

QUADERNI COSTITUZIONALI

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO COSTITUZIONALE

1/2017



il Mulino

NOTE DALL'EUROPA

Dall'Unione europea

- Cristina Fasone* La (silente) revisione generale del regolamento del Parlamento europeo 159
- Valeria Salmaso* Triloghi e trasparenza del processo legislativo europeo: fuga dai Trattati? 162
- Marco Bassini* La tutela degli indirizzi IP dinamici e la privacy digitale 165

Dal Consiglio d'Europa

- Marco Galimberti* Il mancato golpe turco e i decreti legge di emergenza: l'allarme lanciato dalla Commissione di Venezia 169
- Lara Trucco* *Ne bis in idem*: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli 173
- Paolo Bonetti* Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri 176
- Dimitri Girotto* La Corte EDU alle prese con la democrazia interna ai partiti politici 181
- Katalin Kelemen* *Erményi v. Hungary*: The European Court of Human Rights expands the notion of privacy 185

letture e riletture

- Sabino Cassese* Giustizia costituzionale e studio del diritto pubblico 191

rassegne e cronache

- CRONACHE COSTITUZIONALI ITALIANE
(21 novembre 2016 - 25 gennaio 2017) 201

- MONITORE
(decisioni 231/2016 - 20/2017) 207

Giustizia costituzionale e studio del diritto pubblico

1. LE DUE VIE DEL COSTITUZIONALISMO MODERNO SI RICONGIUNGONO

Con l'affermarsi nel mondo della giustizia costituzionale, le due vie dello Stato moderno – per utilizzare l'espressione di Voltaire – si ricongiungono.

Le grandi tradizioni del costituzionalismo moderno sono state – come è noto – due, quella di origine inglese e quella di nascita francese. La prima, più antica, poneva al centro i giudici, perché riteneva che i diritti non vanno proclamati quanto tutelati. Donde l'attenzione per i *remedies* e la concezione del diritto detta *remedial*. Per la tradizione d'oltre Manica, bastavano l'*Habeas Corpus* (1679) e il *Bill of Rights* (1689), non c'era bisogno di lunghi elenchi di diritti e libertà dei cittadini, purché vi fosse un sistema giudiziario indipendente.

Al modello inglese, quello di giudici senza prescrizioni costituzionali, si oppose quello francese, di prescrizioni costituzionali senza giudici. Per i francesi, durante e dopo la Rivoluzione, giocarono un ruolo centrale i diciassette articoli della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), più che l'esistenza di giudici (nonostante l'opinione di Sieyès). Se il modello inglese poteva fare a meno di una costituzione scritta, quello francese puntava invece proprio sulla Costituzione scritta: dal 1791 al 1852 la Francia ebbe ben dieci costituzioni (Pasquino 2016, 21).

La vicenda di queste due vie diverse del costituzionalismo moderno è scritta nelle opere dei critici inglesi del costituzionalismo francese (ad esempio, nelle *Reflections on the Revolution in France*, del 1790, di Edmund Burke) e dei numerosi ammiratori francesi del costituzionalismo inglese: il Voltaire della nona delle *Lettres philosophiques ou Lettres anglaises* (1734); il Montesquieu del famoso capitolo sesto del libro undicesimo de *L'esprit des lois*

Questo articolo trae spunto dalla lezione tenuta in occasione della presentazione degli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, presso l'Università di Messina, il 4 novembre 2016.

(1748); l'Alexis de Tocqueville della *Correspondance anglaise*, specialmente con Stuart Mill e con John Reeve; l'Hyppolite Taine delle *Notes sur l'Angleterre* (1872); infine, l'Émil Boutmy de *Le Développement de la constitution et de la société politique en Angleterre* (1887) e delle *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis* (1888).

Il costituzionalismo inglese ebbe anche in Italia molti seguaci: basti pensare alla costituzione siciliana del 1812 e a Vittorio Emanuele Orlando, germanofilo per il metodo, anglofilo per le preferenze istituzionali.

Con la diffusione della giustizia costituzionale, queste due grandi tradizioni, presto diventate due paradigmi, si riunificano: quasi dovunque c'è un giudice costituzionale, quasi dovunque una costituzione che il giudice è chiamato a proteggere. Vince, dunque, il modello statunitense.

