

JÖRG LUTHER

*Il costituzionalismo dei giudici costituzionali*

*The Constitutionalism of Constitutional Judges*

#### ABSTRACT

Come si relazionano le idee del costituzionalismo, specialmente quelle del cd. “neocostituzionalismo”, con la realtà in cui operano i giudici costituzionali? Una prima risposta è offerta dalle fonti di auto-comprensione dei “costituzionalisti”, specialmente dei professori di diritto costituzionale e dei giudici costituzionali. Essi condividono con i politici un concetto aperto di costituzionalismo che serve alla ricerca di idee e pratiche di “buona costituzione”. Per superare i timori di “*judicial constitutionalism*”, che dividono questa parte del mondo dei costituzionalisti, occorre focalizzare le garanzie costituzionali contro il governo dei giudici. Nonostante la sua diffusione globale, nella realtà istituzionale il termine “costituzionalismo” viene pronunciato solo raramente in sentenze costituzionali e occasionalmente da singoli giudici costituzionali, e tra questi soprattutto da giudici-professori. Nella loro prassi il “costituzionalismo” si manifesta per lo più in modo implicito, in consuetudini interpretative della costituzione, in riti processuali e stili di deliberazione. Nelle conclusioni si mette in risalto come – nella società occidentale – il diritto e la politica non possano sopravvivere senza una costituzione, ma neppure molte costituzioni possono sopravvivere senza il costituzionalismo dei giudici costituzionali. Però questo non significa che il diritto e la politica vivano solo di costituzionalismo. Peraltro, tra il costituzionalismo e la costituzione mediano non solo le pratiche di interpretazione ufficiale dei giudici costituzionali, ma anche una ampia serie di interpreti sociali dagli interessi più disparati. La società degli interpreti delle costituzioni e del costituzionalismo è diventata sempre più “aperta”, ma anche più divisa.

How do the ideas of constitutionalism do with the reality of constitutional judges? A first answer is given by the sources of self-comprehension of both constitutional law professors and judges. They use an open concept of constitutionalism as an ideal of a good constitution realized by practices of intercultural communication. Taking seriously the critical theory of judicial constitutionalism, they need remedies to be provided against a “government of judges”. Constitutional judges do not invoke constitutionalism, except for speeches delivered in academic contexts, but they need ideas of what a constitution is good for. Being interested in maintaining a constitutional equilibrium with political powers, they practice a sort of silent constitutionalism in a specific culture of constitutional interpretation based on inclusive hearing and deliberation procedures. If law and politics need constitutions and constitutions need constitutionalism, law and politics are not just living constitutionalism. The mediation between constitution and constitutionalism relies even on an open society of not professional interpreters.

#### KEYWORDS

Costituzionalismo, giudici costituzionali, “governo dei giudici”, teoria costituzionalistica del diritto

Constitutionalism, constitutional judges, “rule of judges”, constitutional theory of law

JÖRG LUTHER\*

## *Il costituzionalismo dei giudici costituzionali*

1. *La storia dei soggetti della cultura costituzionalistica* – 2. *Un concetto aperto di costituzionalismo come cultura comunicativa di idee e pratiche di “buona costituzione” tra politici, giudici e professori* – 3. *Timori e lamenti del “judicial constitutionalism”* – 4. *Le garanzie costituzionali contro il “governo dei giudici”* – 5. *Il costituzionalismo implicito delle pratiche dei giudici costituzionali* – 6. *Conclusioni*

### *1. La storia dei soggetti della cultura costituzionalistica*

Come si relazionano le idee del costituzionalismo, specialmente quelle del cd. “neocostituzionalismo”<sup>1</sup>, con la realtà in cui operano i giudici costituzionali? Una prima risposta è offerta dalle fonti di auto-comprensione dei “costituzionalisti”, specialmente dei professori di diritto costituzionale e dei giudici costituzionali.

Va ricordato innanzitutto che nel 1981 si è costituita a Belgrado la International Association of Constitutional Law, il cui statuto annoverava tra i propri compiti quello di contribuire «to the scholarly study of constitutional problems and of constitutionalism, as well as to respect for law in the world». L’iniziativa era stata preceduta nel 1972 dalla prima *Conferenza delle corti costituzionali europee* a Dubrovnik. I giudici costituzionali, infatti, avevano sentito per primi il bisogno di cooperare su scala internazionale per chiarire sin dalla prima conferenza le proprie competenze e gli effetti giuridici delle proprie decisioni.

In Italia, i professori di scienza del diritto costituzionale si sono costituiti nel 1984 nell’Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), presieduta inizialmente da Vezio Crisafulli e dall’allora presidente della Corte costituzionale, Leopoldo Elia. Inizialmente l’associazione si prefiggeva – secondo il proprio statuto – solo «di favorire l’approfondimento dello studio e dei metodi di insegnamento del diritto costituzionale», ma recentemente è stato aggiunto come scopo anche «la promozione e la difesa delle peculiarità della cultura costituzionalistica» (art. 1 dello Statuto, vigente nella versione del 2014). La ricerca collettiva della “profondità” e dei “metodi”, denominatori dell’identità della professione della scienza, era stata lanciata nel contesto del dibattito sulle riforme della costituzione, contesto nel quale anche per gli scienziati della politica si usò la denominazione di “costituzionalista”<sup>2</sup>. Erano gli anni in cui il primo numero della rivista bolognese “Quaderni costituzionali” (1981) opponeva le riforme “della costituzione” alle riforme “nella costituzione”; un gruppo interdisciplinare diretto da Gianfranco Miglio<sup>3</sup> progettava una «repubblica migliore per gli italiani»; e il Parlamento istituiva la

\* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università del Piemonte Orientale. Email: [joerg.luther@uniupo.it](mailto:joerg.luther@uniupo.it).

<sup>1</sup> Cfr. soltanto: ELKIN, SOLTAN 1993; POZZOLO 2008; DOGLIANI 2010; BARBERIS 2012, 18 ss.; FERRAJOLI 2013.

<sup>2</sup> In precedenza cfr. BISCARETTI DI RUFFIA 1954, 199; MEREU 1969.

<sup>3</sup> Cfr. LANCHESTER 2011.

prima Commissione bicamerale per le riforme istituzionali. Le riforme riguardavano sin dall'inizio anche la Corte costituzionale, gravata dal processo Lockheed (1979) e potenziata da funzioni di co-legislazione, assunte nonostante l'«ambiguità di molti essenziali principi costituzionali, non stabilizzati da idonee convenzioni interpretative»<sup>4</sup>.

Nel 1990 è stata fondata un'ulteriore associazione, il cd. “gruppo di Pisa”, che metteva la giustizia costituzionale al centro delle proprie ricerche e constatava una svolta verso un ruolo più attivo e più politico della scienza, promettendo più “critica”<sup>5</sup>. Quella critica investiva anche il «positivismo della giurisprudenza costituzionale», evocato in Germania dall'immagine della «detronizzazione della scienza del diritto dello Stato» di Bernhard Schlink<sup>6</sup> e, ancora prima, in Italia dall'ideatore della conferenza delle corti costituzionali europee, Giuseppe Branca, con la domanda “*quis adnotabit adnotatores?*”

Dopo il 1989, il costituzionalismo si è diffuso oltre l'Europa orientale, ispirando il “Global Constitutionalism Seminar” di Yale (1996). Così non stupisce che il nuovo “International Journal of Constitutional Law” (ICON) abbia optato per una «broad and functional definition of ‘constitutionalism’»<sup>7</sup>. Lo Statuto della Conferenza mondiale delle Corti costituzionali (Cape Town 2009) – conferenza che ha sede presso la Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, ma unisce oggi una settantina di paesi con la significativa eccezione della Corte Suprema statunitense – ha poi legittimato la giustizia costituzionale con principi quali la democrazia, la tutela dei diritti umani e lo stato di diritto:

«The World Conference on Constitutional Justice [...] promotes constitutional justice – understood as constitutional review including human rights case-law – as a key element for democracy, the protection of human rights and the rule of law (art. 1)».

Il programma della rivista *Global Constitutionalism* ha evocato la sentenza Kadi (2008), richiamando i diritti umani, la democrazia e lo stato di diritto per classificare il costituzionalismo come semplice “academic artefact”<sup>8</sup>. La maggiore conflittualità nelle relazioni tra giudici costituzionali ed europei ha indotto, infine, il presidente del *Bundesverfassungsgericht*, Andreas Voßkuhle, a evocare un rafforzamento della cooperazione multilivello, il *Verfassungsgerichtsverbund*<sup>9</sup>.

Questi pochi cenni storici possono bastare per concludere che il costituzionalismo è parola d'ordine non solo del mondo delle teorie e delle idee accademiche, ma anche in quello delle pratiche e della realtà dei giudici di costituzionalità. Il “costituzionalismo dei giudici costituzionali” potrebbe essere lo spirito giusto, che dovrebbe animare gli uomini della giustizia più alta, e costituire una promessa di armonia e progresso dei predicatori del repubblicanesimo. Tuttavia, in tempi di crisi tale promessa potrebbe anche apparire come una maschera dell'ipocrisia, che dissimula una regressione culturale della democrazia, dello stato di diritto e della tutela dei diritti umani. Matthias Kumm, infatti, avverte giustamente che il costituzionalismo non può essere letto come un ingenuo “progress narrative” di fronte ai mali del neoimperialismo, delle crescenti diseguaglianze tra Nord e Sud, dell'inarrestabilità delle guerre e dell'insostenibilità delle crisi ecologiche. Né sembra in grado di mitigare il populismo e patriottismo nazionale di fronte alle “votazioni con i piedi” (1989) che muovono le migrazioni<sup>10</sup>.

Per indagare il rapporto tra le idee accademiche del costituzionalismo e la sua realtà nelle pratiche dei giudici costituzionali, conviene innanzitutto ricostruire i significati e gli usi del concetto (par. 2).

<sup>4</sup> FRANCESCHI, ZAGREBELSKY 1981, 163.

<sup>5</sup> ROMBOLI (ed.) 1991.

<sup>6</sup> SCHLINK 1989; la simbiosi tra scienza e giudici è criticata anche da JESTAEDT 2011; SCHÖNBERGER 2015, 31 s.

<sup>7</sup> DORSEN, ROSENFELD 2003.

<sup>8</sup> WIENER *et al.* 2011.

<sup>9</sup> VOBKUHLE 2010.

<sup>10</sup> KUMM 2015; cfr. anche TULLY *et al.* 2016, 6.

