

SUPREMAZIA DELLA
COSTITUZIONE
E 'JUDICIAL REVIEW'
A PARTIRE DA LUIS PRIETO
SANCHÍS

GIORGIO PINO



Supremazia della costituzione e *judicial review*
A partire da Luis Prieto Sanchís

Constitutional Supremacy and *Judicial Review*
Beginning with Luis Prieto Sanchís

GIORGIO PINO

Professore di Filosofia del diritto, Università Roma Tre.
E-mail: giorgio.pino@uniroma3.it

ABSTRACT

In questo contributo metterò in evidenza e discuterò alcune tesi, sostenute tra gli altri da Luis Prieto, relativamente alla nozione di superiorità della costituzione, e al rapporto tra controllo giudiziario di legittimità costituzionale delle leggi e democrazia. Sono questioni che riguardano aspetti non secondari dell'edificio dello Stato costituzionale contemporaneo, e su entrambe si è molto dibattuto negli ultimi decenni. Per parte mia, proverò a mostrare che la nozione di superiorità della costituzione per un verso è concettualmente indipendente dalla nozione di "rigidità" della costituzione, mentre per altro verso è concettualmente (e non solo pragmaticamente) collegata all'esistenza di un controllo di costituzionalità. Il saggio si conclude con qualche riflessione su un possibile modo di riconciliare democrazia e controllo giudiziario di costituzionalità.

The essay discusses some ideas – defended among others by Luis Prieto – regarding the superiority of the constitution and its relation to constitutional rigidity and judicial review. I will argue, in particular, that while the superiority of the constitution is conceptually independent from constitutional rigidity, on the other hand it is conceptually linked to judicial review of legislation – only if assisted by judicial review can a constitution be materially superior to legislation. The essay concludes with some reflections upon the compatibility between judicial review of legislation and democracy.

KEYWORDS

gerarchie normative, controllo giudiziario di costituzionalità, rigidità costituzionale, supremazia della costituzione

normative hierarchies, judicial review of legislation, constitutional rigidity, supremacy of the constitution

Supremazia della costituzione e *judicial review*

A partire da Luis Prieto Sanchís

GIORGIO PINO

1. *Another View of the Cathedral* – 2. La “supremazia” della costituzione – 2.1. Supremazia e rigidità della costituzione – 2.2. Supremazia della costituzione e controllo giurisdizionale – 2.3. Supremazia della costituzione e revisione costituzionale “solo esplicita e formale” – 2.4. Tirando le somme – 3. Giustizia costituzionale e democrazia – 3.1. Controllo accentratore, controllo diffuso, e democrazia – 3.2. La “democraticità” del controllo di costituzionalità.

1. *Another View of the Cathedral*

Lo Stato costituzionale si è rivelato un fenomenale banco di prova per la filosofia e la teoria del diritto. Negli ultimi tre decenni, gran parte del dibattito filosofico-giuridico e teorico-giuridico (e anche filosofico-politico) è stata dedicata ad elucidare la struttura dello Stato costituzionale, e a valutarne le implicazioni filosofico-giuridiche. Le domande che risuonano in molti dipartimenti di giurisprudenza, convegni giuridici, riviste di teoria del diritto in Europa e in America latina sono del seguente tenore: lo Stato costituzionale ha reso definitivamente obsoleto il positivismo giuridico? Richiede l’elaborazione di una nuova filosofia del diritto? La teoria della norma giuridica è in grado di rendere conto dei “principi”? Nello Stato costituzionale, l’interprete è più o meno libero, esercita una discrezionalità maggiore o minore rispetto a quella accordatagli dallo Stato di diritto “legislativo” (e tendenzialmente esclusa dal positivismo giuridico formalista di stampo ottocentesco)? La tesi positivista della separazione tra diritto e morale è ancora sostenibile, nel contesto degli ordinamenti costituzionali contemporanei che incorporano massicciamente contenuti morali?

Luis Prieto Sanchís è uno degli studiosi che più si è dedicato, e con successo, a gettare luce su domande di questo tipo¹. Personalmente, ritengo che l’opera di Luis Prieto, complessivamente considerata, rappresenti la miglior chiave di accesso alle tematiche filosofico-giuridiche dello Stato costituzionale che ci sia in circolazione. In questo contributo, tuttavia, metterò in evidenza, e discuterò, alcune tesi sostenute da Prieto sulle quali ritengo di non potermi trovare d’accordo. Si tratta, in particolare, del modo in cui Prieto configura la nozione di superiorità della costituzione (§ 2), e il rapporto tra controllo giudiziario di legittimità costituzionale delle leggi e democrazia (§ 3).

Evidentemente, sono questioni che riguardano aspetti non secondari dell’edificio dello Stato costituzionale contemporaneo, e su entrambe si è molto dibattuto negli ultimi decenni. Su entrambe, Luis Prieto ha formulato proposte originali e sofisticate. Per parte mia, proverò a mostrare che di entrambe è possibile fornire una ricostruzione diversa dalla sua e, a mio parere, più adeguata. In altre parole, di quegli aspetti, assolutamente centrali, dell’edificio dello Stato costituzionale (la nozione di superiorità della costituzione, e il rapporto tra controllo giudiziario di legittimità costituzionale delle leggi e democrazia) proporrò “just another view”.

* Ringrazio Riccardo Guastini e Matija Žgur per aver letto una versione precedente di questo lavoro. Una versione parzialmente diversa di questo lavoro apparirà in lingua spagnola in un volume in onore di Luis Prieto Sanchís, a cura di P. Andrés Ibáñez, P. Grández, B. Marciani Burgos e S. Pozzolo.

¹ V. soprattutto PRIETO 1997; PRIETO 2003a; PRIETO 2013.

2. La “supremazia” della costituzione

In alcuni importanti saggi dedicati alla struttura normativa dello Stato costituzionale contemporaneo, Luis Prieto ha proposto di distinguere tre aspetti che caratterizzano la costituzione di questa forma di Stato: la supremazia, la rigidità, e la garanzia giurisdizionale (v. in particolare PRIETO, 2003b; 2008). Sono aspetti che possiamo ben indicare come *definitori* dello Stato costituzionale, e che a loro volta presuppongono un ulteriore aspetto, fondamentale e concettualmente prioritario, che è la natura pienamente giuridica della costituzione: nello Stato costituzionale contemporaneo, la costituzione è una vera e propria fonte del diritto, è una norma giuridica a tutti gli effetti, e non un documento meramente programmatico, o una *loi politique*.

Ora, e tralasciando in questa sede la questione del carattere giuridico della costituzione², Prieto ha cura di sottolineare che queste tre caratteristiche della costituzione dello Stato costituzionale (supremazia, rigidità, e garanzia giurisdizionale) sono tra loro distinte e indipendenti. Cioè, *concettualmente* indipendenti: ovviamente tra esse possono esservi forti relazioni pragmatiche³. Ad esempio, in presenza di una costituzione dotata di “supremazia”, può essere una buona idea (oppure no, a seconda dei punti di vista) rafforzarla con una procedura “rigida” di revisione, o garantirla tramite qualche forma di controllo giudiziario di costituzionalità. Ma, anche in assenza di questi espedienti contingenti, quella costituzione continuerà comunque ad essere “suprema”. In sostanza, dunque, la supremazia della costituzione non dipende, secondo Prieto, né dalla sua rigidità, né dall’esistenza di un controllo giudiziario sulla conformità delle leggi alla costituzione: una costituzione può essere suprema senza essere al contempo anche rigida, e senza essere garantita sul piano giudiziario.

Uno degli scopi che Prieto si prefigge, insistendo su queste distinzioni, è di portare maggiore chiarezza nel dibattito sulla nota “obiezione democratica” allo Stato costituzionale – l’idea che la struttura e il funzionamento dello Stato costituzionale provochino una restrizione, nefasta, degli spazi della democrazia. Prieto intende mostrare, attraverso una accurata ricognizione dei concetti rilevanti, che non è la supremazia della costituzione ad essere un limite alla democrazia, mentre lo è invece la rigidità, e ovviamente anche il controllo giudiziario di costituzionalità. A partire da ciò, si possono configurare modalità di revisione della costituzione e di controllo giudiziario di costituzionalità in qualche modo “sensibili” alle esigenze della democrazia, mantenendo però ferma l’idea della supremazia della costituzione.

