



Rivista N°: 4/2015

DATA PUBBLICAZIONE: 06/11/2015

XXX Convegno annuale AIC – Roma 2015

LA SCIENZA COSTITUZIONALISTICA NELLE TRANSIZIONI ISTITUZIONALI E SOCIALI

AUTORE: Armin von Bogdandy* - Christoph Grabenwarter** - Peter M. Huber***

IL DIRITTO COSTITUZIONALE NEL DIRITTO PUBBLICO EUROPEO. L'ESEMPIO DELLA RETE ISTITUZIONALIZZATA DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE****

1. *La nuova prospettiva del diritto pubblico europeo.* – 2. *La rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale.* – 3. *Un “modello europeo” di giustizia costituzionale? Fondamenti e limiti di una figura concettuale.* – 4. *Un più solido fondamento per la comparazione giuridica.* – 5. *Conclusioni: la scienza costituzionalistica nel contesto del diritto pubblico europeo.*

1. La nuova prospettiva del diritto pubblico europeo

Il tema di questo convegno è “La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali”. Nel nostro contributo intendiamo proporre il concetto di “diritto pubblico europeo” come articolazione di tali transizioni. Vogliamo mostrare come questa cornice concettuale influenzi, e debba influenzare, il nostro modo di coltivare la scienza del diritto costituzionale.

Certamente l'integrazione europea è già da molto tempo oggetto di studio da parte dei costituzionalisti. Spesso, però, la prospettiva scelta è quella dell'europeizzazione dei sistemi nazionali: si lavora, quindi, con una matrice cognitiva basata sulla separazione tra dirit-

* Professore di Diritto pubblico presso la *Goethe-Universität* di Francoforte. Direttore del Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht di Heidelberg.

** Giudice della Corte costituzionale austriaca. Professore di diritto pubblico presso la *Wirtschaftsuniversität* di Vienna

*** Giudice del Tribunale costituzionale federale tedesco. Professore di diritto pubblico presso la Ludwig-Maximilians-Universität di Monaco.

**** *Stesura provvisoria.*

Il presente testo consiste in una rielaborazione di A. VON BOGDANDY, C. GRABENWARTER, P.M. HUBER, *Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum*, introduzione al volume VI di *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, curato dagli stessi autori e dedicato al tema della giustizia costituzionale, in corso di pubblicazione presso C.F. Müller, Heidelberg 2015. Traduzione dal tedesco di Giacomo Rugge. Si ringraziano Davide Paris e Sabrina Ragone per il loro prezioso contributo nella stesura di questo testo.

to europeo e diritto nazionale. Indubbiamente tale separazione è essenziale per studiare molti fenomeni giuridici di scala europea, come la validità, la legalità, la legittimità e gli effetti di un atto o le procedure per controllarlo: per far ciò, è imprescindibile ascrivere l'atto a un ordinamento specifico. Ma per arricchire la nostra conoscenza, è utile coniugare questa prospettiva con altri concetti: il concetto di diritto pubblico europeo, infatti, può aiutarci in maniera decisiva a comprendere alcune transizioni costituzionali nazionali, che difficilmente possono essere spiegate senza situarle in questa cornice più ampia. Si procederà, quindi, da una prospettiva austriaca e tedesca, con tutte le limitazioni che ciò comporta, a tratteggiare brevemente i confini di questo concetto e a mostrare poi la sua utilità ai fini dello studio di un tema in particolare: la giustizia costituzionale.

Esiste un diritto pubblico europeo? Esiste senz'altro un diritto pubblico dell'Unione europea. Ma il diritto pubblico europeo, se esiste, deve essere molto di più del diritto pubblico dell'Unione, e deve comprendere tutto il diritto che istituzionalizza, guida e limita l'esercizio di potere pubblico nello "spazio giuridico europeo". In quest'accezione, pertanto, il diritto pubblico europeo è soprattutto diritto nazionale ed è composto da numerosi ordinamenti. Tuttavia, il concetto implica che tutti questi diversi diritti formino un insieme, quali componenti dello spazio giuridico europeo.

