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 80 ss., 108-109; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 88 ss., 116-117; G.F. Ferrari, *Rapporti tra giudici costituzionali d'Europa e Corti europee*, cit., p. XIII-XIV; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 348-349; A. Schillaci, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio*, cit., p. 341 ss.; M. Orlandi, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 16 ss.; A. Tizzano, A. Tizzano, *Ancora sui rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 2416 ss.; P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, cit., p. 303 ss., 315 ss.; T. Guarnier, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 275 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 79 ss.; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 20 ss.; R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, P. Caretti, *Profili costituzionali dell'Unione Europea*, cit., p. 245 ss.

<sup>284</sup> Sulla ritrosia della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca a sollevare una questione pregiudiziale, si vedano F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, cit., p. 17-18, 41-42; G.F. Ferrari, *Rapporti tra giudici costituzionali d'Europa e Corti europee*, cit., p. XVII-XVIII; T.E. Frosini, *Brevi note sul problematico rapporto fra la Corte costituzionale italiana e le Corti europee*, cit., p. 372 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 350; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 178 ss.; G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 63-64; R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, P. Caretti, *Profili costituzionali dell'Unione Europea*, cit., p. 243-244. Sul rinvio pregiudiziale come strumento che consente il dialogo tra corti si soffermano S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 69-70, 87-88, 218-219, 223 ss.; T. Guarnier, *Interpre-*

– posizione ormai superata dalla giurisprudenza costituzionale più recente<sup>285</sup> –, e, infine, accogliendo una prospettiva dualista nel rapporto tra i due ordinamenti, in luogo di quella monista affemata dalla Corte di Giustizia sin dalle sue prime sentenze<sup>286</sup>. Una ulteriore manifestazione di questo dialogo conflittuale può essere visto anche nello scarso numero di citazioni delle sentenze della Corte di Lussemburgo rispetto a quelle della Corte di Strasburgo<sup>287</sup>, ma a questa osservazione si può replicare che ciò poteva dipendere non tanto da una conflittualità quanto piuttosto dal tono più “costituzionale” della Corte di Strasburgo

---

*tazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 300 ss.; P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, cit., p. 360 ss.; A. Tizzano, *Ancora sui rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 2418 ss.; G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, cit., p. 226 ss.; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 56-57; S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., p. 27 ss., 92 ss.

<sup>285</sup> Come è noto, la Corte italiana ha finalmente rotto il muro dell'incomunicabilità in materia di questioni pregiudiziali, inviando per ben due volte una questione pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, la prima volta con l'ord. n. 103/2008 e la seconda con l'ord. n. 207/2013. Si vedano E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 361 ss.; G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, cit., p. 298-299; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., p. 26; G. Tesauro, *Ancora sul dialogo tra giudice italiano e corti europee*, cit., p. 2409-2410; A. Tizzano, *Ancora sui rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 2420 ss.; P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, cit., p. 369 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 228; G. Laneve, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri*, cit., p. 150; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 178-179; R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, P. Caretti, *Profili costituzionali dell'Unione Europea*, cit., p. 244-245; S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 98-99, 218-219, 223 ss.; A. Pugiotto, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale?*, cit., p. 167.

<sup>286</sup> Sul conflitto tra visione monistica della Corte di Giustizia e la visione dualistica della nostra Corte costituzionale, si veda A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 83-84; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 92-93, il quale esprime dubbi sulla ricostituzione operata dalla Corte costituzionale, in quanto si tratterebbe di una premessa artificiosa e sempre meno aderente alla realtà delle cose. Sul conflitto tra monismo e dualismo, inoltre, si veda F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 166 ss., che esprime scetticismo sul fatto che la Corte abbia mutato rispetto ai punti sanciti nel 1984. Di diverso avviso è, invece, G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, cit., p. 259 ss., che mette in evidenza (ivi, p. 265 ss.) le vistose crepe che si sono insinuate nell'ambito della concezione dualista della Corte costituzionale italiana. Sul contrasto tra il monismo della Corte di Giustizia ed il dualismo delle Corti costituzionali, si vedano anche M. Orlandi, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 28 ss. (che rileva come, alla fine, i principi del primato e dell'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea siano stati pienamente accettati dagli Stati membri); A. Tizzano, *Ancora sui rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 2414 ss.; T. Guarnier, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 251 ss., 267 ss. (che riconduce la prima visione alla teoria di Kelsen e la seconda a quella di Smend). Difende l'operato della Corte italiana G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 20-21, secondo cui la nostra Corte ha accolto la costruzione che le pareva più coerente con la base legale utilizzata *ab initio* alla nostra adesione alle Comunità europee, affermando il primato del diritto europeo, senza aderire all'impostazione che avrebbe fatto della norma comunitaria la norma superiore e di quella statale la norma subalterna all'interno di un unico ordinamento comune. Critico nei confronti dell'esplicita rinuncia da parte della nostra Corte, in virtù della sent. n. 170/1984, a verificare la compatibilità delle leggi italiane con il diritto comunitario, invece, è F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, cit., p. 41-42, 49-50. Sull'accoglimento di una prospettiva dualistica come causa della autoemarginazione della Corte italiana, si soffermano F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, cit., p. 497 ss.; S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., p. 23 ss.; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 286 ss.; T.E. Frosini, *Brevi note sul problematico rapporto fra la Corte costituzionale italiana e le Corti europee*, cit., p. 368 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 349 ss.; S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 69-70.

<sup>287</sup> Cfr., in proposito, G.F. Ferrari, *Rapporti tra giudici costituzionali d'Europa e Corti europee*, cit., p. X, secondo cui il richiamo alle pronunce della Corte di Giustizia da parte delle giurisdizioni costituzionali nazionali comporterebbe la accettazione di un ruolo subordinato di queste, in virtù del primato del diritto europeo.

rispetto a quella di Lussemburgo<sup>288</sup>, e che comunque la citazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sia diventata oggi molto più frequente.

D'altra parte, ancor più problematico si è rivelato il rapporto con l'ordinamento della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>289</sup>, dato che per molti anni la giurisprudenza costituzionale italiana non ha voluto riconoscere alla Convenzione Europea un valore diverso dal rango legislativo<sup>290</sup>. Un punto di svolta in questo senso sono state sicuramente le c.d. «*sentenze gemelle*» (C. Cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007)<sup>291</sup>, con le quali la Corte italiana ha

---

<sup>288</sup> Sottolinea questo aspetto S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., p. 33.