Per parte mia, ho dei dubbi che le cose stiano così. In particolare, mentre sono d’accordo con Prieto che la supremazia della costituzione non possa essere identificata con la rigidità, non condivido invece la tesi che la supremazia sia separabile da qualche tipo di controllo giudiziario di costituzionalità⁴. Ma andiamo con ordine, iniziando dal rapporto tra supremazia e rigidità della costituzione.

² Infatti, il riconoscimento della natura giuridica della costituzione non chiude ancora il discorso. Una volta riconosciuta la natura giuridica della costituzione, sono ancora possibili vari modi alternativi di concettualizzare il ruolo della costituzione come fonte del diritto: ad esempio come “limite” alla legislazione, oppure come “fondamento” di tutto l’ordinamento giuridico. L’opzione caratteristica del costituzionalismo contemporaneo è in favore di questa seconda modalità (v. PRIETO 2003c, 121 ss.). Per ulteriori riflessioni sull’alternativa tra costituzione come “limite” e come “fondamento”, e alle sue implicazioni per l’interpretazione costituzionale, rinvio a PINO 2017a; PINO 2019.

³ Una tesi analoga è sostenuta anche in RUIZ MIGUEL 2003, spec. 82 s.

⁴ Che tipo di discorso ho intenzione di fare? Che tipo di dissenso intendo portare alla luce? Palesemente, non si tratta di un dissenso *empirico*, su fatti. Non intendo di certo contestare a Prieto l’attendibilità empirica o storica di qualche sua affermazione. Non intendo affermare che Prieto abbia errato in qualche descrizione della realtà. Si tratterà, piuttosto, di dissensi *concettuali*. Con ciò intendo dire che non mi trovo d’accordo sulla ricostruzione concettuale che Prieto propone della nozione di superiorità della costituzione, e proverò a proporre una ricostruzione concettuale diversa e, a mio parere, migliore. Certamente, che una ricostruzione concettuale sia migliore di un’altra è una questione tutt’altro che facile da dimostrare (salvo nel caso, ad esempio, in cui una certa ricostruzione sia autocontraddittoria). I criteri che soccorrono a questo fine sono piuttosto elastici: la coerenza interna, la semplicità,

2.1. Supremazia e rigidità della costituzione

Prieto sostiene che la supremazia della costituzione si distingue dalla rigidità costituzionale nel modo seguente. La *supremazia* della costituzione consiste nella circostanza che vi sia un obbligo di rispetto della costituzione da parte dei poteri pubblici, e da parte delle altre norme del sistema. Ciò comporta che le norme inferiori che contrastano con le norme superiori sono invalide⁵. La *rigidità* consiste invece nella circostanza che la costituzione possa essere modificata solo da un organo diverso da quello che la ha promulgata, oppure dallo stesso organo ma con una maggioranza qualificata; di contro, una costituzione è flessibile se per modificarla è sufficiente che lo stesso organo che la ha approvata deliberi con la stessa maggioranza necessaria ad approvare una legge ordinaria, anche se in ipotesi con un procedimento differente rispetto a quello richiesto per approvare una legge ordinaria⁶.

A queste tesi è stato obiettato (in particolare da J.C. Bayón, che su questo punto è entrato direttamente in polemica con Prieto) che la rigidità è, invece, costitutiva della superiorità della costituzione: una costituzione è suprema in quanto è rigida. Secondo questo modo di vedere, dunque, la rigidità sarebbe condizione necessaria (e sufficiente?) della supremazia della costituzione⁷.

In effetti, su questo punto mi trovo d'accordo con Prieto: anch'io ritengo che supremazia e rigidità siano cose non solo diverse, ma anche tra loro concettualmente indipendenti. In primo luogo, infatti, non basta la rigidità a rendere la costituzione superiore alla legge. La rigidità non è condizione *sufficiente* di supremazia. A mio parere, come questione generale di "sintassi" del diritto, l'esistenza di una procedura particolare per l'approvazione, per la revisione o per la soppressione di un tipo di atto normativo non rende di per sé quell'atto normativo superiore ad altri atti normativi. Un atto normativo AN₁ non sembra diventare "superiore" ad un atto normativo AN₂ solo in virtù del fatto che la procedura di produzione di AN₁ è più complicata rispetto alla procedura di produzione di AN₂. Si possono fare vari esempi al riguardo: nell'ordinamento italiano, all'interno del genere "legge", vi sono alcuni tipi di leggi che richiedono procedure di approvazione particolari (le c.d. leggi rinforzate), così come vi sono leggi ordinarie ma dotate di ciò che i giuristi chiamano una particolare "forza passiva" (cioè, non soggette a deroga nelle procedure ordinarie): ma queste rimangono sullo stesso piano della legge, e degli atti aventi forza di legge, da un punto di vista della gerarchia delle fonti⁸. E credo che qualcosa di simile si possa dire, per l'ordinamento spagnolo, a proposito delle

l'eleganza, la vicinanza alle intuizioni comuni (ad esempio, nel nostro caso, le opinioni comuni dei giuristi), un certo rapporto con "la realtà", anche se non direttamente qualificabile in termini di "descrizione". Dunque, si tratta di opporre una concettualizzazione ad un'altra concettualizzazione, e provare a vedere quale "funziona meglio".

⁵ PRIETO 2003b, 148-149, 151; PRIETO 2008, 156, 158-160. Sul nesso concettuale tra gerarchie normative e validità, v. PRIETO 2008, 155, 157 nt. 4, 160.

⁶ PRIETO 2008, 164. In precedenza, Prieto aveva sostenuto che una costituzione è rigida anche se è modificabile nelle stesse modalità della legge, ma a condizione che tale modifica sia espressa; in altre parole, se la costituzione non è passibile di abrogazione tacita, allora conta come "rigida", anche se le modifiche possono avvenire tramite un ordinario procedimento legislativo (PRIETO 2003b). Discuterò più avanti questa tesi (§ 2.3).

⁷ Cfr. BAYÓN 1998, 58 («la supremazia richiede la rigidità»); BAYÓN 2004 (v. in particolare la "Apéndice" alla fine del saggio). (Per la replica di Prieto v. PRIETO 2008.) In tal senso v. anche FERRAJOLI 2013, 57 (la rigidità costituzionale è «un connotato strutturale delle costituzioni legato alla loro collocazione al vertice della gerarchia delle norme»; essa «si identifica, in breve, con il grado sopraordinato delle norme costituzionali rispetto a quello di tutte le altre fonti dell'ordinamento»).

⁸ Come esempi di leggi rinforzate si pensi, nell'ordinamento italiano, alle leggi di amnistia e indulto; alle leggi che intendono riconoscere a determinate Regioni «forme e condizioni particolari di autonomia» (art. 116 cost.); alle leggi di bilancio; alle leggi di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali. Come esempi di leggi aventi particolare forza passiva (più intensa rispetto alle altre leggi ordinarie), nell'ordinamento italiano alcune leggi ordinarie sono sottratte ad abrogazione referendaria (v. art. 75, co. 2, cost.), dunque hanno una forza passiva superiore alle altre leggi ordinarie (che invece sono tutte soggette ad abrogazione referendaria). Ma non per questo sono normalmente considerate come collocate su un gradino superiore della gerarchia delle fonti. Su "leggi rinforzate" e "fonti atipiche" nell'ordinamento italiano si veda BIN, PITRUZZELLA 2005, 327-332.

“leggi organiche”. Nessuna di queste leggi, per quanto ne sappia, è considerata dai giuristi come “superiore” alle altre leggi, e tantomeno è considerata come avente carattere costituzionale. Ad essere “superiori”⁹, ed eventualmente “costituzionali”, sono casomai le norme che stabiliscono le procedure per l’adozione rispettivamente di una legge “ordinaria” e di una legge “rinforzata”: una legge ordinaria che volesse disciplinare una materia rimessa ad una legge rinforzata sarebbe sì invalida, ma per contrasto con le norme (costituzionali) che disciplinano le relative procedure – e non perché quella legge ordinaria contrasti di per sé con la legge “rinforzata”. Inoltre, e per converso, nell’ordinamento italiano, i decreti-legge e i decreti legislativi hanno sì procedure di produzione diverse rispetto alla legge ordinaria, hanno cioè condizioni di validità formale diverse rispetto alla legge ordinaria, ma hanno la stessa forza passiva e pari rango nella gerarchia delle fonti rispetto alla legge ordinaria (e infatti vengono solitamente definiti come “atti aventi forza di legge”). Sono dunque perfettamente concepibili, e di fatto esistono in vari ordinamenti, atti normativi pari-ordinati anche se hanno procedure di produzione diverse.