Particolare attenzione meritano i timori di “judicial constitutionalism” che dividono il mondo dei costituzionalisti (par. 3) e le garanzie costituzionali contro un governo dei giudici (par. 4). Infine, in questi contesti si può mettere a fuoco la presenza delle idee del costituzionalismo nelle pratiche dei giudici costituzionali (par. 5).

## 2. *Un concetto aperto di costituzionalismo come cultura comunicativa di idee e pratiche di “buona costituzione” tra politici, giudici e professori*

Quanto alla nozione di “costituzionalismo” è il caso di affrontare, innanzitutto, lo scetticismo e le eccezioni di Jeremy Waldron: il costituzionalismo non è un “-ism” qualsiasi, né un’ideologia sostenuta da una “inherent hostility to democracy”<sup>11</sup>. Piuttosto, andrebbe concepito come il frutto dello scetticismo di una ragione arricchita da esperienze anche negative, che non nasconde oscurità o ambiguità delle costituzioni e relativizza tutti gli “-ismi” sulla base di principi e valori come la libertà di coscienza e il pluralismo dei diritti e dei poteri. Il costituzionalismo ha principi che rendono possibile una ricerca, anche conflittuale, di scelte politiche democratiche e non tiranniche. Il concetto non si riduce né alla fede e alla difesa di una costituzione particolare («*that the principles of a particular constitution are important*»), né a una generica apologia di tutte le costituzioni nel loro genere («*that constitutions as such are important*»), né tanto meno a un unico “spirito delle costituzioni”, divina provvidenza, che possa candidarsi a filosofia ufficiale delle istituzioni globali del nuovo millennio.

Il concetto deve essere necessariamente aperto ad una pluralità di interpretazioni e qualificazioni<sup>12</sup>. Nessuno potrebbe stabilirne una nozione universale ed uniforme, senza compromettere la libertà di coscienza dei costituzionalisti e il pluralismo delle culture costituzionali. Ma questo non vuol dire che le varie concezioni di “costituzionalismo” e le loro realtà di riferimento non abbiano un minimo comune denominatore di “constitutional essentials” e una matrice comune, ad esempio, nell’art. 16 della Dichiarazione francese del 1789, o nel “triangolo” dei principi del “global constitutionalism”. I fautori del costituzionalismo non sono prigionieri di una torre di Babele, ma comunicano con coscienze e culture costituzionali diverse su principi e valori fondamentali delle proprie costituzioni, principi e valori che arricchiscono tale triangolo e adattano le costituzioni ai diversi contesti storici e geografici.

Dal punto di vista della sua funzione generale, svolta a livello nazionale e internazionale, si potrebbe definire il “costituzionalismo” come un ideale e una realtà di pratiche, che rendono le varie culture costituzionali pacificamente comunicanti. Costituzionalismo è una forma di comunicazione tra culture che fa circolare idee e produce consenso e legami più durevoli di un semplice convegno. Questo concetto aperto non è meramente descrittivo e narrativo, ma anche prescrittivo e valutativo. Il costituzionalismo non vuole essere puro idealismo, perché è sempre temperato dal realismo di saperi fondati su esperienze compiute in determinati contesti storici e territoriali.

Il costituzionalismo non configura più, semplicemente, un’epoca della storia, quella delle prime procedure costituenti<sup>13</sup>, né un *topos* consumato; piuttosto, è un insieme di idee, teorie e ideologie acquisite e in evoluzione. Si forma in discorsi e dialoghi, che intendono spiegare come conseguire, conservare e sviluppare costituzioni buone per tutti, e che intendono dare un senso alle costituzioni vigenti e guidare e indirizzare sia l’interpretazione, sia la loro valutazione comparativa, sia la loro eventuale revisione.

Analiticamente si riconosce oramai che la comparazione delle costituzioni (*comparative constitutional systems*) va distinta da quella dei costituzionalismi (*comparative constitutionalism*),

<sup>11</sup> WALDRON 2010.

<sup>12</sup> M. TUSHNET 2016.

<sup>13</sup> M. KIRSCH 1999, 40 ss.; RIDOLA 2005. Per una interpretazione protomarxista cfr. BAUER B., BAUER E. 1843.

anche se costituzioni e costituzionalismi si condizionano in genere reciprocamente<sup>14</sup>. Pertanto, si distinguono forme di costituzionalismo “con” e “senza” costituzioni scritte, ma anche costituzioni “con” e “senza” costituzionalismo. Non solo esistono costituzioni più o meno lunghe e rigide, ma si può avere o pretendere “più” o “meno” costituzionalismo, confrontando delle forme *thin* (minimo) vs. *thick* (ricco) o *weak* (debole) vs. *strong* (forte)<sup>15</sup>.

La storia insegna che le idee e le pratiche del costituzionalismo possono mutare e non mirano più solo alla (auto-)limitazione e alla moderazione del potere statale rispetto alla società, ma anche alla (auto-)legittimazione di poteri, o a obiettivi – nella terminologia di Waldron – di “empowerment” in società complesse e spesso divise, da pacificare e da sviluppare. Il costituzionalismo non è più semplicemente lo spirito di chi ha scritto le prime carte costituzionali, ma anche quello di chi difende l’efficacia delle norme costituzionali e di chi revisiona le stesse carte. La “costituzionalizzazione” del diritto e della politica può moltiplicare i diritti e i poteri, ma non produce mai equilibri perfetti. Le costituzioni richiedono sempre meccanismi di garanzia e di revisione, non potendo né promettere una pace giusta e perenne, né programmare lo sviluppo di tutti i rami del diritto. Non possono essere l’uovo dal quale nasce l’intero mondo politico, ma solo un quadro od ordine generale, che integra una pluralità di ordinamenti giuridici e di sistemi politici parziali.

La geografia insegna che si tratta di idee più europee ed occidentali, ma stanno formandosi nuove forme di costituzionalismo regionale (America Latina, Asia, Africa), mentre lo “Stato costituzionale” sta diventando una realtà globale, più o meno presente o desiderata. Le storie del costituzionalismo sono percepite per lo più come storie contemporanee o moderne, ma i suoi luoghi non sono più esclusivamente nazionali. Si estendono alle istituzioni sovranazionali e alla società internazionale, almeno secondo le teorie che riconoscono forme di “multilevel” e “global constitutionalism”.

La complessità del costituzionalismo richiederebbe innanzitutto un lavoro di filologia comparativa. Da una prima rilevazione quantitativa risultano “Constitutionalism/Constitutionalist”<sup>16</sup> più frequenti di “Constitutionnalisme/Constitutionnaliste” e “Konstitutionalismus/Konstitutionalist” meno frequenti di “Costituzionalismo/costituzionalista”<sup>17</sup>. Una ricerca filologica più ampia dovrebbe includere anche termini concorrenti e lingue e scritture più distanti nel tempo e nello spazio come il greco (Συντάγμα) o l’ebraico (בְּנֵי חֻקֵּי הַתּוֹרָה), alternativo sia all’identificazione della costituzione mosaica con la Torah nel Deuteronomio, sia all’insieme delle *basic laws* (חוקי היסוד, huqey ha-yesod)<sup>18</sup>, l’indiano (samvidhan), inteso come potere suggestivo di comporre cose, il russo (КОНСТИТУЦИЯ) ecc. La traduzione in cinese, xianzheng<sup>19</sup>, ritraducibile come “governo della costituzione”, riecheggia un’idea più ambigua di “constitutional government”, una costituzione ridotta alla costruzione di poteri sul popolo.

Al di là delle differenze semantiche, la presenza reale del costituzionalismo nelle carte e nei fatti della vita costituzionale può essere dichiarata, come la sua assenza può essere denunciata. Nelle controversie relative sono state classificate varie forme storiche di costituzioni e costituzionalismi con aggettivazioni legate alle dinamiche delle forme di Stato (monarchico/repubblicano, secolare/confessionale, liberale/sociale, democratico/autoritario).

<sup>14</sup> Cfr., sul costituzionalismo senza costituzione, SARTORI 1962; e sull’idea di “governo costituzionale”, FRIEDRICH 1967, 1968: «Thus, constitutionalism is both the practice of politics according to ‘rules of the game’, which insure effective restraints upon governmental and other political action, and the theory – explanatory and justificatory – of this practice».

<sup>15</sup> Ad es. COLON-RIOS 2012, 153 ss.

<sup>16</sup> FORD 1794.

<sup>17</sup> Sui primi usi dei termini LUTHER 2011.

<sup>18</sup> ELAZAR 1992.

<sup>19</sup> Per la costituzione del 1931 v. CHEN 2014.

Anche la nota distinzione tra costituzionalismo “moderno” e “antico”<sup>20</sup> è stata ulteriormente arricchita da forme “premoderne”<sup>21</sup> e “postmoderne”<sup>22</sup>, storicamente anteriori all’invenzione dello “Stato-nazione” e posteriori agli *shock* della *shoah* e dello Stato genocida. Più fortuna della formula del “nuovo costituzionalismo democratico”, proposta da Mao nel 1940<sup>23</sup>, ha avuto la critica delle costituzioni “semantiche” dei regimi autoritari del novecento, confezionate “a vantaggio esclusivo dei governanti”<sup>24</sup>.

Un mezzo secolo dopo, Mark Tushnet, infine, ha proposto di riconoscere alcune forme di costituzionalismo “*absolutist*”, “*mere rule-of law*” e “*authoritarian*”, cioè di costituzionalismo non liberale che potrebbe abbracciare anche altre varianti di “*communitarian*”, “*societal*” e perfino “*theocratic constitutionalism*”<sup>25</sup>.

Questi cenni di storia consentono di concludere che conviene tenere aperto il concetto di “costituzionalismo”, senza dare per scontato né la sua modernità, né un suo legame inscindibile con le pratiche dei giudici costituzionali. Infatti, mentre per il comparatista Michel Rosenfeld, il costituzionalismo moderno implica almeno la limitazione dei poteri, la *rule of law* e la protezione dei diritti fondamentali<sup>26</sup>, per lo storico Horst Dippel esso implica sin dall’inizio il riconoscimento di dieci principi fondamentali: (1) la sovranità popolare, (2) il riconoscimento di principi universali (eguaglianza e libertà), (3) la garanzia di diritti umani, (4) un governo rappresentativo, (5) il primato della costituzione sulle altre fonti del diritto, (6) la separazione dei poteri, (7) il governo limitato, (8) la responsabilità del governo, (9) l’indipendenza e l’imparzialità del giudice, (10) il potere popolare di revisione della costituzione<sup>27</sup>.