<sup>289</sup> Cfr., in proposito, G.F. Ferrari, *Rapporti tra giudici costituzionali d'Europa e Corti europee*, cit., p. XXV ss.; T.E. Frosini, *Brevi note sul problematico rapporto fra la Corte costituzionale italiana e le Corti europee*, cit., p. 377 ss.; D. Tega, *I diritti in crisi*, cit., spec. p. 64 ss.; L. Cassetti (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli 2012; T. Guarnier, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 217 ss.

<sup>290</sup> Faceva eccezione, in questo senso, C. Cost., sent. n. 10/1993, § 2 del *Considerato in diritto*, che qualificava le leggi contenenti gli ordini di esecuzione come «norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria». Si veda, in proposito, S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., spec. p. 38 ss., che auspicava un deciso superamento della giurisprudenza che assegnava rango meramente legislativo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Sulla giurisprudenza anteriore al 2007, inoltre, si veda D. Tega, *I diritti in crisi*, cit., p. 72 ss.

<sup>291</sup> Per un'analisi delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, si vedano G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 13 ss., 149 ss.; S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 77-78; Id., *I tribunali di Babele*, cit., p. 63 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 84-85; T. Guarnier, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 229 ss., 388 ss.; G. Repetto, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel diritto interno*, cit., p. 1077 ss.; Id., *Diritti fondamentali e sovranità nello Stato costituzionale chiuso. Prime osservazioni critiche sulla sentenza n. 349 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana* 2008, p. 309 ss.; Id., *Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. Cassetti, *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, cit., p. 21 ss.; R. Conti, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. Cosio, R. Foglia, *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, cit., p. 166 ss.; G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, cit., p. 78 ss.; A. Schillaci, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio*, cit., p. 442 ss.; D. Tega, *I diritti in crisi*, cit., p. 83 ss.; A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 390 ss.; F. Mannella, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., p. 190 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 363 ss.; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., p. 187 ss.; F. Angelini, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale, ne Il diritto dell'Unione europea* 2008, n. 3, p. 487 ss.; C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2008, p. 3518 ss. (e in <http://archivio.rivistaaic.it>); A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 2008, n. 1, p. 215 ss. [e in *Forum di Quaderni Costituzionali*]; Id., *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in *Politica del diritto* 2008, n. 3, p. 443 ss.; D. Tega, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349: la CEDU da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto*, in *Quaderni costituzionali* 2008, n. 1, p. 133 ss. [e in *Forum di Quaderni Costituzionali*]; C. Napoli, *La nuova collocazione della CEDU nel sistema delle e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, ivi, p. 137 ss. [e in *Forum di Quaderni Costituzionali*]; N. Pignatelli, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica di "interposizione" (e del giudizio costituzionale)*, ivi, p. 140 ss.; D. Schefold, *L'osservanza dei diritti dell'uomo garantiti nei trattati internazionali da parte del giudice italiano*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; T.F. Giupponi, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, ivi; S. Penasa, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutica e possibili applicazioni future*, ivi; F. Cortese, *La garanzia costituzionale del diritto di proprietà tra espropriazione e occupazione acquisitiva*, ivi; G. Pili, *Il nuovo "smalto costituzionale" della CEDU agli occhi della Consulta*, ivi (4-3-2008); A. Moscarini, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti ed uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Federalismi.it* 2007, n. 22 (22-11-2007); R. Dickmann, *Corte Costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo*

finalmente superato la sua giurisprudenza più risalente, aprendosi anche all'ordinamento CEDU. Le due sentenze del 2007 sono state ritenute come una sorta di equivalente, dal lato delle giurisdizioni costituzionali nazionali, della sentenza *Handyside* della Corte di Strasburgo: mentre il giudice europeo, interessato ad assicurare il rispetto del principio di uniformità, consente un certo grado di difformità agli ordinamenti statali grazie alla teoria del «*margin di apprezzamento*»<sup>292</sup>, riservandosi il giudizio sulla necessità/proporzionalità della disciplina dello Stato membro, il giudice italiano è anch'esso interessato al rispetto del diritto europeo, e, a questo proposito, lo inserisce nel proprio ordine giuridico, «nazionalizzandolo» come parametro di legittimità costituzionale della legge ordinaria, ma, nello stesso tempo, facendo salva una certa dose di difformità, se dettata dalla Costituzione, in quanto la norma interposta, pur se superiore alla legge ordinaria, deve comunque rispettare la Costituzione e le leggi costituzionali<sup>293</sup>.

È anche vero, tuttavia, che in alcune decisioni recenti la Corte italiana abbia cercato di ridurre la portata delle sentenze della Corte di Strasburgo<sup>294</sup>, o arrivando a sostenere addirittura il primato assiologico della Costituzione italiana<sup>295</sup>, oppure a dissimulare il fatto che la Corte italiana, nella sostanza, dia ragione a Strasburgo, ma non glielo riconosca da un punto di vista formale<sup>296</sup>, o, infine, a fare un uso meramente formale della giurisprudenza europea, finalizzato a dare conferma alla decisione interna già assunta sulla base di altre ragioni e di

---

*comma, della Costituzione*, ivi (21-11-2007); F. Giuffrè, *Corte costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 2 ss.

<sup>292</sup> Sul margine di apprezzamento, si veda G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 58-59, 80 ss., secondo cui la dottrina del margine di apprezzamento segnerebbe il punto di equilibrio tra il mantenimento della piena sovranità statale, ossia della libertà di valutazione delle corti statali, e lo svolgimento delle funzioni che la Convenzione Europea assegna alla Corte di Strasburgo, anche se, a suo avviso, questa dottrina non è stata sempre utilizzata in modo coerente. Sul margine di apprezzamento come espressione della saggezza della Corte di Strasburgo nella costruzione di un *progress* di valori condivisi insiste G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 71-72, che sottolinea come il margine di apprezzamento sia la misura di discrezionalità che la Corte di Strasburgo riconosce caso per caso al legislatore nazionale operante in un preciso contesto socio-culturale e storico-antropologico. Secondo Amato (p. 85 ss.), tuttavia, è assai difficile tracciare una distinzione netta tra margine di apprezzamento (che apparterebbe di più al legislatore) ed il bilanciamento (il quale sarebbe invece uno strumento tipico delle Corti). Critico sul margine di apprezzamento è V. Angiolini, *Diritti umani*, cit. p. 13, secondo cui il pur ridimensionato margine di apprezzamento, talora messo in sordina, ma sempre pronto a risorgere, è utilizzato, anziché per dare conto dei diversi contesti in cui i diritti umani abbiano a calarsi, per salvare scelte differenziate degli Stati stessi nella loro qualità di sovrani.