In secondo luogo, inoltre, è agevole vedere che la rigidità non è nemmeno condizione *necessaria* della supremazia della costituzione. Almeno in via di esperimento mentale, si potrebbe facilmente immaginare una costituzione perfettamente parificata alla legge quanto alle procedure di revisione, ma ciononostante considerata dalla cultura giuridica di riferimento come superiore alla legge. (In effetti, nella cultura giuridica italiana anteriore alla Costituzione rigida del 1948, alcune norme, *formalmente* legislative, venivano comunemente considerate come *materialmente* costituzionali¹⁰.) Da questo punto di vista, peraltro, l’argomento utilizzato ad esempio da J.C. Bayón per dimostrare che la rigidità della costituzione è condizione necessaria (anche se non sufficiente) della sua superiorità gerarchica rispetto alla legge si rivela autodistruttivo, e finisce anzi per confermare la tesi opposta. Infatti, secondo Bayón, affinché la costituzione sia gerarchicamente superiore è necessaria, oltre alla rigidità, anche una pratica costante di riconoscimento che la individui come norma superiore; in assenza di una simile pratica di riconoscimento, una costituzione pur rigida potrebbe risultare *di fatto* (non superiore ma) equiparata alla legge (BAYÓN 2004, “Apéndice”). Ora, non si vede come questo argomento della pratica di riconoscimento, che secondo Bayón dimostra che la rigidità non è condizione *sufficiente* della superiorità della costituzione, non possa essere applicato anche all’idea che la rigidità sia condizione *necessaria* della superiorità della costituzione. In altre parole, se ad essere realmente determinante non è il dato “formale” delle modalità di revisione costituzionale, ma il dato “effettivo” della pratica di riconoscimento prevalente in una certa cultura giuridica, allora non si può escludere che una pratica di riconoscimento possa di fatto attribuire anche ad una costituzione flessibile un valore superiore alla legge. E con ciò, anche l’idea che la rigidità sia condizione necessaria della superiorità della costituzione collassa.

Il dato importante da rilevare al riguardo, allora, è che una gerarchia tra atti normativi non è istituita dalla diversa, ed eventualmente più gravosa, procedura di approvazione o revisione degli atti in questione, e nemmeno dalla particolare “forza passiva” di un certo atto normativo. Non sono le condizioni di validità formale, di per sé, a determinare il rango gerarchico delle norme. La superiorità della costituzione non dipende dalla sua rigidità. Ma nel discorso fatto fin qui manca ancora qualcosa. Ho infatti utilizzato la nozione di “superiorità”, senza chiarire in cosa consista. Di questo ci dobbiamo ora occupare.

2.2. *Supremazia della costituzione e controllo giurisdizionale*

Sulla nozione stessa di “supremazia” o “superiorità” della costituzione, in effetti, non mi trovo d’accordo con Prieto. Mi pare infatti che a questo riguardo Prieto metta insieme cose (troppo)

⁹ Nel senso della gerarchia “strutturale”: v. *infra*, § 2.2.

¹⁰ Si trattava in particolare delle norme sulle fonti, e sulle attività di produzione e applicazione del diritto. Cfr. ad es. PALADIN 1996, 27 ss.; in proposito, PINO 2011a.

diverse; e ciò lo porta ad affermare che la supremazia della costituzione sia cosa nettamente diversa rispetto all'esistenza di un controllo giudiziario di costituzionalità.

Secondo Prieto, sul piano concettuale la garanzia giudiziaria della costituzione conferisce carattere *giuridico* alla costituzione stessa, cioè conferisce alla costituzione carattere di fonte del diritto, ma non le conferisce necessariamente il carattere di fonte superiore, o suprema. Certo, l'esistenza di un controllo di costituzionalità potrebbe essere un "sintomo", un "indizio", o un "corollario", della supremazia della costituzione¹¹. Ma, secondo Prieto, una costituzione può essere superiore alla legge anche in assenza di controllo giudiziario di costituzionalità.

Quest'ultima tesi è a mio parere alquanto discutibile, ma per rendere chiaro il mio argomento devo introdurre una breve digressione sulla teoria delle gerarchie normative.

Almeno secondo alcune ricostruzioni¹², nel diritto possono operare gerarchie normative di diversi tipi: in particolare, gerarchie strutturali, gerarchie materiali, e gerarchie assiologiche. È necessario spendere qualche parola in proposito, perché il modo di articolare questa distinzione renderà chiari quelli che sono, a mio parere, i limiti dell'analisi di Prieto, e servirà a dissolvere l'apparente "paradosso di Eutifrone" che sembra aleggiare sul rapporto tra superiorità della costituzione e controllo di costituzionalità¹³.

Ebbene, una *gerarchia strutturale* riguarda il rapporto tra atti normativi e le norme di produzione che disciplinano la corretta produzione di quegli atti normativi; un atto normativo che è stato prodotto conformemente alle meta-norme rilevanti è un atto normativo valido, e la nozione di validità che viene qui in considerazione è la *validità formale*.

Una *gerarchia materiale* ricorre quando una norma N_1 non può essere in contrasto con una norma N_2 , a pena di invalidità; qui la nozione di validità rilevante è la *validità sostanziale*, o *materiale*. Si noti però che la gerarchia materiale non è un rapporto "a due", tra N_1 e N_2 ; essa infatti coinvolge *necessariamente* anche una terza norma (o gruppo di norme) N_3 , la quale istituisce un controllo di legittimità di N_1 rispetto a N_2 , disponendo l'annullamento di N_1 nel caso in cui entri in contrasto con N_2 ¹⁴. Ebbene, è esattamente questo controllo di legittimità, istituito da N_3 , a rendere N_2 "superiore" a N_1 . In altre parole, la gerarchia materiale è *istituita* dal controllo di legittimità. Tipicamente, questo controllo di legittimità sarà di tipo giudiziario. Ma non vi è nulla di necessario in ciò. Ciò che è essenziale è che vi sia una autorità dotata del potere di rimuovere in maniera autoritativa l'atto normativo che esprime la norma invalida, e proprio in quanto esprime una norma invalida (e non, ad esempio, per una libera scelta politica, come avviene nel caso dell'abrogazione legislativa). Questo potere potrà essere attribuito indifferentemente (indifferentemente da un punto di vista concettuale, s'intende) ad una autorità giudiziaria, o amministrativa, o di natura mista giudiziaria e politica, come in effetti accade nel caso di molte Corti costituzionali.

Per dimostrare la plausibilità di questo nesso concettuale tra gerarchia (materiale), validità (materiale), e controllo di legittimità, basta un facile esperimento mentale. Proviamo ad eliminare N_3 dalla definizione di gerarchia materiale fornita sopra: ebbene, si vede immediatamente che, in assenza di N_3 , non vi è alcun elemento che consenta di affermare che N_2 sia superiore a N_1 . Non basterebbe certo, ad esempio, che N_2 *proclamasse sé stessa* superiore a N_1 (come è riconosciuto peraltro anche da PRIETO 2008, 157). Né sarebbe sufficiente che una terza norma si limi-

¹¹ Sul controllo di costituzionalità come "sintomo" o "indizio" della supremazia della costituzione, v. PRIETO 2008, 167, 169; come "corollario" della supremazia della costituzione, v. PRIETO 2003b, 153, 155, 174.

¹² Seguo qui fondamentalmente l'analisi di Guastini (GUASTINI 1998, 121 ss.; GUASTINI 2010, 241-254), che ho ripreso e in parte modificato in PINO 2016, cap. VII.

¹³ Il paradosso di Eutifrone è evocato a questo proposito da CHIASSONI 2007, 284, nt. 40, e sarebbe il seguente: la costituzione è garantita perché è norma superiore, o è norma superiore perché è garantita?