Ognuno di questi elementi può essere trattato come un principio supremo, che può essere attuato in misura maggiore o minore dalle costituzioni e dalla società dei loro interpreti. Prendendo come esempio gli indici del *rule of law*, si potrebbero addirittura misurare gradi e definire “standard” minimi, medi ed elevati di costituzionalismo. Per quanto pretenda qualità, il costituzionalismo è suscettibile anche di discorsi quantitativi e forse perfino di un “constitutional performance index”<sup>28</sup>. La sua diffusione, infatti, può essere valutata e promossa politicamente, anche se non dovrebbe legittimare alcun tipo di coazione o di *rating* istituzionale, almeno se si intendono rispettare le iniziali connotazioni liberali e civili.

Uno dei luoghi nei quali è aumentata la presenza della nozione sono le cattedre di chi insegna diritto e produce dottrina costituzionale<sup>29</sup>, filosofia, storia o sociologia del diritto e della politica. Un secondo luogo sono le istituzioni del potere giudiziario, mentre stentano ad appropriarsene le stesse istituzioni politiche e la sfera pubblica nei momenti di riforma costituzionale. Secondo alcune voci critiche di professori e politici, i giudici trarrebbero il maggior vantaggio dal suo uso, poiché il “costituzionalismo” servirebbe prevalentemente ad autorizzare un ampio uso giudiziario della costituzione, che restringerebbe gli spazi e le sfere della politica e del popolo in nome del quale si giudica.

<sup>20</sup> MCILWAIN 1958.

<sup>21</sup> REDISH, HEINS 2015.

<sup>22</sup> BALKIN 1992.

<sup>23</sup> Cit. da GAO *et al.*, 2015, 68.

<sup>24</sup> LOEWENSTEIN 1959, 153. Nel 1905 Max Weber aveva già parlato di “pseudocostituzionalismo” russo. Cfr. anche il neologismo “*sham constitution*”, costituzione finta, di LAW, VERSTEEG 2013.

<sup>25</sup> Cfr. TUSHNET 2013a; THIO 2012.

<sup>26</sup> ROSENFELD 1994.

<sup>27</sup> DIPPEL 2005.

<sup>28</sup> LAW, VERSTEEG 2013.

<sup>29</sup> Cfr., da ultimo, PASSAGLIA (ed.) 2015.

### 3. *Timori e lamenti del “judicial constitutionalism”*

Se si guarda alla storia delle critiche del costituzionalismo, colpisce la rievocazione dello spettro del “governo dei giudici” dopo il 1989, considerato un male oramai comune dei paesi occidentali di *common law* e *civil law* del quale il costituzionalismo è sospettato di essere la causa principale.

Il sospetto è stato avanzato soprattutto dai costituzionalisti statunitensi, in particolare dai conservatori, che si opponevano all’attivismo della tutela giudiziaria dei diritti civili come “legal rights”, caratteristica della *Warren Court*. La critica più celebre è stata forse quella del cd. “originalismo” proposto da Antonin Scalia come “male minore”, dottrina che vieta al giudice ogni argomento comparativo diverso da quello della volontà storica dei “padri” fondatori e dei “nonni” inglesi<sup>30</sup>.

Altre critiche riprendevano le vecchie polemiche europee di Carl Schmitt contro la giustizia costituzionale di Hans Kelsen e contro la «tirannia dei valori», ossia contro il fatto di concepire le “norme programmatiche” come principi normativi, concezione sostenuta sia dalla Corte costituzionale italiana sin dalla sua prima sentenza del 1956, che precludeva di considerare i principi come mere norme programmatiche, sia dal *Bundesverfassungsgericht*, a partire dalla celebre sentenza *Lüth* del 1958, rafforzata dalla cd. “basic structure clause” dell’art. 21 *Grundgesetz*, che giustificava il divieto di costituire partiti radicali come quelli comunista e neonazista. Proprio in quegli anni, la Corte Suprema USA aveva citato *Marbury vs. Madison* per enunciare, non senza audacia, la seguente “basic constitutional proposition”:

«the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system»<sup>31</sup>.

Nel 1999 Tushnet ha proposto di superare proprio questa “judicial supremacy”, distinguendo una “thick constitution” di regole precise sull’organizzazione del governo come parametro della “judicial review” dalla “thin constitution” dei principi supremi, da restituire al popolo e anche agli altri “dipartimenti” del potere, termine madisoniano al quale questa critica deve la sua denominazione come “departmentalist”<sup>32</sup>. In *Law and Disagreement*, dello stesso anno, Waldron<sup>33</sup> ha accusato i costituzionalisti di nutrire antipatia verso la democrazia, sostenendo l’esigenza di un dissenso di base sui valori come presupposto della democrazia quale procedura che produce decisioni legittime, cui riconoscere una “legislative supremacy” opposta a quella giudiziaria<sup>34</sup>. In modo meno radicale, Cass Sunstein ha disegnato, invece, un modello di “judicial minimalism”, secondo il quale il giudice avrebbe dovuto decidere solo il minimo necessario per risolvere il caso concreto, lasciando aperta al massimo la dialettica politica sulle questioni più generali<sup>35</sup>.

Dopo *Bush vs. Gore* (531 U.S. 98 [2000]), il dibattito è stato rilanciato nel 2004 da Larry Kramer con una ricerca di storia costituzionale, in cui opponeva al “legal constitutionalism”, fondato sul monopolio giudiziario dell’interpretazione della costituzione, la necessità di dare maggiore fiducia al popolo, riconoscendo il suo diritto all’ultima parola<sup>36</sup>. Nello stesso anno, un libro di Ran Hirschl sulla “juristocracy”, ricostruiva «origins and consequences of the new constitutionalism» nella storia costituzionale di paesi di *common law* quali Canada, Israele, Nuova Zelanda e Sudafrica, constatando un *trend* globale:

<sup>30</sup> SCALIA 1989.

<sup>31</sup> *Cooper vs. Aron* 358 U.S. 1 (1958), 17-18. Cfr. WHITTINGTON 2002.

<sup>32</sup> TUSHNET 1999.

<sup>33</sup> WALDRON 1999.

<sup>34</sup> Cfr. WALDRON 2006.

<sup>35</sup> SUNSTEIN 1999, ma v. anche 2008.

<sup>36</sup> KRAMER 2004b, 107, v. anche 2004a. Critico: POST, SIEGEL 2004.

«The global trend toward judicial empowerment through constitutionalization has been accompanied and reinforced by an almost unequivocal endorsement of the notion of constitutionalism and judicial review by scholars, jurists, and activists alike»<sup>37</sup>.

Raccogliendo le diagnosi di Carlo Guarnieri<sup>38</sup> e Ann-Marie Slaughter<sup>39</sup>, Hirschl constatava un processo di “judicialization” delle culture politiche su scala mondiale, con una crescente ingerenza delle tecniche di *judicial review* nei processi del cd. “policy making” e un aumento di interventi giudiziari nelle questioni di *politics*<sup>40</sup>. Le retoriche della tutela dei diritti e del controllo di costituzionalità avrebbero realizzato più un disegno di “hegemonic preservation” di élites politiche, economiche e giudiziarie, che non politiche redistributive.

Mentre, per Richard Bellamy, il Regno Unito restava nel 2007 ancora un’isola felice del “political constitutionalism”<sup>41</sup>, Tushnet iniziava la ricerca di correttivi del cd. “judicial constitutionalism”, attraverso la formula “weak Courts, strong rights”, pensando a “weak forms of judicial review”. In caso di “reasonable disagreement” sul contenuto concreto della costituzione in materia di diritti economici e sociali, i giudici, non soggetti a un controllo immediato tramite votazioni pubbliche e rappresentanti eletti, avrebbero dovuto lasciare al legislatore l’ultima parola, specialmente nel caso di modifica della legge dichiarata incostituzionale<sup>42</sup>.

Queste critiche del *judicial constitutionalism* e la ricerca di alternative di *political constitutionalism*<sup>43</sup> con forme di sindacato di legittimità più debole non sono nuove. Alexander Hamilton aveva difeso il controllo di costituzionalità come garanzia della supremazia della volontà del popolo dichiarata nella costituzione, attribuendo al giudice una posizione di mediatore tra popolo e legislatori: «it is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature»<sup>44</sup>. Kramer ha rispolverato poi una lettera di James Madison del 1834: «it may always be expected that the judicial bench, when happily filled, will [...] most engage the respect and reliance of the public as the surest expositor of the Constitution». Se le scelte di reclutamento del Presidente e del Senato sono felici, il giudice ha fiducia nel pubblico quale più sicuro espositore della costituzione, cioè quale censore spontaneo che, in ultima istanza, “fa osservare” la costituzione e può avere l’ultima parola sugli emendamenti. Non diceva che l’ultima parola fosse quella elettorale.

Sin dall’Ottocento, la Corte Suprema è stata censurata dai politici e dagli stessi giudici. Due esempi celebri sono la critica di Abraham Lincoln alla sentenza che aveva negato lo *standing* allo schiavo Dred Scott (1857), e il voto dissenziente del giudice Oliver Wendell Holmes alla sentenza *Lochner vs. New York* (1905), che osava contraddire le teorie economiche dei suoi colleghi: «a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire». Alla difesa dalle critiche serviva l’appello all’autorità del giudice nella celebre frase del governatore e futuro giudice Charles Evans Hughes (1907): «We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution»<sup>45</sup>. È stato allora che la scienza politica

<sup>37</sup> HIRSCHL 2004a, 71, v. anche 2004a. Critico CLOSA 2006.

<sup>38</sup> GUARNIERI, PEDERZOLI 2002.

<sup>39</sup> SLAUGHTER 2004.

<sup>40</sup> HIRSCHL 2006.

<sup>41</sup> BELLAMY 2007.

<sup>42</sup> TUSHNET 2008, 2013b.

<sup>43</sup> Da ultimo MAC AMHLAIGH 2016.

<sup>44</sup> HAMILTON 1788.

<sup>45</sup> HUGHES 1908, 139.

statunitense ha teorizzato un “government by judiciary”<sup>46</sup>, da Edouard Lambert poi tradotto in “gouvernement des juges”<sup>47</sup>.