<sup>293</sup> Così S. Cassese, *I tribunali di Babele*, cit., p. 70-71, il quale poi (ivi, p. 83-84) compara le sentenze anche alla sentenza *Kadi* della Corte di Lussemburgo, per quel che riguarda i rapporti tra ordinamento ONU e Unione Europea.

<sup>294</sup> Cfr., in proposito, F. Giuffrè, *Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 6 ss.

<sup>295</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 49/2015, § 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>296</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 278/2013. Si veda, in proposito, G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 74 ss., ove sottolinea come i riferimenti alla decisione di Strasburgo *Godelli c. Italia* siano comunque pochissimi e disseminati come in uno slalom al solo di scopo di rifiutare l'inquadramento della questione all'interno del bilanciamento – di cui Strasburgo aveva lamentato l'assenza – tra il diritto all'anonimato della madre e il diritto del figlio a conoscere le sue origini. Pur riconoscendo una certa forza all'argomento adottato dalla Corte – ovvero, che il diritto all'anonimato, una volta esercitato, non consentisse più alla titolare di tornarci sopra, finendo per fare di un diritto espressivo di una volontà, e non dell'essere persona, un diritto indisponibile –, Amato sottolinea come la Corte costituzionale svolga un ragionamento in modo del tutto autonomo rispetto alla Corte di Strasburgo, finendo per dare ragione a quest'ultima, pur fingendo di non farlo. A suo avviso, un critico malevolo potrebbe dire che la Corte italiana ha preferito darsi torto, facendo un esplicito *overruling* della sentenza del 2005, piuttosto che dare esplicitamente ragione a Strasburgo.

altri parametri<sup>297</sup>. Di un mancato dialogo tra Corti si è parlato, per esempio, con riferimento a C. Cost., sent. n. 15/2012 e della contrastante giurisprudenza (costituzionale ed europea) sulle leggi di interpretazione autentica, a proposito del paradosso di due sistemi giuridici che decidono di agire ciascuno a tutela della certezza del diritto, ma che, agendo ciascuno a modo proprio, finiscono per creare un pericolo in più per il principio che vorrebbero tutelare<sup>298</sup>.

Di una sentenza a metà tra mancato dialogo e dialogo conflittuale si potrebbe parlare a proposito di C. Cost., sent. n. 49/2015<sup>299</sup>, riguardante il vincolo derivante dal caso *Varvara* deciso dalla Corte di Strasburgo<sup>300</sup>. Nel censurare l'interpretazione data dal giudice *a quo*, richiamando le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il giudice delle leggi è arrivato, infatti, a parlare di un predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU<sup>301</sup>. In realtà, una rilettura più accorta della sentenza permette di poter affermare che essa sembra muoversi in continuità con la precedente giurisprudenza<sup>302</sup>, e va interpretata piuttosto come un tentativo di compo-

---

<sup>297</sup> Si veda, in proposito, G. Repetto, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel diritto interno*, cit., p. 1082.

<sup>298</sup> Cfr., in proposito, M. Massa, *Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2012, n. 1, p. 167 ss.

<sup>299</sup> Sulla sentenza n. 49/2015, si vedano i commenti di A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte Cost., n. 49 del 2015*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (2-4-2015); D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (30-4-2015); G. Sorrenti, *Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni a Strasburgo*, ivi (7-12-2015); V. Zagrebelsky, *Corte cost., n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC* 2015; n. 2 (maggio 2015); B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista AIC* 2015, n. 2 (29-5-2015); I. Rivera, *L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controlimiti del diritto convenzionale vivente*, in *Federalismi.it* 2015, n. 19 (14-10-2015); G. Repetto, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2015, n. 2, p. 411 ss.

<sup>300</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, *Affaire Varvara c. Italie*, 29-10-2013 (ric. 17475/09). Sulla sentenza *Varvara*, inoltre, si veda G. Repetto, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel diritto interno*, cit., p. 1112 ss.

<sup>301</sup> Tende a ridimensionare il riferimento al predominio assiologico G. Repetto, *Vincolo rispetto al diritto CEDU "consolidato"*, cit., p. 413-414. Enfatizza, invece, questo passaggio I. Rivera, *L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controlimiti del diritto convenzionale vivente*, cit., p. 18 ss., secondo la quale l'ortodossia con cui la Corte italiana difende il predominio interpretativo sul testo costituzionale e la normativa interna sembra scatenare un approccio altrettanto rigido nei riguardi della giurisprudenza CEDU. Di una sentenza portatrice di un nazionalismo costituzionale esasperato parla, invece, A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, cit., p. 7. Di una superiorità della Costituzione sui trattati internazionali, pur in presenza delle modifiche introdotte all'art. 117 Cost. dalla l. cost. n. 3/2001, parlava A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova 2003, p. 28 ss.

<sup>302</sup> Si veda, in proposito, G. Repetto, *Vincolo rispetto al diritto CEDU "consolidato"*, cit., p. 412. Sulla continuità giurisprudenziale si soffermano anche I. Rivera, *L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controlimiti del diritto convenzionale vivente*, cit., p. 17; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, cit., p. 4 (secondo cui dalla sentenza emergerebbe una visione piramidale dei rapporti tra Corti, affermata sin dalle sentenze gemelle del 2007, e mai uscita di scena, nonostante le sentenze gemelle del 2009). Di diverso avviso sono V. Zagrebelsky, *Corte cost., n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, cit., p. 8 (che parla di modifica della giurisprudenza e della prassi sino ad ora seguita); B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit., p. 18 (secondo cui la sentenza n. 49/2015 appare meno coerente di altre col modello delle sentenze gemelle, in quanto il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU evocato dalla Corte sembra riversare sul giudice comune un compito che la Costituzione affida al Giudice costituzionale, il

sizione tra orientamenti che i giudici *a quibus* avevano ricostruito, invece, in termini di contrapposizione<sup>303</sup>. D'altra parte, anche i commentatori più critici nei confronti di essa, pur sottolineandone la visione gerarchica, ammettono comunque che essa responsabilizza al massimo il ruolo dei giudici comuni<sup>304</sup>.