Questo processo, al quale altri Paesi sono giunti con relativa facilità, è stato più difficile proprio per quelli che sono stati gli archetipi. Il Regno Unito è giunto tardi a una quasi costituzione, l'*Human Rights Act* del 1998, ancor più tardi alla «Supreme Court» (2009), non è ancora andata oltre alla dichiarazione di *incompatibility* della legge in contrasto con la quasi costituzione e rischia, abbandonando l'Unione europea, di mettere in dubbio il controllo dei giudici sulla legge. In Francia solo nel 2008 il *Conseil Constitutionnel*, prima titolare solo di un controllo *a priori* (quindi in forme non giurisdizionali) della legge e insidiato dal ruolo costituzionale del *Conseil d'État*, è stato dotato del potere di giudicare le leggi attraverso la *question prioritaire de constitutionnalité*.

2. LA GIURISDIZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE: UN DOPPIO PROCESSO, NAZIONALE E GLOBALE

La giurisdizionalizzazione del diritto costituzionale consta di un doppio processo, uno interno, uno esterno allo Stato. Il primo, più noto, consiste nella diffusione della giustizia costituzionale in circa due terzi dei Paesi del mondo. Il secondo nella nascita e nello sviluppo della giustizia costituzionale extra statale o globale.

Il primo processo avviene secondo un modello studiato altrove (Cassese 2016, 993 ss.). Si afferma in momenti diversi in alcuni Paesi, in particolare negli Stati Uniti nel 1803, con la sentenza *Marbury*, e in Austria nel 1920 con la corte del dopoguerra, dando luogo ai modelli noti come marshalliano e kelseniano. Poi, nel mondo si diffonde un corpus di idee ispirato alle concrete esperienze storiche di alcuni Paesi, specialmente la Germania: la legge è scudo, ma anche spada, nei confronti della quale difendersi; dunque, essa non basta; occorre porre vincoli ulteriori, che valgano anche nei confronti della legge. Portata dalla diffusione di questa idea, si afferma *worldwide* l'aspirazione a dotare gli Stati di una Costituzione con un proprio giudice. Infine, questo movimento

universale di idee cala negli ordini giuridici nazionali, acquisendo caratteristiche diverse in relazione ai diversi contesti. Dove si crede nella *parliamentary sovereignty*, il controllo ha effetti meno forti (così nel Regno Unito e in Canada). Dove si crede nella *loi, expression de la volonté générale* (Rousseau ripreso da Carré de Malberg), il controllo è *a priori*, si inserisce nel procedimento legislativo.

Il secondo processo nasce e si sviluppa quando ci si rende conto che gli Stati non bastano sia perché bisogna difendere i diritti anche nei confronti degli Stati, sia perché i diritti possono essere violati anche nella sfera internazionale o globale, al di là degli Stati. La prima preoccupazione dà luogo alla creazione di Corti come quella europea dei diritti dell'uomo. La seconda si innesta sulla prima quando si creano *spazi vuoti* di diritto, come nel caso delle persone private della cittadinanza o di quelle i cui diritti sono violati da organismi globali (si pensi alla saga Kadi o a quella Yussuf provocate dall'azione anti-terrorismo globale dell'ONU).

L'uno e l'altro producono lo sviluppo nella dimensione ultra-nazionale di norme costituzionali (carte o convenzioni) e di corti chiamate ad assicurare il loro rispetto. L'uno e l'altro processo, iniziati sotto la spinta di analoghe preoccupazioni, e sviluppatisi poi in modo parzialmente indipendente, stanno ora confluendo in uno stesso alveo e stanno influenzandosi reciprocamente. Ad esempio, i giudici costituzionali nazionali, nel valutare le leggi nazionali relative al diritto di proprietà o a quello di manifestare il proprio pensiero alla luce delle costituzioni nazionali, non possono non tener conto delle analoghe norme sovranazionali, se non altro perché i privati potrebbero rivolgersi, prima o poi, al giudice sovranazionale per ottenere una tutela non assicurata all'interno della propria nazione. Così, carte nazionali e carte sovranazionali, corti nazionali e corti sovranazionali interagiscono.

Ciò produce anche ulteriori effetti, come, ad esempio, lo sdoppiamento delle Costituzioni nazionali, una parte delle quali – quella relativa ai diritti – è influenzata dal costituzionalismo globale, un'altra parte invece – quella riguardante l'organizzazione statale – è (parzialmente) immune da tale influenza.

3. L'IMPATTO SULLO STUDIO DEL DIRITTO PUBBLICO

Gli enormi sviluppi finora rapidamente tratteggiati hanno grandemente arricchito gli studi di diritto pubblico, ma hanno anche disorientato, come un faro attrattivo e accecante, gli studiosi di molti Paesi, in primo luogo Italia e Francia. La vicenda è complessa e richiede di fare un passo indietro, prendendo le mosse dagli anni trenta e limitando l'analisi all'Italia.