#### 4. Le garanzie costituzionali contro il “governo dei giudici”

Ritornando sull’eco francese delle controversie statunitensi, Michel Troper ha distinto tre definizioni possibili di “governo dei giudici”: quella più larga comprende le situazioni di eccessivo potere politico di tutti i giudici, quella ristretta comprende la situazione dei giudici costituzionali che interferiscono nel potere legislativo, e quella più ristretta comprende la situazione dei giudici costituzionali che usurpano il potere costituente, ad esempio, quando creano principi sovra-costituzionali<sup>48</sup>. Se si adotta questa sintomatologia come descrizione dei rischi tipici delle costituzioni rigide che corrispondono agli ideali di costituzionalismo, restano da verificare le dimensioni reali dei rischi e la loro imputabilità alle idee del costituzionalismo. Nel caso italiano si potrebbero richiamare, ad esempio, le esperienze di tangentopoli, le sentenze manipolative e la giurisprudenza costituzionale sui “controlimiti” e sui “principi supremi” della costituzione.

Tre riflessioni più realistiche inducono, tuttavia, a prendere una posizione più prudente e ad abbozzare un modello di costituzionalismo che aiuti sia i giudici a difendersi contro se stessi (*self-restraint*), sia il pubblico a vigilare sui propri giudici, senza arrendersi ad un “judicial constitutionalism” inteso come lo spirito maligno di un governo dei giudici. La prima riflessione presta attenzione alle imperfezioni del concetto di “governo dei giudici”, la seconda propende verso esperienze costituzionali di correzione dell’arbitrio del giudice, e la terza si concentra sul pluralismo dei poteri giudiziari nel contesto della globalizzazione.

1) Innanzitutto, occorre chiedere che cosa si intende per “governo dei giudici”. Se non significa semplicemente né la “crainte des magistrats”, già percepita da Montesquieu, né l’autogoverno della magistratura, più correttamente definibile come auto-amministrazione del personale, con tale formula si potrebbe ravvisare una forma di governo non democratica, nella quale il terzo potere stabilisce una supremazia sul primo e/o sul secondo potere.

Per quanto riguarda la supremazia sul primo potere, i giudici anche se si sono trovati ad indagare interi parlamenti, non hanno il potere di scioglimento e spesso nemmeno di verifica. Semmai si potrebbe dire che i giudici non sono più soggetti alla legge, ma la legge è soggetta al giudice costituzionale. Tuttavia non è la sentenza del giudice che annulla la legge, ma la costituzione del popolo a sancirne l’invalidità come effetto di una violazione del principio della supremazia della costituzione stessa, che limita la supremazia del primo potere. Il giudice costituzionale del modello europeo protegge la costituzione dal legislatore e il legislatore dagli altri giudici. Anche se si volesse qualificare con Kelsen la sua funzione come legislazione negativa, egli svolge oramai notevoli funzioni di interpretazione correttiva ed integrativa, anche provvisoria, e può colpire omissioni legislative. Anche tali funzioni di co-legislazione non stabiliscono una supremazia, nemmeno quando si giudicano i limiti costituzionali delle revisioni costituzionali, o quando si osano interpretazioni estensive dei diritti fondamentali<sup>49</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la supremazia sul secondo potere, la magistratura ordinaria e quella costituzionale non formano, né revocano il governo, né possono assumere decisioni di governo e

<sup>46</sup> BOUDIN 1911, ripreso negli anni Settanta da BERGER 1977.

<sup>47</sup> LAMBERT 1921. Dalla letteratura italiana cfr. soltanto BRUTI LIBERATI *et al.* (ed.), 1996; SILVESTRI 1997; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI 2004 (con relazioni di G. Silvestri e M. Barberis); da ultimo con ulteriori riferimenti NISTICÒ 2015, 59 ss.

<sup>48</sup> TROPER 2006.

<sup>49</sup> BREWER-CARIAS 2011.

comandare le amministrazioni: possono tutt'al più annullare atti governativi e risolvere conflitti su competenze costituzionali tra enti o organi. Se quest'ultima funzione fosse meramente arbitraria potrebbe essere anche di natura governativa, ma solo in casi di interferenza grave e duratura verrebbe meno anche l'originaria separazione tra *gubernaculum* e *jurisdictio* e il principio rivoluzionario della sovranità popolare<sup>50</sup>. Se la separazione dei poteri, invece, viene osservata come principio generale, sarebbe più corretto parlare con Alec Stone solo di un «governare con giudici»<sup>51</sup>.

2) In secondo luogo, va ricordata l'osservazione di Hamilton, secondo cui il potere giudiziario non tiene né la spada, né la moneta e, pertanto, può essere ritenuto “the weakest department” o “the least dangerous branch”<sup>52</sup>. Tutt'al più frena l'uso illegittimo dell'una e dell'altra. Il potere del giudice costituzionale ha limiti funzionali, rispondendo solo a “*petita*” di cittadini o, in caso di questioni pregiudiziali o giudizi su conflitti, da enti e organi che decidono sui loro interessi. Le funzioni di tutela del diritto oggettivo e dei diritti soggettivi – funzioni che i giudici comuni e quelli costituzionali di ultimo grado hanno in comune – difendono da illegittimità vissute come ingiustizie e compiute nell'esercizio degli altri poteri.

Presumere che la magistratura sia il potere meno pericoloso, tuttavia, non significa negare i pericoli specifici di questo potere, né negare la necessità di rimedi contro una tirannide di giudici straordinari “del popolo” sul modello nazista, o di una “procuratura” sul modello stalinista o, più semplicemente, contro l'arbitrio del giudice monocratico. Il costituzionalismo più recente è forse anche più evoluto è autoriflessivo, perché consiglia buone disposizioni costituzionali anche per il terzo potere, in particolare controlli e bilanciamenti attraverso una divisione territoriale e funzionale interna al potere giudiziario, il contropotere socioculturale dell'avvocatura e dell'accademia, la partecipazione popolare all'esercizio del terzo potere, i diritti processuali fondamentali, le immunità costituzionali dei titolari della funzione di governo politico, i poteri extragiudiziali di grazia e pacificazione, le garanzie speciali per le funzioni di sovranità attinenti alla moneta e alle Forze Armate. Tali disposizioni, intese come dispositivi del costituzionalismo, devono essere effettive, quindi essere garantite dalla giustizia costituzionale, evitando il più possibile sia conflitti di interesse, cioè che la magistratura diventi un giudice dei propri interessi, sia menomazioni della sovranità popolare.

La giustizia costituzionale europea, nella misura in cui è affidata a giudici costituzionali particolari, intende proprio tutelare i legislatori parlamentari da un governo dei giudici. In Italia, la Corte costituzionale ha contribuito a realizzare, insieme al CSM, un modello particolare di costituzionalismo, che non esclude conflitti costituzionali tra organi politici e magistratura, ma presuppone un'opinione pubblica in grado di mediare tra le forze politiche rappresentate in Parlamento e nel CSM e di distinguere tra politica e amministrazione della giustizia, senza abbandonare ogni sintesi al Presidente della Repubblica. Non a caso, il “codice etico” dell'Associazione Nazionale Magistrati richiede proprio quella «sensibilità all'interesse pubblico» nella vita sociale, che il democratico Madison aveva abbozzato nella formula di «respect and reliance». Questo presuppone non necessariamente una forma di governo presidenziale, ma una cultura mediatica pluralistica della società, che sia in grado di prevenire insieme i pericoli sia della giustizializzazione della politica che della politicizzazione della giustizia: presupposto culturale, questo, che non è stato pienamente realizzato ai tempi di “tangentopoli”.

In conclusione, il costituzionalismo odierno esige non solo la disciplinata soggezione del giudice alla legge e alla Costituzione, ma anche una costituzionalizzazione effettiva del terzo potere come potere non

<sup>50</sup> Per la distinzione tra *jurisdictio* e *gubernaculum* cfr. DOGLIANI 2015; su cui, LUTHER 2015; DI GIOVINE, MASTROMARINO 2011.

<sup>51</sup> STONE SWEET 2000.

<sup>52</sup> BICKEL 1962.

unico, separato dal *gubernaculum*, potere sempre derivato dalla sovranità del popolo, nel cui nome il giudice giudica.

3) In terzo luogo, occorre prestare particolare attenzione ai fatti e ai fattori della crescita globale del potere giudiziario, che si possono ravvisare nella diffusione e nel potenziamento delle giurisdizioni costituzionali e dei giudici internazionali, ma anche nella espansione delle competenze di giurisdizione universale dei giudici sul modello statunitense. Questo non vuol dire che tutti i giudici internazionali, come ad esempio gli organismi WTO e ICSID, siano equiparabili a giudici costituzionali su scala internazionale, piuttosto che debbano dialogare con essi<sup>53</sup>. Le conseguenze dei fatti e il peso dei fattori della crescita percepita sulle teorie e sulle pratiche del costituzionalismo sono ancora incerte e oggetto di ricerca. In che misura un nuovo “costituzionalismo globale” o “multilivello” può elaborare dispositivi che contrastino un governo internazionale dei giudici, e quali responsabilità specifiche al riguardo hanno le corti costituzionali nazionali?

Nei fatti si delinea una tendenza espansiva globale, non contestata e non facile da spiegare e valutare, anche perché più forte su scala nazionale che su scala internazionale. Una chiave di spiegazione potrebbe essere un'interpretazione del diritto di accesso alla giustizia come diritto ad una giurisdizione costituzionale e internazionale efficace. *Ubi jus, ibi remedium* sembra, infatti, una massima del “judicial constitutionalism” anche nella sua proiezione internazionale<sup>54</sup>: massima che consente di elaborare e sviluppare ogni diritto, soggettivo e oggettivo. Il gioco combinato delle garanzie nazionali e internazionali della *rule of law* nel secondo dopoguerra ha, da un lato, rafforzato il diritto di accesso alla giurisdizione e la “riserva del giudice”, dall'altro, ha anche irrobustito le norme che intendono proteggere i diritti processuali dagli errori e dagli arbitri dello stesso giudice. Si percepisce una graduale sostituzione della originaria “political question doctrine”<sup>55</sup> con una teoria della discrezionalità di tutti i poteri pubblici e con la loro comune soggezione ai canoni generali della proporzionalità e della ragionevolezza

All'origine di questi fatti si vede la globalizzazione dei mercati e delle tecnologie di comunicazione, il successo dei discorsi emancipatori che rivendicano diritti fondamentali e il *networking* transnazionale di politici, governativi e non, ma anche di giuristi e giudici che “dialogano” in forme non sempre trasparenti<sup>56</sup>. Questi dialoghi evidenziano, tuttavia, anche una crescente dinamicità e conflittualità nei rapporti all'interno del triangolo giudici comuni, giudici costituzionali e giudici internazionali. I giudici comuni si attivano nella tutela di diritti fondamentali garantiti da una pluralità di ordinamenti, i giudici costituzionali si vedono costretti ad attivare le tutele dei cd. “controlimiti” e delle identità costituzionali, i giudici internazionali sono impegnati a costruire principi comuni idonei a costituzionalizzare le organizzazioni internazionali. Il “dialogo” e la “consultazione” sono prime forme di autolimitazione del potere e di riconoscimento di poteri separati, imputabili ad altri popoli, e quindi alla soggezione alle loro leggi, e ad un'unione dell'intera famiglia delle nazioni in un'unica umanità, vincolata da un presumibile “*consensus omnium*”.