Una riaffermazione del primato assiologico della Costituzione sulla CEDU può essere vista anche C. Cost., sent. n. 221/2015, in materia di rettificazione anagrafica del sesso<sup>305</sup>. In effetti, in questa sentenza, la Corte costituzionale sembra privilegiare nettamente il dialogo a livello nazionale, rispetto a quello a livello sovranazionale, in quanto viene citata esplicitamente una sentenza della Cassazione<sup>306</sup>, ma viene trascurata, forse volutamente, una sentenza della Corte di Strasburgo sempre sullo stesso tema<sup>307</sup>, che pure era presa in considerazione nella sentenza della Cassazione<sup>308</sup>. La sentenza n. 221/2015 lascia aperta, tuttavia, una serie di problematiche, non solo per la tipologia di decisione prescelta (l'interpretativa di rigetto), che presuppone una collaborazione reciproca tra i giudici<sup>309</sup>, ma anche per gli interrogativi che genera in ordine alla sua *pars construens*<sup>310</sup>.

Per quanto riguarda il dialogo come schermo per mascherare l'attivismo, emblematica mi sembra C. Cost., sent. n. 1/2014, in cui la Consulta, stravolgendo la propria giurisprudenza sulle *lites fictae*, ed intervenendo in una materia che rientra a pieno titolo nella discrezionalità politica del legislatore<sup>311</sup>, si è avvalsa dell'ordinanza della Cassazione per introdurre

---

quale non può sbarazzarsene nascondendosi dietro l'aggettivo "consolidata"); G. Sorrenti, *Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni a Strasburgo*, cit., p. 1-2 (che parla di autentiche innovazioni).

<sup>303</sup> Così nuovamente G. Repetto, *Vincolo rispetto al diritto CEDU "consolidato"*, cit., p. 414. Di lettura conciliante del punto di diritto enunciato in *Varvara* parla anche A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, cit., p. 3. Di toni in alcuni passaggi francamente insofferenti e di una Corte quasi infastidita parla, invece, D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca*, cit., p. 4.

<sup>304</sup> Cfr. A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, cit., p. 9. Perplessità su questo punto sono manifestate, invece, da I. Rivera, *L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controllimiti del diritto convenzionale vivente*, cit., p. 22-23.

<sup>305</sup> Sulla sentenza n. 221/2015, si vedano C.M. Reale, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* 2016, n. 1, p. 283 ss.; I. Rivera, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte Cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta Online* 2016, fasc. 1 (12-4-2016), p. 175 ss.; P.I. D'Andrea, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta e tanti nuovi interrogativi*, in corso di pubblicazione sulla rivista *Giurisprudenza costituzionale*.

<sup>306</sup> Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138.

<sup>307</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, *Affaire Y. Y. c. Turquie*, 10-3-2015 (ric. 14793/08).

<sup>308</sup> Sottolinea questa peculiare circostanza I. Rivera, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere*, cit., p. 181-182. Sui legami tra la sentenza della Corte di Strasburgo e quella della nostra Corte costituzionale insiste C.M. Reale, *Corte costituzionale e transgenderismo*, cit., p. 287.

<sup>309</sup> Si veda C.M. Reale, *Corte costituzionale e transgenderismo*, cit., p. 292 ss.

<sup>310</sup> Cfr., in proposito, I. Rivera, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere*, cit., p. 188-189; P.I. D'Andrea, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso*, p. 6 del dattiloscritto (§§ 3.1. ss.).

<sup>311</sup> Cfr., in questo senso, C. Cost., dec. nn. 242/2012; 260/2002, 107/1996, 429/1995, 43/1961. Sulle problematiche riguardanti la discrezionalità del legislatore e l'accesso alla giustizia costituzionale, si veda A. Romano, *Accesso alla giustizia costituzionale ed eguaglianza del voto. Legittimazione delle corti e discrezionalità legislativa*, in *Diritto pubblico* 2015, n. 2, p. 431 ss.

surrettiziamente una sorta di ricorso diretto in materia elettorale<sup>312</sup>. Proprio per questo, quindi, la sentenza è stata oggetto di una vivace discussione in ambito dottrinario<sup>313</sup>. D'altra parte, che le sue conseguenze fossero dirompenti per il nostro sistema di controllo di costituzionalità delle leggi è, a mio avviso, suffragato da due ulteriori constatazioni. In primo luogo, resasi conto dei rischi, la Corte ha finito per sconfessare l'attivismo precedente<sup>314</sup>, tornando ad una sorta di *self-restraint* in materia elettorale nelle successive sentenze n. 110/2015, in cui ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei riguardi della legge elettorale per il Parlamento Europeo<sup>315</sup>, e n. 193/2015, in cui ha dichiarato rispettivamente inammissibili ed infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei

---

<sup>312</sup> Cfr., in proposito, A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 216 ss., i quali, pur evidenziando la drammaticità dell'opera di supplenza costituzionale a cui è stato costretto il giudice delle leggi, a causa dell'ignavia degli organi di indirizzo politico, parlano di una sentenza che introduce per via giurisprudenziale una sorta di cripto-ricorso diretto alla Corte. Di una sorta di ricorso diretto alla Corte costituzionale al di fuori della ipotesi tipica del giudizio di costituzionalità parlano anche G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 57-58. Di una evidente forzatura delle maglie del controllo di incidentalità, infine, parlano S. Giannello, *L'Italicum "a processo": la possibilità concreta per la Corte di un ritorno alla normalità (del giudizio incidentale)*, in *Osservatorio AIC* 2016, n. 1 (31-3-2016), p. 2 ss.; M. Polese, *L'eccezione e la regola: considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità della questione a partire dalla sentenza n. 1/2014*, in *Rivista AIC* 2016, n. 3 (13-7-2016).