¹⁴ A voler essere più precisi, il controllo di legittimità consiste nell'annullare non la norma N_1 *in sé*, ma piuttosto l'atto normativo che la esprime. (Quando una Corte costituzionale ravvisa un contrasto tra una norma di legge e una norma costituzionale, essa annulla *la legge*, non le norme che essa esprime.) E la ragione per cui tale atto viene annullato consiste esattamente nell'invalidità della norma che esso esprime.

tasse ad affermare che N_1 non può essere in contrasto con N_2 , ma senza stabilire alcun effetto di annullamento al riguardo, ma solo una disapplicazione: questa ipotesi infatti, *di per sé*, sarebbe affatto indistinguibile rispetto al modo in cui funziona il criterio *lex posterior*¹⁵.

In altre parole, ogni volta che affermiamo che una norma è superiore ad un'altra, non possiamo fare a meno di chiederci *in virtù di cosa* essa sia superiore. Se è superiore in virtù del fatto che la norma inferiore è invalida quando è in contrasto con quella superiore, allora ciò significa che esistono organi e procedure per dichiarare tale invalidità, rimuovendo (cioè annullando) l'atto che la esprime. Una invalidità che nessuno abbia il potere di dichiarare non ha senso, almeno in un ordinamento normativo "dinamico", e non puramente "statico", quale è il diritto¹⁶. Da ciò segue inoltre che la validità (materiale) si può predicare solo per le norme "inferiori" in una gerarchia materiale: non può essere invece predicata per le norme supreme, ad esempio quelle costituzionali, esattamente perché per queste norme non esiste alcuna norma del tipo N_3 , che disponga un effetto di annullamento in caso di contrasto con altre norme. Le norme costituzionali non sono né valide né invalide¹⁷.

Una *gerarchia assiologica*, infine, si dà quando una norma N_1 è considerata più importante di un'altra norma N_2 . Questa relazione di importanza può avere varie conseguenze: tipicamente, N_2 dovrà essere interpretata conformemente a N_1 (questa è esattamente la logica sottostante all'interpretazione "conforme a costituzione"); oppure, N_2 dovrà essere disapplicata se è incompatibile con N_1 . Dunque, mentre una gerarchia materiale è legata ad un giudizio di validità (materiale o sostanziale), una gerarchia assiologica è legata ad un giudizio di *applicabilità*¹⁸: che una norma N_1 sia considerata applicabile a scapito di un'altra norma N_2 presuppone che N_1 sia considerata "più importante" rispetto a N_2 . Questo è esattamente ciò che accade, ad esempio, quando un ordinamento considera applicabili le norme più recenti rispetto alle norme più antiche (il criterio della *lex posterior*), o le norme speciali rispetto a quelle generali (il criterio della *lex specialis*), o ancora quando in materia penale si debba applicare la norma ricavata con un argomento *a contrario* anziché una ricavata per analogia (c.d. principio di tassatività della legge penale). Nessuna di queste scelte in tema di applicabilità, si noti, è concettualmente necessaria: sono tutte frutto di contingenti scelte di valore – ad esempio in favore del cambiamento deliberato del diritto (nel caso della *lex posterior*), in favore della certezza della sanzione penale (nel caso del divieto di analogia in materia penale), ecc.

Questo lungo *excursus* dovrebbe rendere chiaro per quale ragione non trovo possibile separare concettualmente la supremazia della costituzione dall'esistenza di un controllo giudiziario (in senso ampio) di costituzionalità. Se la supremazia della costituzione sulla legge significa (come afferma Prieto) che la legge contraria a costituzione è invalida, allora ciò vuol dire che tra costituzione e legge esiste una gerarchia materiale o, *il che è lo stesso*, che esiste un controllo di legittimità della legge rispetto alla costituzione (con annesso potere di annullamento della legge incostituzionale).

In altre parole, è il controllo di legittimità ad istituire la gerarchia normativa (una gerarchia materiale, e un rapporto di validità) tra le norme coinvolte in quel controllo. Il controllo giudiziar-

¹⁵ Si veda il caso dell'art. 4 delle preleggi: «I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi». A prima vista, questa è una disposizione con valore di legge che attribuisce alla legge un valore superiore rispetto ai regolamenti. Ma, ove non vi fossero anche tutte le altre norme che prevedono il controllo di legittimità dei regolamenti e degli altri atti amministrativi (in particolare: l'art. 26 r.d. 1054/1924, e l'art. 2, l. 1034/1971, che attribuiscono tale competenza al Consiglio di Stato e ai TAR), il meccanismo previsto dall'art. 4 *di per sé* sarebbe indistinguibile rispetto a quello della successione di leggi nel tempo (art. 15 preleggi).

¹⁶ Evidentemente sto qui facendo riferimento alla distinzione tra sistemi normativi di tipo "statico" e di tipo "dinamico" così come tracciata da KELSEN 1960, § 34.

¹⁷ Un altro esempio, piuttosto significativo (almeno sul piano teorico): le norme approvate in sede di revisione costituzionale, e le altre leggi costituzionali. Se la Corte costituzionale non ha il potere di annullare le leggi di revisione e le altre leggi costituzionali, le norme in queste contenute non saranno né valide né invalide, ma semmai solo disapplicabili.

¹⁸ Sulla nozione di applicabilità rinvio a PINO 2011b; PINO 2016, cap. VI (dove si potranno trovare ampi riferimenti bibliografici).

rio di costituzionalità, dunque, a ben vedere non è semplicemente condizione di effettività della costituzione: non è *solo* finalizzato a rafforzare la probabilità che la costituzione venga rispettata, introducendo uno strumento che sanzioni o elimini le violazioni della costituzione¹⁹; il controllo di costituzionalità è innanzitutto condizione *concettuale* della superiorità (in senso materiale) della costituzione sulla legge. Senza controllo di costituzionalità, legge e costituzione sarebbero indistinguibili quanto a forza normativa e a rango nella gerarchia delle fonti – la costituzione non potrebbe mai determinare l’invalidità delle leggi con essa in contrasto. Certo, una costituzione non assistita da controllo di costituzionalità potrebbe ancora prevalere sulla legge *non* come condizione di validità di quest’ultima, ma piuttosto sul piano dell’applicabilità: una legge incostituzionale potrebbe essere soggetta a disapplicazione, anche se nessuno ha il potere di dichiararne l’invalidità. Inoltre, gli interpreti potrebbero comunque essere “tenuti” ad interpretare la legge conformemente alla costituzione. In tal caso, la costituzione sarebbe superiore alla legge (non in senso materiale, ma piuttosto) in senso assiologico. Questo in effetti accade in alcuni ordinamenti giuridici, e questa potrebbe anche essere una corretta rielaborazione della proposta dello stesso Prieto, come vedremo nel prossimo sotto-paragrafo.

Se tutto ciò è corretto, allora le costituzioni contemporanee sono collocate al vertice della gerarchia (materiale) delle norme *in quanto* esiste il controllo di costituzionalità della legge. Il controllo di costituzionalità non è né un sintomo né un corollario, né tantomeno un tratto contingente, della superiorità della costituzione. Piuttosto, è *costitutivo* della superiorità (in senso materiale) della costituzione. È l’esistenza del controllo di costituzionalità a cambiare la struttura dell’ordinamento, e a porre la costituzione al di sopra della legge ordinaria, condizionandone la validità.

Ovviamente, se poi ci spostiamo su un piano più marcatamente *funzionale* e non più solo *concettuale*, cioè se ci chiediamo *perché* introdurre un controllo di costituzionalità della legge, allora la risposta non può che essere la seguente: perché la costituzione è importante, e deve essere protetta tramite appositi meccanismi di garanzia. Dunque, l’introduzione di un meccanismo di controllo di costituzionalità, che ha come effetto, concettualmente, di rendere la costituzione superiore rispetto alla legge dal punto di vista della gerarchia materiale (e cioè di rendere la costituzione parametro di validità della legge), trova il suo presupposto in un giudizio di valore, secondo cui la costituzione è assiologicamente superiore alla legge, e nella conseguente volontà di introdurre uno strumento istituzionale a sua garanzia.

Come si vede, dunque, il paradosso di Eutifrone si dissolve del tutto, una volta che si riconosca che sono in gioco diversi tipi di gerarchie, cioè diversi sensi di “superiorità”.

2.3. *Supremazia della costituzione e revisione costituzionale “solo esplicita e formale”*

In assenza di un controllo di costituzionalità (cioè, ripeto, in assenza della possibilità che una legge contraria a costituzione venga annullata, e dunque in assenza di una gerarchia materiale), la costituzione potrebbe ancora essere, in ipotesi, superiore alla legge. Infatti, tra la costituzione e la legge potrebbe comunque esservi una gerarchia assiologica. Questo vuol dire che la costituzione, pur non potendo determinare l’invalidità delle norme di legge con essa in contrasto, potrebbe comunque essere in grado di influire sull’applicabilità di queste ultime.