Non solo i diritti dell'uomo, ma anche le sentenze sono state rese più visibili anche dalla *performance* delle varie forme di governo sovra- ed internazionale, dominate più da conferenze diplomatiche che non da deliberazioni parlamentari. Mentre i *summit* mondiali “Gx” e le politiche UE sono spesso percepite

<sup>53</sup> Cfr. BOGDANDY, VENZKE 2014, 174 ss.

<sup>54</sup> TUSHNET, GONZÁLEZ-BERTOMEU 2013, 118.

<sup>55</sup> 5 US 137, 163 *Marbury vs. Madison* (1803): «Questions, in their nature political, or which are by the constitution and laws, submitted to the executive can never be made in this court».

<sup>56</sup> Si potrebbe perfino verificare l'aumento particolare della spesa pubblica per il potere giudiziario e per i viaggi dei giudici costituzionali, confrontando tali dati con gli indici di sviluppo e della *rule of law*. L'indicatore del World Justice Project 2014 include il parametro “*adequate resources*”: cfr. VERSTEEG, GINSBURG 2016.

come improduttive, gli Stati costituzionali sembrano oramai governati da una “*common law* costituzionale mondiale”. Quest’ultimo incorpora i principi di “pluralismo” culturale e di “autonomia” costituzionale dei popoli e delle organizzazioni internazionali, una sorta di “diritto alla costituzione”, che integra lo sviluppo dell’ordine sociale e internazionale indispensabile per la tutela dei diritti (art. 28 Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo). La costituzione mondiale *in fieri* riesce a stabilizzare equilibri complessivi solo se giudici costituzionali ed internazionali cooperano tra di loro e con i poteri esteri controllati dai parlamenti nazionali ed internazionali. Il presidente della Corte costituzionale federale tedesca, Andreas Voßkuhle, ha parlato – addirittura – di un “Verfassungsgerichtsverbund”, di una “unione delle corti costituzionali”, almeno a livello europeo, tradotto peraltro più correttamente come “multilevel cooperation”<sup>57</sup>. Attraverso le proprie riunioni e il lavoro della comparazione giuridica potrebbero costituire idealmente un “senato comune”, stabilizzando valori comuni, sufficientemente consistenti da rendere sostenibili anche conflitti di giurisdizione, come quelli che in Europa vedono coinvolti i giudici costituzionali con i giudici di Lussemburgo e Strasburgo.

##### 5. Il costituzionalismo implicito delle pratiche dei giudici costituzionali

Il “nuovo costituzionalismo” europeo del secondo dopoguerra è stato riassunto da Alex Stone Sweet nella formula «costituzione scritta radicata + carta dei diritti fondamentali + loro protezione tramite controllo giurisdizionale di costituzionalità». Lo studioso ha anche constatato una preferenza globale per il modello europeo di controllo accentrato in apposite corti costituzionali<sup>58</sup>. Sorprende, tuttavia, che la parola “costituzionalismo” venga pronunciata solo occasionalmente da singoli giudici costituzionali-professori (1) e che appaia molto raramente in sentenze costituzionali (2). Il “costituzionalismo” delle loro pratiche si manifesta, pertanto, per lo più in modo implicito, in consuetudini interpretative della costituzione, in riti processuali e stili di deliberazione (3).

1) La parola è evitata nei discorsi ufficiali dei presidenti delle corti e negli incontri tra le corti, ma è ammessa nei riti di auto-rappresentazione dei singoli giudici costituzionali, specialmente dei giudici-professori. In Italia è più frequente nei seminari e nelle celebrazioni, ritrovandosi spesso in considerazioni storiche<sup>59</sup>. In Austria e in Spagna è usata anche in discorsi presidenziali e, da ultimo, ad esempio, in un seminario a San Pietroburgo sul “costituzionalismo moderno”, e in seno alla Conferenza iberoamericana delle corti costituzionali. In Francia compare solo nei *cahiers du Conseil constitutionnel*, che parlano di altri paesi o di *global constitutionalism*, ma anche in una relazione sul *constitutionnalisme comparatif* in un convegno internazionale<sup>60</sup>. In Germania, il termine non compare sul sito ufficiale della Corte costituzionale federale, ed è stato evitato anche nelle *Festschriften* del *Bundesverfassungsgericht*. Una certa diffidenza verso l’ideologia monarchica della “konstitutionelle Doktrin” si rinviene già in Kelsen, il quale, tuttavia, esaltava lo stesso “controllo” di costituzionalità come un principio insieme di separazione dei poteri e di garanzia dell’«essenza della democrazia».

<sup>57</sup> VOßKUHLE 2010.

<sup>58</sup> STONE SWEET 2012.

<sup>59</sup> Cfr. CORTE COSTITUZIONALE 2012, contributi di Alfonso Quaranta e Gustavo Zagrebelsky. Cfr. anche la definizione di Leopoldo Elia da parte del Presidente della Repubblica come «maestro del costituzionalismo italiano, per cultura, esperienza vissuta nelle istituzioni, capacità di dialogo e fermezza di convinzioni», citazione fatta propria dal Presidente della Corte costituzionale, Giovanni Flick, in occasione di un seminario commemorativo del 2009.

<sup>60</sup> DUTHEILLET DE LAMOTHE 2004.

Il costituzionalismo dei giudici costituzionali, quindi, è innanzitutto affare dei professori di diritto. Esempi sono gli scritti in onore di Gerhard Leibholz, *Modern Constitutionalism and Democracy*<sup>61</sup>, la teoria del “costituzionalismo discorsivo” di Robert Alexy<sup>62</sup>, successivamente eletto giudice costituzionale del *Land* di Brema, le preoccupazioni di Dieter Grimm sul “futuro della costituzione”<sup>63</sup>, la riflessione sul terrorismo di Aharon Barak (2002)<sup>64</sup>, il *Diario* di Sabino Cassese<sup>65</sup>, che censura l’arretratezza del costituzionalismo britannico e annota il seminario sul *Global Constitutionalism* di Yale del 2011. Marcato è l’uso del termine nell’ultima edizione del manuale dell’ex-giudice Gustavo Zagrebelsky, per definire il senso della costituzione quale «massimo atto di inclusione, di amicizia. Questa è l’essenza del costituzionalismo. La giustizia costituzionale ne è funzione e garanzia»<sup>66</sup>. L’«essenza del costituzionalismo» indica qui, in sostanza, l’idea che – da giudice costituzionale – il professore si è fatto di una costituzione buona, insieme contratto sociale e patto di soggezione a un governo costituzionale. Divergente è invece la posizione del giudice-professore Nicolò Zanon, che propone una definizione lunga del “neocostituzionalismo”, per addebitargli mali come lo smarrimento del testo costituzionale, la sostituzione della volontà del legislatore con una *ratio* creata dal giudice<sup>67</sup>, la confusione tra valori e principi, e un romanticismo che dovrebbe cedere, invece, a una nuova “judicial modesty”.

2) Più difficile è la ricerca delle tracce del concetto “costituzionalismo” nelle sentenze. La parola stessa è usata molto raramente, ma il suo significato entra in gioco quando la sentenza costituzionale definisce i poteri propri del giudice costituzionale e l’identità dell’organo, oppure quando riflette sulle funzioni della costituzione e sulle norme relative alle proprie pratiche di interpretazione della stessa.

Nella giurisprudenza costituzionale italiana si trova soltanto la sent. n. 611/1987 (presidente Saja, relatore Baldassarre): «Il principio di fondo su cui è imperniato l’art. 84 St. T.A.A. è quello posto a base del *costituzionalismo moderno e comune a ogni ordinamento democratico*: cioè che i bilanci e i rendiconti finanziari vanno approvati con legge (comma primo)»<sup>68</sup>.

Negli Stati Uniti, il termine viene usato solo raramente nelle memorie di qualche *amicus curiae* della Corte Suprema e da giudici dissenzienti. In *Seminole Tribe of Fla. vs. Florida* (1996), il giudice Souter, *dissenting*, richiama un precedente anteriore a *Marbury vs. Madison*, per puntualizzare che un uso giudiziario dei principi fondamentali del costituzionalismo americano sarebbe incompatibile con lo stesso “costituzionalismo americano”:

«There are certain vital principles in our free Republican governments, which will determine and over-rule an apparent and flagrant abuse of legislative power [...] An act of the Legislature (for I cannot call it a law) contrary to the great first principles of the social compact cannot be considered a rightful exercise of legislative authority (*Calder v. Bull*, 3 Dall. 386, 388 [1798]). This position was no less in conflict with American constitutionalism in 1798 than it is today, being inconsistent with the Framers’ view of the Constitution as fundamental law»<sup>69</sup>.

<sup>61</sup> BRACHER, DAWSON (eds.)1966; cfr. anche LEIBHOLZ 1962.

<sup>62</sup> Cfr. ALEXY 1987; e DREIER 1991. Cfr. poi l’idea di una rappresentazione argomentativa del popolo in ALEXY 2006.

<sup>63</sup> GRIMM 1991. Cfr. ora la ricostruzione storica delle “acquisizioni del costituzionalismo” in GRIMM 2012, 315 ss.

<sup>64</sup> BARAK 2005: «Discussing democracy’s war on terror, Justice Kirby has rightly pointed out that it must be waged while ‘(k)eeping proportion. Adhering to the ways of democracy. Upholding constitutionalism and the rule of law’».

<sup>65</sup> CASSESE 2015, 163.

<sup>66</sup> ZAGREBELSKY, MARCENÒ 2012, 118; cfr. anche ZAGREBELSKY 2005.

<sup>67</sup> «Spesso frutto di sue arbitrarie valutazioni»: ZANON 2015, 917.

<sup>68</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>69</sup> 517 U.S. 44 (1996) 167.

In Germania, il *Bundesverfassungsgericht* aveva affrontato subito i problemi di autonomia organizzativa, non in un giudizio, ma in un procedimento *sui generis*, che portava all'approvazione di un *memorandum (Denkschrift)* in cui la Corte si concepiva sin dall'inizio come "custode della costituzione" che deve rivendicare uno *status* di organo costituzionale, peraltro dedotto dalla natura politica della costituzione e dell'oggetto della giurisdizione costituzionale<sup>70</sup>.