<sup>313</sup> Assai critico sulla selezione dei precedenti operata dalla Corte per giustificare la pronuncia è M. Benvenuti, *Zone franche che si chiudono e zona d'ombra che si aprono nella sent. n. 1/2014 della Corte costituzionale. Prime considerazioni interlocutorie a margine dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale*, in *Nomos* 2013, n. 3 (e, in una versione ampliata, con il titolo *Zone franche che si chiudono e zona d'ombra che si aprono nella sent. n. 1/2014 della Corte costituzionale. Brevi considerazioni interlocutorie a margine dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale nel Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*). Di opposto parere è, invece, A. Cerri, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Potsdam e la legge elettorale*, in *Nomos* 2013, n. 1; Id., *Dopo la sentenza della Corte – Il nodo della legge elettorale*, in *Nomos* 2013, n. 3. Favorevole alla sentenza della Corte è anche F. Lanchester, *Non ci sono "zone franche" nello Stato di diritto costituzionale*, in *Nomos* 2013, n. 1 (e in Id., *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, cit., p. 217 ss.). Una posizione intermedia è quella di A. Rauti, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014*, cit., p. 233 ss., il quale, pur senza negare le criticità della sentenza, riconosce alla Corte lo sforzo erculeo di ricondurre il "cuore" degli strumenti della democrazia allo spazio della legalità costituzionale. Ritiene che questa sia una delle sentenze più creative nell'ambito della giurisprudenza costituzionale anche G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2014, n. 3, p. 2959 ss., il quale, pur ammettendo (ivi, p. 2967 ss.) che la Corte abbia profondamente innovato rispetto alla sua precedente giurisprudenza in materia di ammissibilità, cerca di giustificarne l'operato con la motivazione che, una volta ammesso che dalla Costituzione nasca non soltanto il diritto di voto, ma anche il diritto soggettivo ad un sistema elettorale avente certe caratteristiche, la via che conduce alla Corte è aperta, se si ammette anche che questo diritto possa essere immediatamente e concretamente dalla legge elettorale. Forti perplessità sulla sent. n. 1/2014 sono sollevate anche da S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 216, 230 ss., 237 ss., che non esita a sottolineare le contraddizioni di fondo.

<sup>314</sup> Sulle sentenze nn. 110 e 193 del 2015 come passi indietro rispetto alla sentenza n. 1/2014 insistono G. D'Amico, *Il sindacato di costituzionalità della normativa elettorale dopo la sent. n. 1 del 2014*, in *Quaderni costituzionali* 2015, n. 4, p. 1000 ss. (e in *Forum di Quaderni Costituzionali*); M. Polese, *L'eccezione e la regola*, cit., p. 24 ss.

<sup>315</sup> Su C. Cost., sent. n. 110/2015, si veda anche il commento di S. Lieto, P. Pasquino, *Porte che si aprono e porte che si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (24-6-2015), che sottolineano le profonde contraddizioni in cui si è mossa la Corte in questa sentenza, con una evidente «volontà di riaccostare l'uscio che era stato spalancato» circa un anno e mezzo prima: a loro avviso (ivi, p. 7), l'illogica decisione di inammissibilità è un segnale rivolto ai giudici affinché non siano tentati di scaricare sulla Corte questioni che aprirebbero la strada a forme velate di ricorso diretto, come in Germania, in quanto il precedente rappresentato dalla sentenza n. 1/2014 finirebbe per diventare una minaccia per il modello italiano di ricorso incidentale. Si veda, inoltre, anche M. Polese, *L'eccezione e la regola*, cit., p. 14 ss.

confronti della legge elettorale lombarda (l. reg. Lombardia n. 17/2012) per quanto riguarda il premio di maggioranza e la clausola di sbarramento<sup>316</sup>. In secondo luogo, la recente ordinanza del 17 febbraio 2016 del Tribunale di Messina sul c.d. *Italicum* (l. n. 52/2015)<sup>317</sup>, nel richiamare la sent. n. 1/2014, ne ha estremizzato ancor più le implicazioni, arrivando addirittura a configurare quasi una sorta di controllo astratto di costituzionalità<sup>318</sup>.

Per quanto riguarda, invece, l'uso del dialogo come schermo per mascherare soluzioni restrittive, basti pensare all'ord. n. 150/2012, ove la Consulta si è trincerata dietro un presunto dialogo con la Corte di Strasburgo al solo scopo di non prendere affatto posizione sulla questione posta dal giudice *a quo*. La strumentalità della decisione, che aveva provocato una serie di reazioni sul piano dottrinario<sup>319</sup>, risulta evidente in base al fatto che in seguito la Corte, non potendo più esimersi dall'intervenire, è stata costretta a dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della l. n. 40/2004. È stato giustamente osservato che l'ord. n. 150/2012 ha utilizzato in modo improprio la categoria dello *ius superveniens* per necessità puramente dilatorie<sup>320</sup>. Tuttavia, che la Corte spesso decida di avvalersi di questioni

---

<sup>316</sup> Sulla sentenza n. 193/2015, si vedano A.O. Cozzi, *La Corte non si esprime sui premi di maggioranza regionali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (12-11-2015); S. Catalano, *La risposta, implicita, della sentenza n. 193 del 2015 sulla questione di costituzionalità sul premio di maggioranza regionale*, ivi (1-2-2016); D. Monego, *La rilevanza di una questione di legittimità sul premio di maggioranza regionale fra "riscontro" del vizio, applicabilità della norma ed influenza della decisione di costituzionalità*, ivi (1-2-2016); M. Polese, *L'eccezione e la regola*, cit., p. 19 ss.

<sup>317</sup> Sull'ordinanza del Tribunale di Messina del 15 febbraio 2016, si vedano i commenti di M. Cosulich, *Contra Italicum, ovvero dell'ordinanza del Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016*, in *Osservatorio AIC* 2016, n. 1 (4-3-2016); S. Gianello, *L'Italicum "a processo"*, cit., p. 6 ss.; A. Abbatiello, *La legge elettorale torna al vaglio della Corte costituzionale. Considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Messina*, in *Consulta Online* 2016, n. 1 (21-3-2016); G. D'Amico, *«Adelante, Pedro,..... si puedes»*. *L'Italicum all'esame della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali* 2016, n. 2, p. 357 ss.

<sup>318</sup> Cfr., in proposito, S. Gianello, *L'Italicum "a processo"*, cit., p. 2-3, 8 ss.; M. Cosulich, *Contra Italicum*, cit., p. 3. Sulla totale identità del giudizio *a quo* rispetto alla sent. n. 1/2014 insiste M. Polese, *L'eccezione e la regola*, cit., p. 26, che sottolinea come vi sia anche in questo caso una manifesta coincidenza tra il *petitum* oggetto del processo principale e quello relativo al giudizio costituzionale.

<sup>319</sup> Sull'ord. n. 150/2012, si vedano F. Giuffrè, *Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 13 ss.; R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte EDU come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, cit., Tomo III, p. 2005 ss.; T. Guarnier, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 393 ss.; G. Repetto, *«Non di sola CEDU...». La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia ed in Europa*, in *Diritto pubblico* 2013, n. 1, p. 131 ss., spec. p. 152 ss.; Id., *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU «superveniens»: i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2012, n. 3, p. 2069 ss.; V. Magrini, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, in *Rivista AIC* 2012, n. 3 (25-9-2012); I. Pellizzone, *Sentenza della Corte Europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte Costituzionale*, ivi; B. Liberali, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, ivi; A. Morrone, *Shopping di norme convenzionali? A Prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (19-7-2012); E. Malfatti, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino convenzionale della Corte*, ivi (29-6-2012).