Qui il metodo giuridico era stato adoperato come muro protettivo nei confronti della realtà politica fascista, accentuando però anche astrattezza,

staticità e carattere “evasivo” degli studi costituzionalistici (Galizia 1963, 103). In quest’ambito si erano delineate due linee di pensiero, all’origine delle quali stanno due opere, la *Validità delle leggi* di Carlo Esposito (1934) (Autori vari 1993) e la *Costituzione in senso materiale* di Costantino Mortati (1940) (Lan- chester 1989), che hanno indicato le due vie del costituzionalismo moderno in Italia (Cassese 2001, 269). Esposito metteva l’enfasi sullo Stato di diritto e auspicava la sua estensione al campo della formazione delle leggi mediante il controllo giurisdizionale della loro validità. Mortati, più legato alla «concre- tezza dell’esperienza giuridica» (sono parole di Galizia), suggeriva un rinno- vamento metodologico, di considerare le forze sociali e politiche, i partiti, il governo, la costituzione materiale, come diretto oggetto di esame dei giuristi.

Chiamata alla grande opera costituzionale, dopo la caduta del fascismo, la scuola pubblicistica, con l’eccezione di studiosi come Mortati e Giannini, cominciò la nuova vita con un fallimento, dichiarando – penso a Oreste Ra- nelletti, a Vittorio Emanuele Orlando, a Piero Calamandrei – non norme quelle disposizioni costituzionali della prima parte della Carta che, nelle mani dei giudici, costituiranno una delle ragioni del successo della Costi- tuzione. Questa mancanza di coraggio della scienza pubblicistica dà quindi ragione al *j’accuse* di Togliatti, che alla Costituente disse: «quando abbiamo dovuto scrivere una Costituzione democratica e abbiamo chiesto l’ausilio dei giuristi, essi non sono stati in grado di darci un aiuto efficace. Per darcelo, occorreva che essi cancellassero qualcosa; bisognava che ritornassero a qual- che cosa che avevano dimenticato» (Camera dei Deputati 1970, 328-329).

Questo, dunque, l’antefatto: il metodo giuridico come muro protettivo, due scuole, una orientata verso la giustizia, una verso le forze politiche, la mancata comprensione della lungimiranza della Costituzione. Su questo si innestò l’inizio dell’attività della Corte costituzionale, accompagnata da «quella specie di CLN della scienza costituzionalistica che si formò intorno alla rivista» *Giurisprudenza costituzionale*, composto da Esposito, Mortati, Giannini, Crisafulli, Vassalli (Elia 2009, 325).

Con l’inizio di attività della Corte avvenne un cambiamento radicale nello studio del diritto pubblico: un ramo del diritto senza un giudice (il di- ritto civile, quello commerciale, quello penale, quello amministrativo, hanno propri giudici) forse l’unico con tale caratteristiche, conquistò un tribunale. Come è naturale, a quel punto tutti i cultori del diritto costituzionale si vol- sero a studiare la giurisprudenza, il diritto costituzionale vivente, o almeno quella parte di esso che vive attraverso le sentenze costituzionali.

Lo sviluppo del diritto costituzionale giurisprudenziale fu quindi accom- pagnato da un maggiore legame con la vita concreta del diritto, vista nel prisma delle sentenze, da un approccio più analitico e scientificamente rigo-roso, da una maggiore ricchezza di tematiche, da una riflessione più ampia su un diritto creato da giuristi a preferenza di un diritto dettato da politici.

C'è stato però anche un risvolto negativo della medaglia. Come in Francia, passare le sentenze al microscopio ha comportato anche marginalizzazione delle componenti storico – politiche, pratica dell'arte sottile ma spesso ripetitiva del commento e dell'esegesi, perdita di tradizioni intellettuali di grande rilievo, disattenzione per la comparazione, scarso interesse per analisi empiriche e per le riflessioni che possono farsi su tale base, eccesso di attenzione per la prima parte della Costituzione, che distoglie dalla seconda parte, enfasi posta sui diritti, minore interesse per la riforma costituzionale (Denquin 2000, 32).

Al termine di questa vicenda intellettuale, nella quale è rimasta inscaltata la lezione di Giannini (Giannini 1984), è quasi naturale che si sia potuto proporre – come è stato fatto – che «[d]ata la giuridificazione e la giurisdizionalizzazione del diritto costituzionale provocate dal combinato disposto rigidità della Costituzione/controllo della Corte, deve, forse, essere promossa una più netta distinzione di tipo anglosassone tra *constitutional law* (con trattazione di tipo strettamente giuridico-giurisprudenziale) e *government*, di impostazione prevalentemente interdisciplinare» (Elia 2009, 328).