Questa idea di custodia della costituzione aveva influenzato anche l'interpretazione dell'ordinamento fondamentale liberaldemocratico, inteso come insieme di valori di base (*Grundwerte*) e di principi fondamentali da difendere, a cui devono aderire i partiti politici<sup>71</sup>. Nella giurisprudenza, un'idea di costituzionalismo è emersa con il termine "Verfassungsstaat", qualificato come "moderno", con il quale Karlsruhe ha sostenuto che anche il terzo potere era creato dalla costituzione e che al giudice costituzionale spettava giudicare perfino delle norme costituzionali contrarie alla costituzione<sup>72</sup>. Nella giurisprudenza successiva, la nozione di "Stato costituzionale" si è trasformata in un (meta-)principio<sup>73</sup> e in un *topos*, che legittima giudizi anche sulla legislazione elettorale o sui trattati istitutivi dell'Unione europea.

Una sentenza del 1960 in materia di autonomia locale aveva ricordato l'ottocentesca «introduzione generale del costituzionalismo», che avrebbe «conferito alla borghesia un'influenza dominante sulle vicende dello Stato»<sup>74</sup>. L'aggettivo "konstitutionell" era comparso solo in tempi più recenti anche con un significato storico, ad esempio, nella "Autorität des konstitutionellen Gesetzgebers", l'"autorità del legislatore istituito alla Costituzione"<sup>75</sup>.

Nella giurisprudenza italiana, la Corte costituzionale ha caratterizzato sin dal 1960 la propria attività come funzione «di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica», rigettando implicitamente le teorie della legislazione negativa e della giurisdizione speciale, per rafforzare la distanza da tutti gli altri poteri<sup>76</sup>. Viceversa, il concetto di "Stato costituzionale" emerge solo negli anni Novanta, in un conflitto di attribuzione tra Parlamento e potere giudiziario<sup>77</sup>. Il richiamo alla formula del "controllo costituzionale" è servita in tempi più recenti, per rimproverare alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di interpretare le rispettive attribuzioni «come se a questa Corte fosse consentito affermare principi costituzionali soltanto attraverso sentenze caducatorie e fosse vietato, in altri tipi di pronunce, interpretare le leggi alla luce della Costituzione»<sup>78</sup>.

Nella giurisprudenza costituzionale francese, invece, sono stati sviluppati dispositivi retorici particolari contro il legalismo. Nella sentenza sulla Nuova Caledonia si accenna a un senso del controllo di costituzionalità della legge «qui n'exprime que la volonté générale dans le respect de la Constitution»<sup>79</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. LEIBHOLZ 1957, 121 (dove cita R. Jackson, *The Struggle for Judicial Supremacy*, 1941).

<sup>71</sup> BVerfGE 2, 1 (13).

<sup>72</sup> BVerfGE 3, 225 (234).

<sup>73</sup> BADURA 2001, 897: «Il principio dello Stato costituzionale, di dare con il diritto ordine e moderazione alle forze politiche che determinano la vita dello Stato, acquista realtà istituzionale nella giustizia costituzionale».

<sup>74</sup> BVerfGE 11, 266 ss. (pt. 30).

<sup>75</sup> BVerfG, 2 BvL 6/95, del 21-12-1997, Rn 25. Disponibile in: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1997/12/ls19971221\\_2bvl000695.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1997/12/ls19971221_2bvl000695.html) (consultato il 21-10-2015).

<sup>76</sup> Corte cost., sent. n. 13/1960.

<sup>77</sup> Corte cost., sent. n. 379/1996.

<sup>78</sup> Corte cost., ord. n. 243/2003.

<sup>79</sup> 197 DC 23. 8. 1985, § 27; cfr. anche 132 DC 16. 1. 1982, § 18: la norma che autorizza la nazionalizzazione «ne saurait dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et règles de valeur constitutionnelles qui s'imposent à tous les organes de l'Etat».

L'eccezione alla regola è rappresentata dalla giurisprudenza costituzionale spagnola. Sin dalle prime sentenze si trova qualche sporadico richiamo a tradizioni o tendenze del costituzionalismo<sup>80</sup>, spesso aggettivato come "europeo"<sup>81</sup> e più recentemente anche come "democratico"<sup>82</sup> o "pluralista"<sup>83</sup>. L'uso in chiave storica serve evidentemente a legittimare sia la costituzione, sia la stessa giurisprudenza, peraltro aperta ad argomenti dottrinali.

Se "costituzionalismo" è quindi parola che conviene non spendere, o usare prevalentemente in chiave storica nelle motivazioni delle sentenze costituzionali, riservandola piuttosto ai riti e ai discorsi celebrativi o alle memorie, questo non vuol dire che il costituzionalismo sia solo "idealismo" o spirito dei giudici o avvocati-professori, tollerati o imitati dagli altri.

3) Recentemente, la giudice costituzionale tedesca Susanne Baer, ha spezzato una lancia in favore di una ricostruzione sociologica più realista delle pratiche del diritto costituzionale<sup>84</sup>. Secondo la giurista, il costituzionalismo opererebbe innanzitutto nelle pratiche interpretative, illuminate dai principi fondamentali della costituzione e dal paradigma del bilanciamento.

I giudici costituzionali tedeschi avevano rigettato sin dall'inizio l'idea di un proprio monopolio dell'interpretazione<sup>85</sup>, riconoscendo che le disposizioni della costituzione potevano subire un "mutamento di significato" (*Bedeutungswandel*). La costituzione poteva mutare, perché

«il diritto costituzionale non è composto soltanto da singole disposizioni della costituzione scritta, ma anche da certi principi generali e idee guida che le pongono in connessione, ne mantengono la coesione intrinseca. Peraltro, tali principi ed idee non sono stati concretizzati in una disposizione giuridica particolare, perché hanno caratterizzato il quadro complessivo pre-costituzionale presupposto dal costituente»<sup>86</sup>.

Adottando la metafora del custode della costituzione, i giudici costituzionali sapevano di poter giudicare la politica solo difendendo la discrezionalità del legislatore e fondando il proprio potere maieutico (*Deutungsmacht*)<sup>87</sup> esclusivamente sul testo della costituzione. Ma i testi costituzionali sono considerati leggi imperfette, che servono a un compito di integrazione particolare. Possono essere interpretati solo inserendoli in contesti di diritto e politica più ampi, mediante un metodo di "ermeneutica" attenta ai principi guida dell'interpretazione costituzionale, come quello della proporzionalità nell'ambito dei diritti e quello della leale collaborazione nell'ambito dei poteri<sup>88</sup>. Perciò, l'esigenza di un'interpretazione "macro-sistemica" della costituzione è stata ben presto tradotta nelle formule dell'"unità della costituzione" (*Einheit der Verfassung*)<sup>89</sup> e della "concordanza pratica" (*praktische Konkordanz*)<sup>90</sup>.

<sup>80</sup> STC 3/1981, 24/1982.

<sup>81</sup> STC 81/1983.

<sup>82</sup> STC 31/2010.

<sup>83</sup> STC 259/2015.

<sup>84</sup> BAER 2013.

<sup>85</sup> BVerfGE 2, 124 (131).

<sup>86</sup> BVerfGE 2, 380, 402.

<sup>87</sup> VORLÄNDER 2006, 9ss.

<sup>88</sup> Cfr. SCHNEIDER, EHMKE 1963. Si tratta di un mandato di "*Auslegung*", cioè, letteralmente, di "esplicazione"; secondo HEIDEGGER 1953, § 32, il termine significa anche "formazione della comprensione" (*Ausbildung des Verstehens*); e secondo GADAMER 1960, 375, interpretazione ed applicazione.

<sup>89</sup> BVerfGE 19, 226 (236): le disposizioni della Legge fondamentale formano, insieme alle disposizioni della costituzione weimariana, in essa incorporate, «un insieme organico e vanno interpretate, pertanto, secondo il senso e lo spirito dell'ordine dei valori insito nella Legge fondamentale».

<sup>90</sup> BVerfGE 77, 240 (253); v. HESSE 1999, § 72.

Altre corti costituzionali hanno sviluppato analoghi principi interpretativi e metodi di interpretazione “oggettiva” tra loro convergenti: in Austria l’idea delle “leggi architettoniche” (*Baugesetze*)<sup>91</sup>, in Italia il controllo della ragionevolezza delle leggi, in Francia, nonostante il rifiuto della “supra-constitutionnalité”, l’inclusione di principi e obiettivi “à valeur constitutionnelle” nel cd. “bloc de constitutionnalité”<sup>92</sup>.

Alla Conferenza delle corti costituzionali del 2011, il giudice Paolo Maddalena ha ravvisato nella «interpretazione sistematica e assiologica» della costituzione addirittura il «superamento storico dell’interpretazione letterale, di cui all’art. 12 delle preleggi»<sup>93</sup>. Certo, i critici possono biasimare l’uso dei valori al posto dei principi, l’abuso della ragionevolezza come valvola per sentimenti di ingiustizia, l’insufficiente separazione del “diritto della politica” dalla politica del diritto ecc. Tuttavia l’idea che la funzione di integrazione della costituzione richieda un bilanciamento tra le esigenze di tutelare i diritti e quelle di mantenere gli equilibri del pluralismo istituzionale resta un credo forte e largamente condiviso delle pratiche dei giudici costituzionali.

Parafrasando una massima filosofica, il costituzionalismo pratico dei giudici costituzionali riflette anche sui limiti ideali e reali del loro potere e comanda in ultima analisi di evitare il paradosso: “*Fiat iustitia pereat constitutio*”. Pertanto, il costituzionalismo si traduce non soltanto in una particolare cultura interpretativa, ma anche in forme di riti e di decisione. Il processo costituzionale può elaborare conflitti sociali, che possono minacciare le basi costituzionali delle scelte politiche di maggioranza; può non solo “prendere i diritti sul serio” (Ronald Dworkin), ma anche rendere la democrazia più “riflessiva” (Pierre Rosanvallon)<sup>94</sup>. I ricorsi di costituzionalità possono rendere i cittadini partecipi della difesa della costituzione, ma anche le questioni pregiudiziali e la soluzione dei conflitti fra i poteri riproducono, almeno simbolicamente, la sovranità di un popolo, che con la costituzione ha voluto realizzare un ordine costituzionale equilibrato e difendibile anche in giudizio. Il diritto processuale costituzionale, sviluppato in parte autonomamente dai giudici, prevede riti inclusivi, civili e trasparenti, aperti alla società civile e alle istituzioni democratiche, e una gamma molto variegata di decisioni, dai moniti fino alle sentenze additive di principio, che disegnano i limiti funzionali della stessa giustizia costituzionale. Il giudice costituzionale, anche in virtù di una propria legittimazione almeno parzialmente democratica, può decidere la riapertura del processo politico, e talora anche di un procedimento giudiziario, dando voce a chi, per ragioni di numero o di disinvoltura altrui, non ha avuto rappresentanza o ascolto. Egli si può considerare legittimato a mantenere in equilibrio la costituzione intera come un bene comune di tutti.