Credo che la nozione di supremazia elaborata da Prieto in fin dei conti sia proprio questa. In altri termini, la supremazia della costituzione sarebbe essenzialmente una supremazia in senso assiologico; solo contingentemente – cioè, nel caso sia presente *anche* un controllo di costituzionalità – la costituzione può acquisire anche una supremazia in senso materiale. E in linea teorica

¹⁹ Questa è ad esempio la posizione di FERRAJOLI 2007, 545, 693, a proposito delle “lacune secondarie”: cioè la possibile assenza di uno strumento di “garanzia secondaria”, quale appunto è il controllo giudiziario di costituzionalità. Per la tesi che la superiorità della costituzione sia logicamente separabile dal controllo di costituzionalità v. anche NINO 1996, cap. 7; BAYÓN 2004, 137.

non c'è nulla di sbagliato in questo, ovviamente: sempre che si abbia cura di precisare, però, che nel primo caso (supremazia solo in senso assiologico) la costituzione non può essere condizione della validità delle leggi, ma solo della loro applicabilità.

Che questa nozione di superiorità della costituzione si risolva in una gerarchia assiologica è mostrato anche da un altro argomento. Secondo Prieto, la supremazia della costituzione richiede quantomeno che le modifiche alla costituzione siano fatte in maniera esplicita – che la costituzione, dunque, anche se in ipotesi flessibile, non sia però soggetta ad abrogazione tacita da parte della legge²⁰. Questo punto è stato frainteso (da BAYÓN 2004, e forse da Prieto stesso) come una questione attinente alla flessibilità/rigidità della costituzione. Ma chiaramente questo *non* è un problema di revisione costituzionale in senso stretto: per definizione, una abrogazione tacita *non modifica* il testo della costituzione, così come non modifica il testo di una legge anteriore. L'abrogazione tacita è, piuttosto, un modo di risolvere una antinomia tra due norme facendo prevalere la norma successiva, applicando cioè quest'ultima e disapplicando la norma anteriore. L'operatività del criterio della *lex posterior*, come è noto, non incide sulla validità della norma anteriore, ma solo sulla sua applicabilità²¹.

Ebbene, la tesi secondo cui la costituzione, anche se in ipotesi flessibile, non dovrebbe comunque essere oggetto di abrogazione tacita significa semplicemente che una costituzione (anche se non assistita da controllo di costituzionalità) può ancora essere considerata superiore rispetto alla legge se è in grado di determinare la disapplicazione delle leggi con essa in contrasto. In questo caso, infatti, sarebbe all'opera un criterio di applicabilità inverso rispetto al tradizionale criterio della *lex posterior*, di modo che la norma (costituzionale) anteriore prevale sulla norma (legislativa) posteriore. E questo non ha nulla a che vedere con le modalità di revisione della costituzione, non ha nulla a che vedere con il carattere rigido o flessibile della costituzione. Si tratta, piuttosto, dell'esistenza – in ipotesi – di una gerarchia assiologica tra la costituzione e la legge, che determina la disapplicazione della legge contraria a costituzione.

2.4. Tirando le somme

Forse non è inopportuno sintetizzare brevemente l'argomento che ho cercato di esporre nei sotto-paragrafi precedenti.

È vero che supremazia e rigidità della costituzione sono concetti diversi. (Questo lo sostiene anche Prieto, ma con argomenti parzialmente diversi dai miei.)

Non è del tutto vero, invece, che la supremazia della costituzione è distinta dal controllo giudiziario di costituzionalità. Infatti, la superiorità *in senso materiale* della costituzione (che porta ad un giudizio in termini di validità della legge) è *concettualmente* connessa all'esistenza del controllo di costituzionalità, cioè alla possibilità di *annullare* la legge contraria a costituzione. La supremazia assiologica (che porta a valutazioni in termini di applicabilità) è invece *indipendente* dall'esistenza di un controllo di costituzionalità. Anche una costituzione flessibile può essere superiore alla legge in senso assiologico, se i giudici sono autorizzati a disapplicare le leggi successive alla costituzione, quando il loro contenuto contrasta con la costituzione. (Una simile autorizzazione può provenire da una norma giuridica positiva, oppure può derivare direttamente da una "pratica di riconoscimento"). Ancora, una supremazia (solo) assiologica della costituzione rispetto alla legge avrebbe conseguenze quantomeno sul piano interpretativo, perché genererebbe l'obbligo di interpretare la legge conformemente alla costituzione²². Anche se non porta a

²⁰ PRIETO 2003b, 151, 153, 173; PRIETO 2008, 161-165.

²¹ Questo, peraltro, è chiaramente riconosciuto anche da PRIETO 2008, 157, nt. 4.

²² Che anche i principi contenuti in una costituzione flessibile possano produrre questa conseguenza sul piano interpretativo è espressamente affermato, ad es., in CRISAFULLI 1952, 17.

giudizi in termini di validità/invalidità, dunque, questa è ancora una supremazia giuridicamente rilevante, in quanto si traduce in argomentazioni giuridiche, e in conseguenze giuridiche.

Infine, una costituzione potrebbe essere superiore alla legge in un senso ancora più debole: potrebbe generare esclusivamente un “dovere di rispetto”, cui non seguono conseguenze giuridiche di alcun tipo, neanche in termini di applicabilità²³. In quest’ultimo caso, la costituzione risulterà (in ipotesi) superiore alla legge non in senso giuridico, ma in un senso puramente “morale”, o “culturale”.

3. Giustizia costituzionale e democrazia

Un secondo punto che intendo brevemente discutere riguarda il rapporto tra controllo giudiziario di costituzionalità e democrazia. Prieto, come abbiamo visto, nega che il concetto di supremazia della costituzione sia di per sé in conflitto con l’ideale democratico; piuttosto, secondo Prieto, la democrazia maggioritaria viene limitata per un verso dalla rigidità della costituzione, e per altro verso dal controllo giudiziario di costituzionalità.

Entrambe queste cose, peraltro, secondo Prieto possono essere variamente modulate, e anche annacquate, senza con ciò far venir meno l’idea della supremazia della costituzione. Così, come abbiamo già visto, secondo Prieto una costituzione non rigida continua ad essere suprema, sempre che le sue modifiche vengano adottate tramite un procedimento pubblico e formale (ancorché identico al procedimento di produzione della legge ordinaria). Analogamente, secondo Prieto è possibile immaginare una modalità di controllo giudiziario di costituzionalità che sia relativamente rispettoso della sfera democratica. Vediamo in che modo.

Come è noto, i sistemi di giustizia costituzionale presenti negli Stati costituzionali contemporanei oscillano tra due modelli “puri”: il modello accentrato, o “kelseniano”, che prevede un’unica autorità dotata del potere di dichiarare con effetti *erga omnes* l’incostituzionalità di una legge; e il modello diffuso, o “statunitense”, che autorizza qualunque giudice a valutare un eventuale contrasto tra legge e costituzione, ma con effetti limitati alla disapplicazione nel caso concreto²⁴. Di solito, i sistemi concretamente esistenti risultano in realtà un *mix* tra modello accentrato e modello diffuso, avvicinandosi talora più al primo e talora più al secondo: come nota efficacemente Prieto, spesso la concreta predisposizione di un sistema di giustizia costituzionale in un ordinamento non risponde affatto a ragioni puramente tecnico-giuridiche, ma piuttosto a complesse e talvolta anche contraddittorie spinte politiche e influenze ideologiche (PRIETO 2008, 169).

Di fatto, in linea di massima i sistemi di giustizia costituzionale presenti in Europa si sono ispirati primariamente al modello kelseniano, a controllo accentrato. Questo è verosimilmente dipeso dall’influenza che il legicentrismo ha avuto in Europa (continentale) negli ultimi due secoli: è vero che la costituzione dello Stato costituzionale ha “detronizzato” la legge, come ama ripetere Paolo Grossi, ma ciò è stato fatto assicurando comunque alla legge un qualche riguardo: assicurandole, cioè, un giudice particolare, di solito anche un po’ “politico”.