<sup>320</sup> Cfr., in proposito, I. Pellizzone, *Sentenza della Corte Europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale*, cit., p. 2. Perplexità sulla equiparazione tra mutamento giurisprudenziale e *ius superveniens* sono avanzate anche da G. Repetto, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU «superveniens»*, cit., p. 2070 ss.; Id., *«Non di sola CEDU...»*, cit., p. 152-153. Qualche dubbio viene sollevato anche da G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 345-346, che sottolineano come la successiva C. Cost., n. 162/2014 abbia accolto le questioni riproposte dai giudici rimettenti. Una difesa dell'operato della Corte è, invece,

meramente procedurali al solo scopo di non decidere è stato ammesso persino dagli stessi giudici costituzionali<sup>321</sup>. Va detto, comunque, che la quasi totalità delle ordinanze di restituzione degli atti riguarda il caso di *ius superveniens*, e che rari erano i casi di restituzione al giudice *a quo* per motivi diversi da questo<sup>322</sup>. Si può discutere se si tratti di *ius superveniens*, o piuttosto di un cambiamento all'interno del parametro (l'art. 117 Cost.)<sup>323</sup>. Sebbene la restituzione degli atti per cambiamento della norma parametro o della norma interposta sia stata frequente a partire dagli anni '90<sup>324</sup>, si può ribattere che, quand'anche si fosse trattato di *ius superveniens*, non era precluso alla Corte la decisione nel merito, visto che i profili di illegittimità costituzionale non si risolvevano solo nella contrarietà all'art. 117 Cost., ma investivano anche gli artt. 2, 3 e 32 Cost., rispetto a cui l'*overruling* da parte della Corte di Strasburgo era irrilevante<sup>325</sup>. È infatti pacificamente ammesso in dottrina che, anche in caso di *ius superveniens*, la Corte possa decidere nel merito, quando è palese l'ininfluenza della nuova normativa<sup>326</sup>.

D'altra parte, il non volere prendere posizione su temi spinosi e controversi da parte del nostro organo di giustizia costituzionale è stato ritenuto un atteggiamento di «*judicial modesty*»<sup>327</sup>. La osservazione della prassi giurisprudenziale mostra, tuttavia, come il ricorso ad una pronuncia «astensionistica» (di rigetto o di inammissibilità) presenti un elevato grado di discrezionalità, al pari di quelle «interventiste» o «creative», in cui la scelta interpretativa non è sempre così «necessitata» o «vincolata» come tenderebbero a fare apparire le motivazio-

---

in S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 184-185, secondo il quale un intervento immediato della Corte avrebbe comportato una riscrittura del quesito posto dalle ordinanze di rimessione, in violazione di un principio sempre affermato che fa del processo costituzionale una singolare applicazione del processo dispositivo: a suo avviso, la Corte non può arrivare mai a riformulare la domanda posta dal giudice rimettente.

<sup>321</sup> Cfr., in proposito, G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, cit., p. 77-78, secondo il quale è facile che, di fronte a difficoltà, la Corte cerchi la via per procedere oltre, senza affrontarle, in quanto una qualche ragione di inammissibilità è possibile sempre trovarla. A suo avviso, tuttavia, pur se non si possono ignorare i lati positivi di questa tecnica, una simile scelta può comportare il pericolo di una via di fuga di fronte alle responsabilità costituzionali proprie della stessa Corte.

<sup>322</sup> Cfr. M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., p. 39 ss., 77-78.

<sup>323</sup> Sulla restituzione per sopravvenuta modifica del parametro costituzionale, si vedano A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 188 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 127. Di *ius superveniens* per mutamento della giurisprudenza europea, sia della Corte di Strasburgo che di Lussemburgo, parlano A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 147, 222; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 135.

<sup>324</sup> Si veda, in proposito, A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 178, ove cita come casi di restituzione per cambiamento della norma parametro C. Cost., ord. nn. 397, 416 e 428 del 2001; 60, 81, 117, 302, 350, 351, 386 e 412 del 2002. Tra i casi di restituzione per cambiamento della norma interposta, Cerri cita C. Cost., ord. nn. 238, 243 e 254 del 1995, e 306/1999.

<sup>325</sup> Cfr., in proposito, G. Repetto «*Non di sola CEDU...*», cit., p. 153-154; Id., *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU «superveniens»*, cit., p. 2072-2073.

<sup>326</sup> Cfr. in questo senso, A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 177; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 191. Per quanto riguarda i casi in cui lo *ius superveniens* non incide sulla questione di legittimità costituzionale proposta, si vedano anche A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 222-223; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., p. 135.

<sup>327</sup> Cfr., in proposito, S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., spec. p. 34, 63-64, 81 ss., 93-94, 120, 123-124, 149, 156, 158.

ni<sup>328</sup>. Se in molti casi il nostro organo di giustizia costituzionale ha rifiutato di prendere posizione in ordine al conflitto tra due valori costituzionali, rimettendo al legislatore questa scelta<sup>329</sup>, in altri ha nettamente preso posizione in ordine ad una possibile gerarchia tra gli stessi<sup>330</sup>.

Un altro caso dove l'organo di giustizia costituzionale si nasconde dietro il dialogo con Strasburgo per mascherare soluzioni restrittive mi sembra anche C. Cost., sent. n. 84/2016<sup>331</sup>, in cui la Consulta richiama la sentenza *Parrillo c. Italia* della Corte di Strasburgo<sup>332</sup> al fine di dichiarare la propria incompetenza a distinguere tra embrioni da salvaguardare ed embrioni da destinare alla ricerca<sup>333</sup>. Avvalendosi del margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato italiano dalla sentenza della Corte Europea, la Consulta conferma l'intangibilità della scelta legislativa di tutelare soltanto la dignità dell'embrione, a scapito di tutti gli altri diritti ed interessi in gioco<sup>334</sup>. Che ci si trovi anche in questo caso ad un uso strumentale del dialogo è di tutta evidenza se si tiene presente che l'ordinanza del giudice *a quo* non richiama affatto il parametro dell'art. 117 Cost.<sup>335</sup>: a volere essere maliziosi, si potrebbe parlare di un tipico caso di *excusatio non petita*.