Il costituzionalismo delle pratiche può riflettersi nei riti, ma anche nella collegialità di una “camera di consiglio” senza maggioranze politiche precostituite<sup>95</sup>, oppure nella pubblicazione di opinioni dissenzienti, che evidenziano la temporaneità e la fallibilità delle conclusioni. Se la costituzione è un atto di autolimitazione della sovranità popolare, anche il costituzionalismo pratico dei giudici deve riprodurre lo spirito dell’autolimitazione, incoraggiare il popolo ad osservare criticamente i propri giudici costituzionali e a non ritenersi spogliato del potere costituente.

Il costituzionalismo, quindi, può essere uno “spirito” della giustizia costituzionale, evocabile soprattutto dal popolo e da un’opinione pubblica critica. Nei “dialoghi” tra giudici costituzionali, giudici comuni e legislatori, nonché nei dialoghi tra giudici costituzionali e giudici internazionali si

<sup>91</sup> Cfr. L’intervento di Adolf Merkl, in SCHNEIDER, EHMKE 1963, 112.

<sup>92</sup> Cfr. anche l’uso del principio di separazione dei poteri di cui all’art. 16 della dichiarazione del 1789 nella decisione del Conseil constitutionnel 2007-551 DC.

<sup>93</sup> MADDALENA 2011.

<sup>94</sup> Cfr. ROSANVALLON 2008, 219 ss.

<sup>95</sup> Cfr. ZAGREBELSKY 2005; LÜBBE-WOLFF 2014.

elaborano eventuali divergenze e conflitti, e si possono individuare limiti e giustificazioni della giustizia costituzionale. L'informalità serve a ridurre il potenziale di conflittualità, ma rischia di escludere il pubblico, compreso quello accademico della ricerca scientifica<sup>96</sup>.

## 6. Conclusioni

Alla luce di quanto finora rilevato, si può sostenere che esiste un “costituzionalismo dei giudici costituzionali”, intendendolo come uno “spirito” che pretende di riflettersi anche in pratiche. Tale costituzionalismo deve tenere conto anche dei timori che esistono nei confronti di un governo dei giudici, cercando di non espropriare la sovranità popolare. In positivo, il giudice costituzionale deve considerare le funzioni della costituzione come un bene comune, che corrisponde ai bisogni fondamentali dei cittadini di trovare una fiducia di base nella propria capacità di sviluppo individuale e collettivo in pace e di avere uno strumento di allarme per i casi di estrema ingiustizia.

Il diritto e la politica non possono sopravvivere senza una costituzione e molte costituzioni non possono più sopravvivere senza il costituzionalismo dei giudici costituzionali, ma questo non significa che il diritto e la politica vivano solo di costituzionalismo.

Studiando le dinamiche del cd. “transformative constitutionalism” nell’epoca postcoloniale di Brasile, India e Africa del Sud, Upendra Baxi ha messo in luce come tra il costituzionalismo e la costituzione mediano non solo le pratiche di interpretazione ufficiale dei giudici costituzionali, ma anche una società più ampia di interpreti più o meno professionali, di poteri sociali di intermediazione, che ne fanno un uso strategico per consolidare posizioni di egemonia, di vittime e categorie di esclusi, oltre che di giudici “attivisti” e di istituzioni, che tendono a sottrarsi alla costituzione con la forza delle emergenze<sup>97</sup>. La società degli interpreti delle costituzioni e del costituzionalismo è diventata sempre più aperta, ma anche più divisa<sup>98</sup>. E la storia dei referendum costituzionali dimostra che anche i costituzionalisti non si sottraggono alle aperture e alle divisioni.

<sup>96</sup> Cfr. BAER 2013, 22.

<sup>97</sup> BAXI 2014.

<sup>98</sup> HAEBERLE 1998.

## Bibliografia

- ALEXY R. 1987. *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in «Rechtstheorie» 18 (4), 1987, 405 ss.
- ALEXY R. 2006. *Abwägung, Verfassungsgerichtbarkeit und Repräsentation*, in BECKER M., ZIMMERLING R. (eds.), *Politik und Recht*, in «Politische Vierteljahresschrift. Sonderheft», 36, 2006, 250 ss.
- ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI. 2004. *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, CEDAM, 2008.
- BADURA P. 2001. *Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts*, in ID., DREIER H. (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. 2, Tübingen, Mohr, 2001, 897 ss.
- BAER S. 2013. *Praxen des Verfassungsrechts: Text, Gerichte und Gespräche im Konstitutionalismus*, in Bäuerle M., Dann P., Wallrabenstein A. (eds.), *Demokratie-Perspektiven, Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 2013, 3 ss.
- BALKIN J. 1992. *What is a Postmodern Constitutionalism?*, Faculty Scholarship Series, Paper 275, 1992. Disponibile in: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/275](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/275) (consultato il 21-10-2015).
- BARAK A. 2005. *The Supreme Court and the Problem of Terrorism*, in ISRAEL SUPREME COURT, *Ruling on Fighting Terrorism within the Law* (1 ed. in «Harvard Law Review», 116, 2002, 19 ss.). Disponibile in: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsourc/Politics/scterror.html> (consultato il 21-10-2015).
- BARAK A. 2012. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BARBERIS M. 2012. *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, Mucchi, 2012.
- BAUER B., BAUER E. 1843. *Frankreich vom Juli bis zum October 1789, oder die ersten Kämpfe des constitutionellen Princips mit dem Königthum und mit der Volkspartei*, Charlottenburg, Bauer, 1843.
- BAXI U. 2014. *Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism*, in VILHENA O., BAXI U., VILJOEN F. (eds.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, New Delhi, National Law University, 2014, 19 ss.
- BELLAMY R. 2007. *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitution of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- BERGER R. 1977. *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977.
- BICKEL A. 1962. *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962.
- BISCARETTI DI RUFFIA P. 1954. *Le Regioni, in Italia, nel 1954: considerazioni d'un costituzionalista*, in AA.VV. *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene*, Napoli, Jovene, 1954, 199 ss.
- BOGDANDY A.V., VENZKE I. 2014. *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, Berlin, Suhrkamp, 2014.
- BOUDIN L. 1911. *Government by Judiciary*, in «Political Science Quarterly», 26, 1911, 238 ss.
- BRACHER C.D., DAWSON C (eds.). 1966. *Modern Constitutionalism and Democracy, Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1966.
- BREWER-CARIAS A. 2011. *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, in ID., *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 41 ss.
- BRUTI LIBERATI E., CERETTI A., GIANSIANTI A. (eds.). 1996. *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, Feltrinelli, 1996.

- CASSESE S. 2015. *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2015.
- CHEN A. 2014. *The Discourse of Political Constitutionalism in Contemporary China*, in «University of Hong Kong Faculty of Law Research Papers», 9, 2014. Disponibile in: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2400385](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400385) (consultato il 21-10-2015).
- CLOSA C. 2006. Recensione: *Ran Hirschl, Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press, 2004. 286 pages*, in «ICON International Journal of Constitutional Law», 4 (3), 2006, 581 ss. Disponibile in: <https://icon.oxfordjournals.org/content/4/3/581.full.pdf+html?sid=fedb54d8-25d4-430b-8370-aa5f78926282> (consultato il 21-10-2015).
- COLON-RIOS J. 2012. *Weak Constitutionalism*, London, Routledge, 2012.
- CORTE COSTITUZIONALE 2012. *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2012.
- DI GIOVINE A., MASTROMARINO A. 2011. *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, in TONIATTI R., MAGRASSI M. (eds.), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, Padova, CEDAM, 17 ss.
- DIPPEL H. 2005. *Modern Constitutionalism. An Introduction to a History in the Need of Writing*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 73 (1-2), 2005, 153 ss. Disponibile in: <http://www.uni-kassel.de/fb5/geschichte/dippel/justitia/proc/10%20Dippel.%20Modern.pdf> (consultato il 21-10-2015).
- DOGLIANI M. 2010. *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in «Costituzionalismo.it», 8, 2010. Disponibile in: <http://www.costituzionalismo.it/articoli/357/> (consultato il 21-10-2015).
- DOGLIANI M. 2015. *Garanzie d'indipendenza della Magistratura* (ed. or. 1997), in ID., *La ricerca dell'ordine perduto*, Bologna, il Mulino, 2015, 399 ss.
- DORSEN N., ROSENFELD M. 2003. *Note to Readers*, in «ICON International Journal of Constitutional Law» 1, 2003, 1. Disponibile in: <http://icon.oxfordjournals.org/content/1/1.toc> (consultato il 21-10-2015).
- DREIER R. 1991. *Konstitutionalismus und Legalismus*, in DAIS E. (ed.), *Konstitutionalismus versus Legalismus?* Stuttgart, Steiner, 1991, 85 ss.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE O. 2004. *Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du conseil constitutionnel*, relazione presentata al Sixième Congrès Mondial de Droit Constitutionnel, Santiago del Cile (16-01-2004). Disponibile in: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/comparatif.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/comparatif.pdf) (consultato il 21-10-2015).
- ELAZAR D. 1992. *Deuteronomy as Israel's Ancient Constitution: Some Preliminary Reflections*. 1992. Disponibile in: <http://www.jcpa.org/dje/index-bs.htm> (consultato il 21-10-2015).
- ELKIN S., SOLTAN K. 1993. *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.
- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti: il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- FORD T. 1794. *The Constitutionalist, or, An Enquiry how far It Is Expedient and Proper to Alter the Constitution of South Carolina (...)*, Charleston, Markland, M'Iver & Co., 1794.
- FRANCESCHI P., ZAGREBELSKY G. 1981. *Corte costituzionale: Il co-legislatore e il Parlamento*, in «Quaderni costituzionali», 1, 1981, 162 ss.
- FRIEDRICH C.J. 1967. *The Impact of American Constitutionalism Abroad*, Boston, Boston University Press, 1967.
- FRIEDRICH C.J. 1968. *Constitutions and Constitutionalism*, in SILLS D.L., MERTON R.K. (eds.), *International Encyclopaedia of Social Sciences*, 2008. Disponibile in: <http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3045000244.html> (consultato il 21-10-2015).