Ora, secondo Prieto la presenza del controllo accentrato è in qualche misura incoerente rispetto alla struttura normativa dello Stato costituzionale: è una specie di corpo estraneo, un residuo della mentalità kelseniana e legalistica dei giuristi europei. Infatti, una volta che si sia riconosciuto il carattere pienamente giuridico della costituzione, e una volta che la costituzione non è più solo norma sulle fonti, ma contiene anche principi e diritti suscettibili di qualche forma di applicazione in

²³ Questo è il senso “minimale” di superiorità secondo RUIZ MIGUEL 1988. Prieto si riferisce ad esso come una superiorità meramente “simbolica” (PRIETO 2008, 165).

²⁴ Si noti comunque che se in un sistema di questo tipo vi è una Corte Suprema le cui pronunce hanno valore di precedente vincolante, una decisione di incostituzionalità emessa da quest’ultima ha effetti concretamente indistinguibili rispetto ad un annullamento pronunciato da una Corte costituzionale in un sistema accentrato.

giudizio, diventa inevitabile che la costituzione entri nel ragionamento giuridico di tutti i giudici, e non solo di un giudice “specializzato” come una Corte costituzionale. In altre parole, una volta preso atto che la costituzione dello Stato costituzionale non contiene una ben delimitata “materia costituzionale”, ma invece proclama principi e diritti di qualunque tipo (cioè rilevanti per il diritto civile, il diritto penale, il diritto tributario, ecc.), non si può evitare che essa entri in qualunque tipo di controversia giudiziaria (PRIETO 2003b, 170-172; PRIETO 2008, 170 s.).

Non solo. Secondo Prieto, un controllo diffuso è anche maggiormente rispettoso del principio democratico, e pertanto in grado di minimizzare (anche se non di disinnescare del tutto, ovviamente) la nota obiezione contro-maggioritaria alla *judicial review*. Infatti, il controllo diffuso non incide sul testo della legge considerata incostituzionale: non la manipola, né la annulla, ma piuttosto la disapplica nel caso concreto. La legge disapplicata resta “integra”, e potrà essere applicata in un altro caso, in cui eventualmente non ponga problemi di incostituzionalità. Ciò a meno che la legge non risulti incostituzionale *sempre*, e in tal caso la sua costante disapplicazione finirà per essere, di fatto, equivalente ad un annullamento (PRIETO 2003b, 172 s.; PRIETO 2008, 171-173).

La conclusione, dunque, è che un controllo diffuso di costituzionalità è per un verso più coerente con la struttura normativa dello Stato costituzionale, e per altro verso più rispettoso del principio democratico. Per parte mia, proverò innanzitutto a sollevare dei dubbi sugli argomenti di Prieto (§ 3.1), per poi delineare un modo alternativo di comporre il contrasto tra democrazia e *judicial review* (§ 3.2).

3.1. Controllo accentrato, controllo diffuso, e democrazia

Prieto ha perfettamente ragione a notare che nello Stato costituzionale il controllo di costituzionalità, anche se formalmente accentrato, tende inesorabilmente a diventare (anche) diffuso. Infatti fa pienamente parte della “logica”, o meglio della “cultura”, dello Stato costituzionale che i giudici ordinari utilizzino i principi costituzionali in giudizio: o ricorrendo all’applicazione “diretta” della costituzione (se un caso non risulta regolato, o chiaramente regolato, a livello legislativo, il giudice ordinario potrà colmare la lacuna ricercando la disciplina di un certo rapporto direttamente in uno o più principi costituzionali); o ricorrendo all’applicazione “indiretta” della costituzione (il giudice ordinario potrà valutare il modo in cui il legislatore ha attuato i principi costituzionali rilevanti; potrà interpretare la legge in modo da renderla compatibile con i principi costituzionali; potrà utilizzare i principi costituzionali al fine di integrare il significato di clausole generali e di concetti elastici).

In altre parole, nello Stato costituzionale il giudice ordinario non si accontenterà di una semplice assenza di contraddizioni tra la legge e la costituzione, ma richiederà che la prima sia congruente con la seconda (e si adopererà direttamente a questo fine). E tutto ciò, evidentemente, porta ad attribuire al controllo di costituzionalità un carattere tendenzialmente “diffuso”: infatti, anche in un sistema in cui sia formalmente in vigore un controllo accentrato di costituzionalità delle leggi, il massiccio utilizzo delle tecniche sopra indicate fa sì che l’attuazione giudiziaria dei principi costituzionali (e l’opera di conformazione della legislazione ad essi) si svolga ben prima dell’instaurazione di un giudizio di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale. In tal modo le corti assumono su di sé il compito (o parte del compito) di attuare la costituzione, ponendosi quasi in una posizione di concorrenza rispetto al legislatore – concorrenza che può arrivare anche a dare luogo a vere e proprie disapplicazioni delle leggi ritenute in contrasto con la costituzione, magari dietro l’apparenza di interpretazioni “conformi a costituzione”.

Tuttavia, a me pare che questa tendenza alla “diffusione” del controllo di costituzionalità sia compatibile con la struttura dello Stato costituzionale solo se essa rimane associata *anche* ad un controllo accentrato. Provo a spiegarvi.

Come si afferma spesso, lo Stato costituzionale aspira ad una convivenza, spesso problematica, tra valori diversi: libertà, eguaglianza, solidarietà, dignità, autonomia... Si dice talvolta che

nello Stato costituzionale non vi è un singolo valore supremo rispetto agli altri – o, il che è lo stesso, che l'unico valore supremo, o meta-valore, è il pluralismo. In ciò, lo Stato costituzionale rappresenta un superamento dello Stato legislativo, che invece poneva *un* valore in posizione preminente rispetto agli altri, e questo valore era la certezza del diritto. Questo non vuol dire che la certezza del diritto sia scomparsa dall'orizzonte normativo dello Stato costituzionale: piuttosto, nello Stato costituzionale la certezza del diritto è un valore che è destinato ad entrare nel bilanciamento con altri valori costituzionali²⁵.

Ora, in un modello a controllo di costituzionalità diffuso come quello proposto di Prieto, mi pare che il valore della certezza del diritto sia destinato ad essere sacrificato eccessivamente. Infatti, l'utilizzazione giudiziaria della costituzione incentiva pratiche interpretative alquanto spericolate (interpretazione “conforme a costituzione”, bilanciamento e concretizzazione di principi costituzionali...) che andranno a valere solo per il caso concreto, senza che nulla garantisca che altri giudici non diano una diversa interpretazione di quella legge, o non ne valutino diversamente l'incompatibilità con la Costituzione, o non giungano ad un diverso bilanciamento o ad una diversa concretizzazione dei principi costituzionali. In altre parole, il modello diffuso di giustizia costituzionale immaginato da Prieto (che, a quanto sembra, è un modello “puro”, privo di qualunque elemento di accentramento, nemmeno a livello di precedente vincolante) potrebbe funzionare solo se si accogliesse qualche forma di cognitivismo interpretativo, tale che i giudici ordinari non possano fare a meno di convergere sulle loro valutazioni in merito al conflitto tra una legge e la costituzione. Solo in questo caso la “diffusione” del controllo di costituzionalità riuscirebbe a non tradursi in un'anarchia interpretativa che lederebbe gravemente il valore (costituzionalmente rilevante) della certezza del diritto, e anche dell'eguaglianza ovviamente.

Ma, come sappiamo (e come sa bene anche Prieto), la realtà non è questa. In realtà, giudici diversi possono ben arrivare a conclusioni diverse sulla questione se una legge contraddica la costituzione. Il giudizio di conformità tra legge e principi costituzionali può spesso chiamare in causa complesse valutazioni, ed essere controverso. In un sistema diffuso “puro”, giudici diversi potranno facilmente esprimere valutazioni diverse su come bilanciare e concretizzare i principi costituzionali rilevanti, su quale sia il modo migliore di rendere la legge “conforme a” costituzione tramite l'interpretazione. Dunque, è bene che la libertà interpretativa del giudice comune, e la sua possibilità di “dialogare” direttamente con la costituzione, trovino un contraltare in qualche forma di “accentramento” del controllo di costituzionalità: ciò potrà consistere, come minimo, nell'attribuire ad una corte particolare il potere di formulare decisioni dotate di valore di precedente vincolante; oppure potrà consistere nell'istituzione di una tipica Corte costituzionale di tipo “europeo”. Quest'ultima soluzione, peraltro, avrà il vantaggio di eliminare *definitivamente* norme e atti normativi contrari a costituzione, ed eventualmente anche l'ulteriore vantaggio di fornire ai giudici comuni un punto di riferimento particolarmente autorevole (quand'anche non fosse vincolante) sull'interpretazione della costituzione. E questo, ripeto, non sarà un tradimento della logica dello Stato costituzionale, ma sarà del tutto coerente con essa, a presidio di valori (l'eguaglianza, la certezza) tutt'altro che irrilevanti per lo Stato costituzionale.