Già nel 2001, nel numero della Rivista trimestrale di diritto pubblico dedicato al diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo, Paolo Ridola rilevava che il sovraccarico di diritto giurisprudenziale produceva una *Verarmung*, un impoverimento, perché non coglieva tutti i mutamenti costituzionali e rendeva difficile misurarsi con l'ingegneria costituzionale (Ridola 2001, 1289-1290). Ed altri hanno lamentato che con lo studio al microscopio della giurisprudenza i costituzionalisti si trasformavano in entomologi.

L'esito complessivo di questa vicenda è stato quindi negativo, facendo apparire persino ottimistico il giudizio di Esposito – riferito ad epoca precedente – sull'oscillazione tra l'estremo della metafisica presuntuosa e quello dell'esegesi passiva del dato positivo. Ne sono prova i temi prevalentemente studiati e il ruolo della pubblicistica nei processi di riforma. Quanto ai primi, infatti, c'è da chiedersi perché non venga prestata maggiore attenzione al posto dei partiti e dei sindacati nel sistema costituzionale, all'attività di governo, al funzionamento complessivo dei sistemi costituzionale e amministrativo. Quanto al ruolo svolto dalla scienza pubblicistica italiana durante i lunghi anni del dibattito sulle riforme, dalla fine degli anni '70 ad oggi, ci si può chiedere perché, in una prima fase, la sua presenza nello spazio pubblico sia stata sopravanzata da quella dei politologi, mentre nella seconda la sua presenza è stata molto più forte, ma è stata dominata dai cultori del combinato disposto, più inclini a rilevare soluzioni parlamentari pasticciate che a valutare storicamente, comparativamente e in termini di rendimenti le varie proposte.

4. IL CONTRIBUTO DI GAETANO SILVESTRI

È in questo contesto che si colloca l'attività scientifica di Gaetano Silvestri, che comincia negli anni '70. Suo mentore è Temistocle Martines, una figura isolata nelle grandi correnti del costituzionalismo, allievo di un giurista espositore di scuola romaniana, come Paolo Biscaretti di Ruffia, ma vicino a Mortati che fu il suo vero ispiratore. Di Martines vanno almeno ricordate le ricerche sulle forze politiche, del 1957, nelle quali, in controtendenza rispetto a quel che maturava proprio quell'anno, cercava di portare al centro del diritto costituzionale un tema percepito come estraneo, e quelle sui governi parlamentari, di un decennio successivo, che aprivano al tema del sindacato di costituzionalità delle leggi.

Con Silvestri le due grandi tradizioni, quella espositiva vincente e quella mortatiana passata in secondo piano, riprendono vigore e confluiscono in unico alveo. Questo si nota già nella scelta dei temi: la divisione dei poteri, a cui sono dedicati i due tomi, del 1979 e del 1984, giudizi e giurisdizione, a cui sono dedicati studi nel 1997, nel 2000, nel 2009, sovranità, potere costituente.

Nel primo tomo de *La separazione dei poteri*, proprio in apertura, Silvestri critica l'«isolamento della teoria dalla pratica politica e costituzionale» (Silvestri 1979, V). E conseguentemente nel secondo tomo ricostruisce la separazione dei poteri in termini di «cicli funzionali», di concorrenza dei poteri e in ultima istanza in termini di procedimentalizzazione (normazione – attuazione – controllo).

Più tardi, in una valutazione d'insieme della giurisprudenza costituzionale, Silvestri nota che, insieme, la dottrina del diritto vivente e quella dell'interpretazione adeguatrice possono avvicinare il sistema italiano al sindacato diffuso e snaturare il tipo di controllo delle leggi con una «accentuata giurisdizionalizzazione» del sindacato di legittimità costituzionale, che «farebbe saltare quel delicato equilibrio tra diritto e politica su cui poggia la forza e la legittimazione della Corte italiana».

Più avanti osserverà che «[r]ifioriscono periodicamente strenui sostenitori del positivismo giuridico, parente stretto del decisionismo e del volontarismo politico. I giuristi hanno bisogno del principe, per non doversi porre scomodi (e talvolta pericolosi) interrogativi sui valori; il principe ha bisogno dei giuristi per sistematizzare e razionalizzare le modalità di esercizio del suo potere assoluto. L'autoritarismo si lega sempre alla finta neutralità della scienza giuridica. Il costituzionalismo contemporaneo deve saper vigilare con attenzione su questi «ritorni di fiamma»: dietro il «primato della politica» e la neutralità assiologica della scienza giuridica si può nascondere qualcosa di più di qualche innocua polemica accademica» (Silvestri 2009, 41).