In altri casi ancora, si può parlare di un vero e proprio dialogo basato sul fraintendimento, in virtù della diversità di linguaggi utilizzati. Un plateale caso di dialogo con fraintendimento mi sembra la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2 maggio 2011<sup>336</sup>, in cui i giudici amministrativo, dopo aver citato la sentenza della Corte di Giustizia UE «*El Dridi*»<sup>337</sup>, e le sentenze nn. 170/1984 e 168/1991 della Corte Costituzionale, hanno sostenuto che l'entrata in vigore della normativa comunitaria aveva prodotto l'abolizione del reato previsto dall'art. 14, comma 5-*ter* del d.lgs. n. 286/1998, e che questa, a norma dell'art. 2 cod. pen., aveva effetto retroattivo, facendo venire meno l'esecuzione della

---

<sup>328</sup> In questo senso, A.A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazione nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 126.

<sup>329</sup> Cfr. A.A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazione nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 136-137, che cita, come casi paradigmatici, C. Cost., sent. nn. 1, 16 e 18 del 1981.

<sup>330</sup> Cfr. A.A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazione nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 138-139, che cita C. Cost., sent. nn. 30, 31 e 32 del 1971; 183/1973; 26 e 131 del 1979; 18/1982.

<sup>331</sup> Sulla sentenza n. 84/2016, si vedano i commenti di V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione degli embrioni e di revoca al consenso alla PMA*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (8-5-2016); E. Chieragato, *La resistenza del divieto di donazione degli embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (4-6-2016).

<sup>332</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Chambre, *Affaire Parrillo c. Italie*, 27-8-2015 (ric. 46470/11).

<sup>333</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 84/2016, § 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>334</sup> Molto critici sono V. Tigano, *De dignitate non disputandum est?*, cit., p. 9-10; E. Chieragato, *La resistenza del divieto di donazione degli embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, cit., p. 11 ss.

<sup>335</sup> La stessa Corte costituzionale lo riconosce espressamente (cfr. Cost. Cost., sent. n. 84/2016, § 10 del *Considerato in diritto*). Sottolineano questa peculiarità anche V. Tigano, *De dignitate non disputandum est?*, cit., p. 9; E. Chieragato, *La resistenza del divieto di donazione degli embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, cit., p. 14.

<sup>336</sup> Il testo della decisione è in *Giurisprudenza costituzionale* 2012, n. 1, p. 582 ss., sulla quale si vedano le osservazioni di M. Francaviglia, *Il Consiglio di Stato e la sentenza «El Dridi»: le direttive europee hanno efficacia «abrogativa»?*, ivi, p. 586 ss.

<sup>337</sup> C. Giust. UE, 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU.

condanna<sup>338</sup>. La diversità di linguaggio risulta evidente, visto che in questo caso si trattava di una sentenza della Corte di Giustizia che aveva accertato l'incompatibilità della disposizione italiana con la c.d. «*Direttiva rimpatri*», e che sia le sentenze della Corte Costituzionale a cui veniva fatto riferimento, sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia, parlavano esplicitamente di applicazione del diritto europeo e non applicazione del diritto interno contrastante con il primo, mentre concetti come *abolitio criminis* e retroattività della *lex mitior* fanno intendere che ci si trovi di fronte a un fenomeno giuridico completamente diverso, quello dell'abrogazione<sup>339</sup>. D'altra parte, come è stato giustamente rilevato, questa sorta di equivoco è stato generato dalla stessa Corte di Giustizia, che, nella parte finale della sentenza «*El Dridi*», si è rivolta al giudice del rinvio, ammonendolo a tenere in debito conto dell'applicazione retroattiva della pena più mite, principio che veniva fatto rientrare nell'ambito delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri<sup>340</sup>. Tale singolare precisazione ha avuto, a sua volta, delle ripercussioni sia sulla giurisprudenza della Cassazione che su quella del Consiglio di Stato, con l'essenziale differenza che, mentre la prima ha ricostruito in termini tutto sommato dubitativi l'*abolitio criminis* e l'effetto abrogativo<sup>341</sup>, il Consiglio di Stato ha ricostruito in termini assertivi quello che la Corte di Cassazione ventilava in termini ipotetici<sup>342</sup>.

Tuttavia, il fatto che, in alcune ipotesi, il dialogo non si manifesti, o sembri negato alla radice, o sia basato sul fraintendimento, non vuol dire affatto che non ci sia mai. Per rimanere nel campo della giurisprudenza amministrativa, un caso di richiamo appropriato della giurisprudenza sovranazionale è senza dubbio Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2015, n. 1862, in cui, allo scopo di respingere una richiesta di risarcimento danni per un atto amministrativo adottato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale, i giudici amministrativi richiama-

---

<sup>338</sup> Cons. Stato, Ad. Plenaria, 2 maggio 2011, n. 7, § 5.2, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 586.

<sup>339</sup> Va ricordato che il ricorso al criterio cronologico, in caso di contrasto tra diritto comunitario e diritto interno, era stato elaborato dalla Corte Costituzionale nella sua prima sentenza dedicata ai rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento italiano (cfr., in proposito, C. Cost., sent. n. 14/1964, § 6 del *Considerato in diritto*), ma si trattava appunto di antinomia tra legge e regolamento comunitario (cioè, di un atto avente portata generale e direttamente applicabile). La successiva giurisprudenza costituzionale ha, però, esplicitamente escluso che si potesse trattare di abrogazione (cfr., in proposito, C. Cost., sent. nn. 170/1984, § 5 del *Considerato in diritto*; 389/1989, § 4 del *Considerato in diritto*). È anche vero che la distinzione concettuale tra diretta applicabilità ed effetti diretti – distinzione che, come è stato osservato, conserva un certo margine di ambiguità –, è oggetto di ripensamento, nel senso che è stato auspicato, e non solo in sede dottrina, il superamento della attuale dottrina degli effetti diretti (si veda, in proposito, A. Barletta, *La legalità penale tra diritto dell'Unione Europea e Costituzione*, Napoli 2011, p. 154 ss.).

<sup>340</sup> Cfr. M. Francaviglia, *Il Consiglio di Stato e la sentenza «El Dridi»*, cit., p. 389, il quale obietta il fatto che proprio la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana ha escluso recisamente che il principio della retroattività della *lex mitior* abbia copertura costituzionale nell'art. 25, comma 2 Cost. (C. Cost., sent. nn. 394/2006, 236/2011).

<sup>341</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. I, sent. 28 aprile 2011, n. 22105.