Ad una conclusione analoga si può arrivare anche a partire da una diversa prospettiva: non più dalla prospettiva dei *valori* consacrati dallo Stato costituzionale, questa volta, ma dalla prospettiva dei *poteri*, o dei centri decisionali in esso operanti. Anche da questo punto, di vista, ad un modello “verticale”, tipico dello Stato legislativo, in cui una autorità (il legislatore) aveva l'ultima parola in quanto depositario della sovranità, lo Stato costituzionale ha sostituito un diverso modello, “reticolare”, in cui diverse autorità concorrono, talvolta in maniera cooperativa e talvolta in maniera conflittuale, alla definizione e alla tutela dei diritti fondamentali.

²⁵ PINO 2018. Mi pare invece che Prieto accetti troppo facilmente il sacrificio alla certezza del diritto che il suo modello comporta: v. ad es. PRIETO 2003b, 173.

All'immagine verticale propria dello Stato legislativo, con la legge al vertice delle fonti e il giudice soggetto solo alla legge, si contrappone adesso un modello diffuso, in cui la garanzia dei diritti dovrebbe emergere dall'equilibrio e dal controllo reciproco tra molteplici poteri, dotati di titoli di legittimazione diversi (legislatore, autorità amministrative indipendenti, giudici comuni, Corte costituzionale, Corti sovranazionali), senza che nessuna singola autorità sia in grado di imporre l'ultima parola. Ovvero – il che è sostanzialmente lo stesso – l'ultima parola, l'esercizio del potere sovrano, è ritardato il più possibile, diluito in un caleidoscopio di vincoli e contropoteri (PINO 2017b, 212 s.). E a me pare che, in questa complessa architettura, la presenza di una Corte costituzionale non sia solo un accidente storico, un residuo di un modello (“kelseniano”) sostanzialmente superato, ma svolga un ruolo strategico a presidio, nuovamente, della certezza e della eguaglianza.

Dunque: applicazione diretta della costituzione, libertà interpretativa dei giudici, rispetto della democrazia, certezza del diritto forse possono essere meglio bilanciate assicurando ai giudici ordinari un autonomo potere di interpretare la legge in maniera conforme a costituzione solo fintantoché l'interprete non fuoriesce dai (pur labili) confini del testo della legge; mentre, quando il testo della legge non ammette una possibilità di interpretazione conforme a costituzione, la parola dovrebbe passare ad una Corte costituzionale con potere (accentrato) di annullamento della legge stessa.

3.2. La “democraticità” del controllo di costituzionalità

Concludo queste mie disordinate annotazioni con qualche riflessione su un possibile modo, alternativo a quello configurato da Prieto, di riconciliare democrazia e controllo giudiziario di costituzionalità²⁶.

Una prima osservazione che occorre fare è la seguente. È inoppugnabile che lo Stato costituzionale, in qualche misura, sacrifichi la democrazia. E questo per la banale ragione che la democrazia è uno dei valori che lo Stato costituzionale protegge, ma non l'unico: nello Stato costituzionale, la democrazia si trova a convivere con altri valori, e questa convivenza può talvolta essere problematica – così come può talvolta essere problematica la convivenza tra altri valori protetti dallo Stato costituzionale. Non credo che si debba andare alla ricerca di improbabili quadrature del cerchio, di involute dimostrazioni che tutte le componenti dello Stato costituzionale convivano in perfetta armonia. Forse lo Stato costituzionale si basa non su una armonia assiologica di fondo, ma piuttosto sulla scommessa che dal pluralismo (talvolta anche conflittuale) tra diversi valori emerga una migliore tutela dei diritti fondamentali (COSTA 2010; FIORAVANTI 2014, 1091).

Ciò detto, è anche vero che molte delle obiezioni “democratiche” allo Stato costituzionale si basano su presupposti alquanto discutibili. In particolare, un presupposto da cui sembrano spesso partire tali obiezioni è l'idea che il parlamento sia dotato di legittimazione democratica, mentre le corti sono organismi puramente tecnico-burocratici, quasi “aristocratici”. Ma questa sembra una versione abbastanza edulcorata della realtà. Infatti, la democraticità di un sistema politico, o delle sue componenti, è una questione di grado, non una questione del tipo “tutto-o-niente”; l'unico regime che realmente potrebbe assicurare il pieno rispetto dell'autonomia personale e politica dei cittadini sarebbe, forse, una democrazia diretta, ancora meglio se funzionasse con la regola dell'unanimità. Solo in questo contesto tutti i cittadini potrebbero davvero essere considerati “autori” delle scelte collettive. Ma è evidente che un simile regime non ha alcuna speranza di funzionare in un contesto sociale appena complesso (e anche in un contesto sociale semplice e ristretto non sarebbe granché funzionale, stante il potere di veto sulle decisioni collettive che esso assegnerebbe a ciascun singolo cittadino). Dunque, poiché è comunque necessario prendere decisioni rela-

²⁶ Questo sotto-paragrafo riprende tesi che ho già esposto in PINO 2014, 621-628; PINO 2017b, cap. 7.

tive alla vita associata, pena il ritorno allo stato di natura, si deve per forza fare ricorso a meccanismi che in qualche misura si allontanano dall'ideale della democrazia diretta che decide all'unanimità: da qui la democrazia rappresentativa, e la regola di maggioranza. Per tacere del fatto, poi, che ci sono molti modi diversi, e non funzionalmente equivalenti, di configurare i meccanismi sia della rappresentatività²⁷, sia della decisione a maggioranza; e che spesso solo per pura finzione si può assumere che il semplice cittadino si senta realmente coinvolto e rappresentato in un procedimento parlamentare²⁸. Peraltro, una volta che si rifiuti la finzione della immedesimazione organica tra i cittadini e i loro rappresentanti, emerge con tutta evidenza la necessità di tutelare i diritti dei cittadini anche *contro* i loro rappresentanti²⁹.

Se è così, allora l'introduzione di un controllo giudiziario sulle leggi a garanzia dei diritti fondamentali non equivale necessariamente ad una diminuzione del tasso di democraticità del sistema: al contrario, essa può funzionare come elemento per rendere il sistema maggiormente democratico. Infatti, una volta accettato che i sistemi democratici sono solo *più o meno* democratici, la *judicial review* può essere considerata, a determinate condizioni, come un meccanismo per assicurare l'ingresso di nuove forme di partecipazione democratica nella formazione delle decisioni collettive. Tramite i meccanismi della *judicial review*, normalmente azionati sulla base dell'iniziativa di singoli individui i cui diritti o interessi si assumono conculcati dalle decisioni maggioritarie, si assicura che il singolo individuo abbia un'occasione di intervenire nel processo di formazione o di consolidamento di quelle decisioni, contestandole in un foro imparziale (in quanto non rispecchia il gioco delle maggioranze politiche) sulla base dei propri diritti individuali.

Peraltro, spesso una legislazione può favorire una maggioranza, e sfavorire alcune minoranze, *semplicemente per inerzia*: perché un certo assetto di interessi si è cristallizzato nel tempo (magari in un momento in cui quel particolare squilibrio tra interessi maggioritari e altri interessi non veniva nemmeno percepito, per la scarsa visibilità delle minoranze, per una diversa sensibilità sociale, ecc.), e in seguito gli organi legislativi non riescono a trovare un consenso sufficientemente ampio, la volontà politica, o magari nemmeno il tempo, per rimetterlo in discussione. In tali casi, la *judicial review* può rappresentare un'ulteriore occasione di partecipazione democratica, perché può servire a mettere in moto un dibattito pubblico – incluso un dibattito parlamentare – che semplicemente mancava³⁰. E si noti che in alcuni paesi, tra cui l'Italia, il dibattito pubblico (e parlamentare) su questioni di diritti fondamentali, come il matrimonio omosessuale o le decisioni di fine vita, è stato incentivato e arricchito, e non monopolizzato o congelato, proprio dalla presenza di interventi giudiziari. In fin dei conti, la democrazia non si esercita solo il giorno delle elezioni, né è solo decisione a maggioranza (BOVERO 2016).