- GADAMER H.-G. 1960. *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr, 1960 (trad. it. a cura di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1972).
- GAO Q., ZHANG W., TIAN F. 2015. *The Road to the Rule of Law in Modern China*, Berlin, Springer, 2015.
- GRIMM D. 1991. *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1991.
- GRIMM D. 2012. *Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp, 2012.
- GUARNIERI C., PEDERZOLI P. 2002. *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy* (Eng. ed. C. Thomas), Oxford, Oxford University Press, 2002.
- HAEBERLE P. 1998. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (ed. or. 1975), con appendice (1978), in ID., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, Duncker & Humblot, 3 ed. 1998, 155 ss.
- HAMILTON A. 1788. *The Judiciary Department*, in «The Federalist», 78, 1788.
- HEIDEGGER M. 1953. *Sein und Zeit*, 7 ed., Tübingen, Niemeyer, 1953 (trad. it. di P. Chiodi, *Essere e tempo*, Milano, Longanesi, 1970).
- HESSE K. 1999. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20 ed., Heidelberg, Müller, 1999.
- HIRSCHL R. 2004a. *The Political Origins of the New Constitutionalism*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 11 (1), 2004, 71 ss. Disponibile in: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4> (consultato il 21-10-2015).
- HIRSCHL R. 2004b. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2004.
- HIRSCHL R. 2006. *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, in «Fordham Law Review», 75 (2), 2006, 721 ss.
- HUGHES C.E. 1908. *Speech before the Elmira Chamber of Commerce* (May 3 1907), in SCHURMAN J.G. (ed.), *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906–1908*, New York-London, Putnam's Sons, 1908, 133 ss.
- JESTAEDT M. 2011. *Phänomen Bundesverfassungsgericht*, in ID., LEPSIUS O., MÖLLERS C. (eds.), *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011, 77 ss.
- KIRSCH M. 1999. *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1999.
- KRAMER L.D. 2004a. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004.
- KRAMER L.D. 2004b. *Popular Constitutionalism, circa 2004*, in «California Law Review», 92 (4), 2004, 959 ss. Disponibile in: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss4/1> (consultato il 21-10-2015).
- KUMM M. 2015. *Taking the Dark Side Seriously: Constitutionalism and the Question of Constitutional Progress*, in «ICON International Journal of Constitutional Law», 13 (4), 2015, 1 ss. Disponibile in: <http://icon.oxfordjournals.org/content/13/4/777.full.pdf+html> (consultato il 12-12-2015).
- LAMBERT E. 1921. *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard 1921 (trad. it. *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, a cura di R. D'Orazio, Milano, Giuffrè 1996).
- LANCHESTER F. 2011. *Miglio costituzionalista*, in «Rivista di politica», 2 (3), 2011, 75 ss.
- LAW D., VERSTEEG M. 2013. *Sham Constitutions*, in «California Law Review», 101, 2013, 863 ss.

- LEIBHOLZ G. 1957. *Der Status des Bundesverfassungsgerichts*, in «Jahrbuch des öffentlichen Rechts», 6, 1957, 110 ss.
- LEIBHOLZ G. 1962. *Legal Philosophy in the Federal Constitutional Court*, in MCWHINNEY E., *Constitutionalism in Germany and the Federal Constitutional Court*, Leyden, Sythoff, 1962, 11 ss.
- LOEWENSTEIN K. 1959. *Verfassungslehre*, Tübingen, Mohr, 1959.
- LÜBBE-WOLFF G. 2014. *Die Beratungskultur des Bundesverfassungsgerichts*, in «Europäische Grundrechte-Zeitschrift EuGRZ», 41, 2014, 509 ss.
- LUTHER J. 2011. *Calvino ispiratore di un costituzionalismo protestante?*, in MALANDRINO C., SAVARINO L. (eds.), *Calvino e il calvinismo politico*, Torino, Claudiana, 2011, 349 ss.
- LUTHER J. 2015. *Il mandato sociale del giudice*, in DOGLIANI M., *La ricerca dell'ordine perduto*, Bologna, il Mulino, 393 ss.
- MAC AMHLAIGH C. 2016. *Putting Political Constitutionalism in Its Place*, in «ICON International Journal of Constitutional Law» 14 (1), 2016, 175 ss. Disponibile in: [doi:10.1093/icon/mow010](https://doi.org/10.1093/icon/mow010) (consultato il 21-03-2016).
- MADDALENA P. 2011. *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti alla Corte costituzionale*, relazione alla XV Conferenza delle Corti costituzionali europee (Bucarest, 23-25-05-2011) su *La giustizia costituzionale: funzioni e rapporti con le altre pubbliche autorità*. Disponibile in: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/Bucarest\\_2011.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Bucarest_2011.pdf) (consultato il 21-10-2015).
- MCILWAIN C. 1958. *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca NY, Great Seal Books, 1958.
- MEREU I. 1969. *Giuseppe Compagnoni primo costituzionalista d'Europa*, Ferrara, De Salvia, 1969.
- NISTICÒ M. 2015. *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2015.
- PASSAGLIA P. (ed.) 2015. *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.
- POST R.C., SIEGEL R.B. 2004. *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, in «Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series», 178, 2004. Disponibile in: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/178](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/178) (consultato il 21-10-2015).
- POZZOLO S. 2008. *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 38 (2), 2008, 405 ss.
- REDISH M.H., HEINS, M. 2015. *Premodern Constitutionalism*, in «Northwestern Law & Economics Research Papers», 13, 2015. Disponibile in: <http://ssrn.com/abstract=2637977> (consultato il 21-10-2015).
- RIDOLA P. 2005. *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. 3, Torino, Giappichelli 2005, 293 ss.
- ROMBOLI R. (ed.). 1991. *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991.
- ROSANVALLON P. 2008. *La légitimité démocratique*, Paris, Editions du Seuil, 2008.
- ROSENFELD M. 1994. *Modern Constitutionalism as Interplay between Difference and Identity: An Introduction*, in ID. (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Durham, Duke University Press, 1994, 3 ss.
- SARTORI G. 1962. *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, in «American Political Science Review» 61, 1962, 853 ss.
- SCALIA A. 1989. *Originalism: The Lesser Evil*, in «University of Cincinnati Law Review», 57, 1989, 849 ss.
- SCHLINK B. 1989. *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, in «Der Staat», 20, 1989, 161 ss.
- SCHÖNBERGER C. 2015. *Der "German Approach"*, Tübingen, Mohr, 2015.

- SCHNEIDER P., EHMKE H. 1963. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation* (1961), in «VVDStRL», 20, 1963, 1 ss.
- SILVESTRI G. 1997. *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997.
- SLAUGHTER A.-M. 2004. *A New World Order*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 2004.
- STONE SWEET A. 2000. *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- STONE SWEET A. 2012. *Constitutional Courts*, in ROSENFELD M., SAJÓ A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 816 ss.
- SUNSTEIN C. 1999. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1999.
- SUNSTEIN C. 2008. *Beyond Judicial Minimalism*, in «The Law School of the University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper Series», 237, 2008. Disponibile in: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html> (consultato il 21-10-2015).
- THIO L.-A. 2012. *Constitutionalism in Illiberal Politics*, in ROSENFELD M., SAJÓ A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 133 ss.
- TROPER M. 2006. *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006.
- TULLY J., DUNOFF J.L., LANG A.F., KUMM M., WIENER A. 2016. *Introducing Global Integral Constitutionalism*, in «Global Constitutionalism», 5, 2016, 1 ss.
- TUSHNET M. 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton (N.J.), Princeton University Press.
- TUSHNET M. 2008. *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 2008.
- TUSHNET M. 2013a. *Authoritarian Constitutionalism*, in «Harvard Public Law Working Papers», 47, 2013. Disponibile in: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2369518> (consultato il 21-10-2015).
- TUSHNET M. 2013b. *The Relation between Political Constitutionalism and Weak-Form of Judicial Review*, in «German Law Journal», 14 (12), 2013, 2249 ss. Disponibile in: <http://www.germanlawjournal.com/volume-14-no-12> (consultato il 21-10-2015).
- TUSHNET M. 2016. *Varieties of Constitutionalism*, in «ICON International Journal of Constitutional Law», 14 (1), 2016, 1 ss. Disponibile in: <http://icon.oxfordjournals.org/content/14/1/1.full.pdf+html> (consultato il 21-03-2016).
- TUSHNET M., GONZÁLEZ-BERTOMEU J.F. 2013. *Justiciability*, in TUSHNET M., FLEINER F., SAUNDERS C. (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, London, Routledge, 2013, 111 ss.
- VERSTEEG M., GINSBURG T. 2016. *Measuring the Rule of Law. A Comparison of Indicators*, in «Law & Social Inquiry» 2016. Disponibile in: [doi:10.1111/lsi.12175](https://doi.org/10.1111/lsi.12175) (consultato il 21-03-2016).
- VORLÄNDER H (ed.). 2006. *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden, VS, 2006.
- VOBKUHLE A. 2010. *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in «Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht», 29, 2010, 1 ss.
- WALDRON J. 1999. *Law and Disagreement*, New York, Oxford University Press, 1999.
- WALDRON J. 2006. *The Core of the Case against Judicial Review*, in «Yale Law Journal», 115, 2006, 1346 ss.
- WALDRON J. 2010. *Constitutionalism: A Skeptical View*, in «NYU School of Law, Public Law Research Paper», 87, 2010. Disponibile in: <http://ssrn.com/abstract=1722771> (consultato il 21-10-2015).
- WHITTINGTON K. 2002. *An "Indispensable Feature"? Constitutionalism and Judicial Review*, in «New York University Legislation and Public Policy», 6, 2002, 21 ss.

WIENER A., LANG A.F., TULLY J., POIARES MADURO M., KUMM M. 2012. *Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, in «Global Constitutionalism», 1, 2012, 1 ss. Disponibile in: <http://dx.doi.org/10.1017/S2045381711000098> (consultato il 21-10-2015).

ZAGREBELSKY G. 2005. *Principi e voti*, Torino, Einaudi, 2005.

ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V. 2012. *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012.

ZANON N. 2015. *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in «Quaderni costituzionali», 35, 2015, 919 ss.