Un terzo elemento ricorre nell'analisi di Silvestri, come si nota anche dalla frase ora citata: una propensione per l'analisi in chiave storico-filosofica degli

istituti giuridici. Penso, ad esempio, all'interpretazione della sovranità come sovranità dei valori, che costituisce un grande passo avanti nei confronti degli studi recenti sulla sovranità del costituzionalista ed ex giudice costituzionale tedesco Dieter Grimm.

Non va dimenticato, infine, il ruolo svolto nelle istituzioni, per il servizio pubblico, da Silvestri, dal 1990, per più di 30 anni: Consiglio comunale, Consiglio superiore della magistratura, Rettorato dell'Università di Messina, Corte costituzionale, ora presidenza della Scuola della magistratura. Un'attività nella quale Silvestri ha sempre lasciato un segno importante: basta ricordare, per quella come giudice, le due sentenze sui rapporti con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 2007 e sul Presidente della Repubblica del 2013.

5. EPILOGO

Nuove strade si aprono ora al costituzionalismo. È in crisi il «raccordo attuazione della Costituzione – sentenze della Corte costituzionale» messo in luce da Leopoldo Elia nel 1981 (Elia 2009, 327). Infatti, l'attuazione costituzionale passa anche per altre vie e riguarda ora anche la seconda parte della Costituzione, in termini di riforma (anche riformandola, la Costituzione si attua: l'aveva notato Meuccio Ruini presentando il progetto di Costituzione all'Assemblea costituente).

Il costituzionalismo deve far fronte a nuove sfide, quelle che provengono dal *popular constitutionalism*, che consigliano di *take the Constitution away from the Courts*, suggeriscono *Constitutional Disobedience* (Seidman 2012), o addirittura minacciano *the End of Constitutional Law* (Shinar 2014, 181), di mettere da parte la Costituzione e il giudice costituzionale, proponendo una *minimalist judicial review* (Gyorfi 2016).

Nel frattempo, il costituzionalismo fuori d'Italia riscopre il legame diritto costituzionale – scienza politica – diritto comparato, e segnala un rinascimento del diritto costituzionale comparato (Hirschl 2014). E si spinge oltre, studiando l'attività di amministrazioni che interpretano e attuano la Costituzione, verso quello che è stato chiamato *Administrative Constitutionalism*, ovvero la Costituzione messa in pratica dall'amministrazione (Mezger 2013, 1897 ss.).

Si aprono, dunque, prospettive nuove a una scienza pubblicistica che non voglia rimanere chiusa nella sua piccola provincia. Saremo capaci di incamminarci per queste nuove strade?

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. (1993), *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Milano, Giuffrè.

Camera dei deputati, Segretariato generale (1970), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei deputati, vol. I.

Cassese, S. (2001), *Martines e le due tradizioni del diritto costituzionale italiano*, in *Rassegna parlamentare*, 2.

Cassese, S. (2016), *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4.

Denquin, J.-M. (2000), *Repenser le droit constitutionnel*, in *Droits*, 32.

Elia, L. (1981), *La scienza del diritto costituzionale dal fascismo alla repubblica*, ora in *Id.* (2009), *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, Il Mulino.

Galizia, M. (1963), *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico*, CLXIV, fasc. 1-2.

Giannini, M.S. (1984), *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, Bulzoni.

Gyorfi, T. (2016), *Against the New Constitutionalism*, London, Elgar.

Hirschl, R. (2014), *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press.

Lanchester, F. (a cura di) (1989), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, ESI.

Mezger, G.E. (2013), *Administrative Constitutionalism*, in *Texas Law Review*, 2013, vol. 91.

Pasquino, P. (2016), *Costituzione e potere costituente: i due corpi del popolo*, in *Rivista di politica*, 4.

Ridola, P. (2001), *Gli studi di diritto costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4.

Seidman, L.M. (2012), *On Constitutional Disobedience*, Oxford, Oxford University Press.

Shinar, A. (2014), *The End of Constitutional Law?*, in *Constitutional Commentary*, 29, 81.

Silvestri, G. (1979), *La separazione dei poteri*, I, Milano, Giuffrè, p. V.

Silvestri, G. (2009), *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza.

Constitutional Justice and the Study of Public Law. The two great constitutional traditions, the British and the French, converge toward constitutional review. Italy is part of this trend, but the judicialization of constitutional law has had a negative impact on its public law scholarship, which is reflected by the loss of influence of Mortati's contribution.

Keywords: Constitutionalism, Convergence, Constitutional review, Judicialization, Mortati.

SABINO CASSESE è giudice emerito della Corte costituzionale e docente presso la "School of Government" dell'Università di Roma LUISS «Guido Carli».