Il fatto che la “parola” del legislatore venga rimessa in discussione in un foro imparziale (le corti, relativamente immunizzate rispetto alle pressioni e alle passioni della politica maggioritaria) fa sì che il cittadino che lamenta una lesione dei propri diritti da parte della maggioranza possa addurre le proprie ragioni *a)* in una sede in cui le ragioni della maggioranza *non hanno necessariamente un valore preponderante*, come invece avviene nelle sedi della democrazia rappresentativa e maggioritaria; e *b)* davanti ad un soggetto che poi assumerà le proprie decisioni, ideal-

²⁷ È di tutta evidenza, ad esempio, che alcuni meccanismi elettorali producono risultati che si avvicinano più ad un modello decisamente “aristocratico” che a uno “democratico”: si pensi ad esempio al voto su liste bloccate, in cui i candidati messi nelle posizioni “sicure” sono stati selezionati dalle segreterie dei partiti.

²⁸ Per l'osservazione che i critici della *judicial review* assumono una immedesimazione troppo diretta e semplicistica tra i cittadini e i loro rappresentanti in parlamento, cfr. FABRE 2000, 275-276.

²⁹ Per alcune osservazioni più generali su rappresentanza e (assenza di) immedesimazione organica tra elettori ed eletti, FERRAJOLI 2013, 31-33.

³⁰ Si noti peraltro che la Corte costituzionale italiana si è dotata di tecniche decisionali come le “sentenze-monito”, o le sentenze additive “di principio”, che sembrano particolarmente idonee a questa funzione di sollecitare un dibattito parlamentare.

mente, non sulla base di compromessi politici al dettaglio, ma sulla base di ragioni pubblicamente spendibili, e in qualche misura “oggettivate” nelle forme del ragionamento giuridico.

In sintesi, se il quadro fin qui descritto è plausibile, emerge che la *judicial review* non è per sua natura antidemocratica; piuttosto, vengono qui in gioco due distinte dimensioni della democrazia, o due modi di esercitare la democrazia. La prima è la dimensione del tutto familiare della democrazia rappresentativa, improntata al principio maggioritario, che interessa le istituzioni di governo (Parlamento ed esecutivo)³¹; la seconda è una democrazia “contestatrice”³², che riguarda la possibilità per i cittadini di contestare le decisioni assunte dai loro rappresentanti. La prima funziona come luogo di formazione delle decisioni collettive, adottate da parte di organi rappresentativi e a maggioranza; la seconda funziona come occasione per rimettere in discussione quelle decisioni su iniziativa dei cittadini stessi (o anche su iniziativa di soggetti che non hanno avuto alcuna rappresentanza nel processo decisionale), e, in caso, per correggerle, emendarle, alla luce dei diritti individuali coinvolti. In questa seconda fase, inoltre, il compito del soggetto “terzo” non sarà di sostituire una propria valutazione di merito a quella svolta dal legislatore, ma piuttosto di verificare che tutti gli interessi coinvolti nella decisione legislativa siano stati adeguatamente tenuti in considerazione nel processo decisionale (ad esempio ricorrendo al test di proporzionalità). E tutto ciò merita ancora il nome di “democrazia” perché, anche se nella *judicial review* è coinvolta una istituzione apparentemente “aristocratica”³³, essa non si muove *motu proprio* ma su iniziativa dei cittadini che assumono una lesione di un proprio diritto ad opera dei loro rappresentanti.

È vero che queste due dimensioni della democrazia potranno entrare reciprocamente in tensione, ma questo non è un effetto imprevisto o patologico: la democrazia rappresentativa è *solo uno* dei valori incorporati dal costituzionalismo contemporaneo, e si può ben dire che il costituzionalismo contemporaneo scommetta proprio sul fatto che questa tensione tra elementi diversi contribuisca, in ultima analisi, ad una migliore tutela e promozione dei diritti fondamentali da essa proclamati.

³¹ Utilizzo qui la locuzione “istituzioni di governo” nel senso stipulato da Luigi Ferrajoli, cioè a denotare tutte le istituzioni che esercitano “funzioni di governo”; queste ultime, a loro volta, «sono espressione della sfera discrezionale del decidibile», e «includono sia le funzioni legislative che quelle governative di indirizzo politico e amministrativo» (FERRAJOLI 2007, 872); «l'unica fonte di legittimazione delle funzioni di governo è la rappresentanza politica» (876).

³² Riprendo la distinzione tra queste due accezioni di democrazia da PETTIT 1999; PETTIT 2000. Sulle corti come strumento di partecipazione democratica v. anche RODOTÀ 1999, 169-186; FERRAJOLI 2013, 239.

³³ Apparentemente: perché spesso la composizione delle Corti costituzionali è organizzata in modo da includere una certa sensibilità politica e democratica (attribuzione al Parlamento del potere di nomina di una parte dei componenti della Corte, procedura di conferma dei giudici davanti al Parlamento, ecc.). E inoltre abbiamo già avanzato il sospetto che anche un organo rappresentativo possa di fatto includere elementi “aristocratici” (*supra*, nt. 26).

Riferimenti bibliografici

- BAYÓN J.C. 1998. *Diritti, democrazia, costituzione*, in «Ragion pratica», 10, 1998, 41 ss.
- BAYÓN J.C. 2004. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, in J. BETEGÓN, F. LAPORTA, L. PRIETO, J.R. DE PÁRAMO (a cura di), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, 67 ss.
- BIN R., PITRUZZELLA G. 2005. *Diritto costituzionale* (6^a ed.), Torino, Giappichelli.
- BOVERO M. 2016. *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 16, 2016, 11 ss.
- CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino.
- COSTA P. 2010. *Demos e diritti: un campo di tensione nella democrazia costituzionale?*, in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, il Mulino, 11 ss.
- CRISAFULLI V. 1952. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè.
- FABRE C. 2000. *The Dignity of Rights*, in «Oxford Journal Legal Studies», 20, 2000, 271 ss.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris*, Roma-Bari, Laterza, vol. 1.
- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza.
- FIORAVANTI M. 2014. *Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 43, t. 1, 2014, 1077 ss.
- GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè.
- GUASTINI R. (2010). *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè.
- KELSEN H. 1960. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966.
- NINO C.S. 1996. *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press.
- PALADIN L. 1996. *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino.
- PETTIT P. 1999. *Republican Freedom and Contestatory Democratization*, in I. SHAPIRO, C. HACKER-CORDON (eds.), *Democracy's Value*, Cambridge, Cambridge University Press, 163 ss.
- PETTIT P. 2000. *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. SHAPIRO, S. MACEDO (eds.), *Designing Democratic Institutions*, NOMOS XLII, New York, New York University Press, 105 ss.
- PINO G. 2011a. *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in «Ars Interpretandi», XVI, 2011, 19 ss.
- PINO G. 2011b. *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 11, 2011, 797 ss.
- PINO G. 2014. *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in «Diritto e società», 3, 2014, 597 ss.
- PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS.
- PINO G. 2017a. *Costituzione come limite, costituzione come fondamento, costituzione come assiologia*, in «Diritto e società», 1, 2017, 91 ss.
- PINO G. 2017b. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino.
- PINO G. 2018. *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in «Diritto pubblico», 2, 2018, 537 ss.
- PINO G. 2019. *Interpretazione costituzionale e concezioni della costituzione*, Modena, Mucchi.
- PRIETO L. 1997. *Constitucionalismo y Positivismo*, Mexico, Fontamara.
- PRIETO L. 2003a. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.

- PRIETO L. 2003b. *Constitución y democracia*, in L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 137 ss.
- PRIETO L. 2003c. *Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones*, in L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 101 ss.
- PRIETO L. 2008. *Supremacía, rigidez y garantía de la constitución*, in L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 155 ss.
- PRIETO L. 2013. *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta.
- RODOTÀ S. 1999. *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza.
- RUIZ MIGUEL A. 1988. *El principio de jerarquía normativa*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 24, 1988, 135 ss.
- RUIZ MIGUEL A. 2003. *Costituzionalismo e democrazia*, in «Teoria politica», 2-3, 2003, 73 ss.