Il concetto di "spazio giuridico europeo" non è un'invenzione accademica. Al contrario, esso trova fondamento in importanti norme dei Trattati. Si pensi, ad esempio, all'art. 3 TUE: "L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne"; oppure al Titolo V del TFUE ("Spazio di libertà, sicurezza e giustizia") e in particolare all'art. 67: "L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri"; oppure, a un articolo importante, almeno per noi studiosi, l'art. 179 TFUE, il quale prescrive "la realizzazione di uno spazio europeo della ricerca". È un concetto forte anche per il pensiero politico perché, con il suo uso nell'ambito dell'Unione, "si stabiliscono dei processi sociali, si definiscono delle appartenenze politiche e si determinano degli spazi di sovranità e di validità del diritto".¹ Si tratta di una semantica che evoca l'idea di comunità politica, anche grazie al riferimento esplicito che i Trattati fanno al diritto, alla libertà e alla sicurezza, nel citato art. 3 TUE.

Il diritto pubblico europeo, quale diritto dello spazio giuridico europeo, offre oggi una promettente cornice concettuale per studiare il fenomeno della transizione della giustizia costituzionale. Esso, infatti, rende immediatamente l'idea che le corti nazionali sono collocate in un'area più ampia, verso la quale, in qualche modo, hanno delle responsabilità. Certo, i concetti di diritto pubblico europeo e di spazio giuridico europeo sono oggi ancora dei *fuzzy con-*

¹ U. JUREIT, N. TIETZE, *Postsouveräne Territorialität* e N. TIETZE, "Räume und Träume": *Ordnungsimaginationen in der Europäischen Union*, entrambi in *Postsouveräne Territorialität: Die Europäische Union und ihr Raum*, a cura di U. JUREIT, N. TIETZE, Hamburg 2015, 7 e 70 ss. rispettivamente. Sul concetto di spazio giuridico v. anche G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1 ss.

cepts,² cioè concetti vaghi, volatili. Ma questo tipo di concetti può dimostrarsi particolarmente utile in costellazioni complesse e dinamiche.

Nello spazio giuridico europeo le corti, e in particolare le corti costituzionali, sono attori importanti: attraverso le loro decisioni concorrono alla formazione di quest'ultimo, dando vita, con la loro interrelazione, a una dinamica del tutto originale, cioè a un'integrazione, una costruzione dello spazio europeo non guidata dalle istituzioni dell'Unione. Il punto centrale qui affrontato non è tanto l'intrecciarsi di diritto primario dell'UE, diritto CEDU e costituzioni nazionali, già oggetto di numerosi studi anche da parte della dottrina italiana.³ Ci si concentra piuttosto sull'associarsi spontaneo, ma sempre più forte ed evidente, tra le diverse corti nazionali.⁴ Questa interazione pare ormai di rilevanza sistemica: si delinea quindi un *Verfassungsgerichtsverbund*,⁵ una *rete istituzionalizzata*⁶ o forse addirittura una *unione* della giustizia costituzionale, cui appartengono gli organi nazionali che hanno il compito di esercitare tale giurisdizione. Questa interazione genera transizioni e conduce a vere e proprie trasformazioni di conoscenze consolidate, prassi, identità, valori ed equilibri di potere. È proprio su questi profili che vorrei concentrarmi, sostenendo tre tesi fondamentali:

(1) tra le corti con funzioni riconducibili alla giustizia costituzionale si è sviluppata una rete istituzionalizzata, un *Verbund*, con un effetto profondo e trasformativo;

(2) questa rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale costringe a ripensare concetti tradizionali della scienza costituzionalistica europea, tra cui l'idea di un modello europeo di giustizia costituzionale;

² M. REIMANN, *The American Advantage in Global Lawyering*, in *RabelsZ*, 2014, 21-23.

³ L'aspetto dell'impatto della Corte di giustizia dell'UE e della Corte EDU sulla giustizia costituzionale nazionale, che non si affronta in questo contributo, è stato oggetto di approfondite analisi. Nella dottrina italiana v., fra le trattazioni più recenti, A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi*, Milano 2012; *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, a cura di L. CAPPUCCIO ed E. LAMARQUE, Napoli 2013. Più in generale: V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, New Haven & London 2009, 122 ss.

⁴ Cfr. M.R. FERRARESE, *Dal "verbo" legislativo a chi dice l'"ultima parola": le Corti costituzionali e la rete giudiziaria*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* 2011, 63; S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Accademia delle Scienze di Torino: "Inaugurazione del 232° Anno Accademico dell'Accademia delle Scienze di Torino"* 2015, 20 ss.