<sup>342</sup> Cfr. M. Francaviglia, *Il Consiglio di Stato e la sentenza «El Dridi»*, cit., p. 390. La singolarità della interpretazione fornita dal Consiglio di Stato emerge ancor più nettamente se si considera che, in caso di conflitto tra normativa interna e normativa europea, quando la norma penale non si presti ad essere armonizzata in via interpretativa con la disciplina comunitaria, l'attitudine della norma europea a ridurre il campo di applicazione della norma penale interna può essere ricondotto, in molti casi, allo schema delle cause di giustificazione: cfr., in proposito, A. Barletta, *La legalità penale tra diritto dell'Unione Europea e Costituzione*, cit., spec. p. 187 ss., 205 ss.

no esplicitamente la sentenza *Francoovich* della Corte di Giustizia UE per escludere categoricamente che si possa configurare una qualche forma di responsabilità del legislatore, al di fuori della violazione manifesta del diritto comunitario.

In linea di massima, si può dire che il confronto tra le corti europee e l'attenzione reciproca alle rispettive giurisprudenze è una realtà difficilmente contestabile<sup>343</sup>. La stessa vicenda della l. n. 40/2004 dimostra che il dialogo tra corti non solo c'è, ma è anche determinante per riuscire ad ampliare la tutela di diritti scarsamente tutelati a livello nazionale. È stato sottolineato, in effetti, che ben poco è rimasto dell'impianto antiscientifico della l. n. 40/2004 – ma forse sarebbe meglio parlare di impianto oscurantista, vista la molteplicità di critiche che le sono state rivolte in sede dottrina<sup>344</sup> –, smontata pezzo per pezzo dalla giurisprudenza costituzionale, e, in questa opera demolitoria, un ruolo decisivo è stato svolto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>345</sup>. Non si può che concordare con l'opinione di chi vede nell'aumento delle questioni di legittimità costituzionale in cui viene invocato, oltre al rispetto delle disposizioni costituzionali, anche il rispetto di norme ultrastatali (non solo comunitarie, ma anche della CEDU e finanche di diritto internazionale), un qualcosa che, pur complicando assai l'attività dei giudici nazionali, consente la massima espansione dei diritti, nonché la ricerca di sempre nuove vie e di sempre nuovi argomenti processuali<sup>346</sup>.

Certamente, un fattore di complicazione del dialogo tra le diverse corti è rappresentato dal fatto che la mancanza di una norma in grado di stabilire univocamente le relazioni intercorrenti tra i tre diversi giudici (Corte costituzionale, Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo) potrebbe dare luogo a contrasti e disarmonie nelle giurisprudenze, fino ad arrivare addirittura a una vera e propria lotta per stabilire una sorta di gerarchia tra di essi, dal momento che il concorso tra giurisdizioni può trasformarsi anche in una concorrenza feroce<sup>347</sup>. In effetti, la presenza nel contesto nazionale e sovranazionale di una serie di documenti normativi (trattati, costituzioni), che fondano diverse giurisdizioni, oltre a porre un problema generale di coerenza del complessivo sistema giuridico<sup>348</sup>, può condurre a giudicati contradd-

---

<sup>343</sup> Così P. Ridola, *Intervento alla tavola rotonda*, cit., p. 4.

<sup>344</sup> Per quanto riguarda le perplessità sulla l. n. 40/2004, oltre alla bibliografia già citata in A. Ridolfi, *A proposito di rifiuto delle terapie mediche e di testamento biologico in Italia*, cit., p. 818 (nota 260), si vedano A. Cervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., p. 302 ss.; R. Bin, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, p. 215 ss., spec. p. 223 ss.; M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica reimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea*, cit., p. 327 ss.; A. Iannuzzi, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui limiti alla ricerca scientifica nel contesto del dialogo a distanza fra le Corti nazionali e internazionali. Il caso della ricerca in campo genetico*, in Id. (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Napoli 2015, p. 61 ss.

<sup>345</sup> Cfr. A. Iannuzzi, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui limiti alla ricerca scientifica nel contesto del dialogo a distanza fra le Corti nazionali e internazionali*, cit., p. 62.

<sup>346</sup> Così S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., p. 253.

<sup>347</sup> Cfr., in proposito, A. Cerri, *Lezioni di giustizia globale*, cit., p. 14 ss., 61 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 543; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 358-359. Decisamente contrario ad ogni ingresso del principio di concorrenza nel mondo del diritto è G.U. Rescigno, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni per renderle conformi a tali principi*, cit., p. 2418.

<sup>348</sup> Si veda A. Cerri, *Lezioni di giustizia globale*, cit., p. 6 ss.

dittori non solo nelle loro *rationes decidendi*, ma anche in quello che statuiscono<sup>349</sup>. Tuttavia, è pur vero che si è assistito a un significativo sforzo da parte delle varie giurisdizioni, sia nazionali che sovranazionali, verso un maggior confronto, anche mediante la moltiplicazione delle occasioni di scambio e di reciproco approfondimento dei temi affrontati e delle linee giurisprudenziali emerse, il che facilita inevitabilmente la creazione di condizioni in grado di ridurre le distanze e di avvicinare le giurisprudenze<sup>350</sup>.

A questo proposito, è stato giustamente rilevato che troppo spesso si è impostato il problema esclusivamente sul piano della gerarchia formale, anziché su criteri di armonizzazione in via interpretativa o di integrazione materiale, non considerando che, in un sistema multilivello di diritti, lo iato esistente tra normatività ed effettività della costituzione non può essere indagato a fondo se si rimane prigionieri di una prospettiva ancorata allo *Stufenbau* kelseniano<sup>351</sup>. In conclusione, quindi, non si può che concordare con chi ritiene che, anche in caso di difetto o di insufficiente regolamentazione dei rispettivi ambiti di giurisdizione, le corti possono divergere o concordare, ma comunque dialogano sempre tra loro, mentre questione assai più controversa è se tutto ciò possa configurare o meno un nuovo assetto della giustizia<sup>352</sup>.

---

<sup>349</sup> Cfr. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 546 ss.; Id., *Lezioni di giustizia globale*, cit., p. 70 ss.

<sup>350</sup> Così nuovamente E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 359.

<sup>351</sup> Cfr. P. Ridola, *Intervento alla tavola rotonda*, cit., p. 4-5.

<sup>352</sup> Così N. Picardi, *Pluralità di giurisdizioni nell'età della globalizzazione*, cit., p. 826.