⁵ A. VORBUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *EuConst* 2010, 190 e 191, il quale tuttavia si concentra soprattutto sull'interazione 'verticale' tra corti costituzionali nazionali, Corte di giustizia dell'UE e Corte EDU e meno, invece, sull'interazione orizzontale, la quale costituisce l'interesse primario di queste pagine. In Italia, il concetto di *Verbund* ha trovato diffusione e utilizzo soprattutto nell'ambito della dottrina amministrativistica. Sul punto, v. L. DE LUCIA, *Strumenti di cooperazione per l'esecuzione del diritto europeo*, in *L'amministrazione europea e le sue regole*, a cura di Id. e B. MARCHETTI, Bologna 2015, 171 ss. Per altre definizioni del medesimo fenomeno, v. C. FRANCHINI, *Les notions d'administration indirecte et de coadministration*, in *Droit Administratif Européen*, a cura di J.-B. AUBY e J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Bruxelles 2007, 245, 252 ss.; M. CLAES, M. DE VISSER, *Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks*, in *Utrecht Law Review* 2012, 100.

⁶ Sul concetto di rete nella ricerca sociologica, v. H. LAUX, *Soziologie im Zeitalter der Komposition: Koordinaten einer integrativen Netzwerktheorie*, Weilerswist 2014. Per l'applicazione cfr. I. PERNICE, *La Rete Europea di Costituzionalità. Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie*, in *ZaöRV* 2010, 51 ss.

(3) la comparazione costituzionale e l'uso dell'argomento comparato da parte delle corti costituzionali, che rappresentano una delle espressioni più evidenti del consolidarsi di questa rete, trovano oggi una legittimazione più solida nei Trattati europei.

2. La rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale

Se è vero che una "global community of judges" rappresenta un fenomeno ancora in fase embrionale⁷, vi sono, invece, chiare indicazioni dell'esistenza di una tale realtà nello spazio giuridico europeo. Nel corso degli ultimi anni si è infatti consolidata e, per certi versi, istituzionalizzata, una forte interazione tra le corti. Il giudice del *Verfassungsgerichtshof* austriaco Christoph Grabenwarter, co-autore di questo testo, ha affermato nel 2014, riassumendo i dibattiti della XVI Conferenza delle corti costituzionali europee, che "la prassi odierna della giustizia costituzionale non è l'attività isolata di giudici supremi, attraverso cui si sviluppa in via interpretativa un segmento ben delimitato del diritto [...]. Piuttosto, a fondamento di questa c'è un processo interpretativo e applicativo del diritto più complesso, capace di favorire e sostenere l'integrazione [europea]"⁸.

Una parte significativa di questa interazione ha carattere del tutto informale: molti giudici rimangono in costante, stretto contatto con colleghi di altri paesi e hanno regolarmente occasione di informarsi e scambiare opinioni nel corso di visite e congressi.⁹ A ciò si aggiungano gli innumerevoli aneddoti che confermano l'esistenza di ulteriori forme di comunicazione personale e informale tra giudici di diversi paesi,¹⁰ nonché il numero sempre maggiore di assistenti dei giudici che hanno acquisito una solida formazione europea ed internazionale. Contemporaneamente, i singoli giudici costituzionali partecipano al dibattito a livello europeo intervenendo a incontri e conferenze.

Esistono, tuttavia, anche sedi istituzionali in cui si consolida questa rete della giustizia costituzionale europea. Un *forum* particolarmente importante è la Conferenza delle corti costituzionali europee, nata nel 1972 con l'idea di favorire il consolidamento della giustizia co-

⁷ Cfr. A. WIENER, P. LISTE, *Lost Without Translation? Cross-Referencing and a New Community of Courts*, in *Ind. J. Global Legal Stud.* 2014, 263 ss.

⁸ C. GRABENWARTER, *Zusammenfassung der Ergebnisse der vorangegangenen Sitzungen für den XVI. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*, in *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa: Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven*, a cura di Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich, Wien 2015, 174, ove si afferma che "die heutige Praxis der Verfassungsgerichtsbarkeit [...] nicht die isolierte Tätigkeit von Höchststrichern ist, die eine klar abgegrenzte Rechtsschicht interpretativ zu erschließen und verbindlich zum Maßstab zu machen hat. Vielmehr liegt ihr ein komplexer und integrativer Interpretations- und Rechtsanwendungsvorgang zugrunde".

⁹ Cfr. M. CLAES, M. DE VISSER, *Courts United? On European Judicial Network*, in *Lawyering Europe*, a cura di A. VAUCHEZ e B. DE WITTE, Oxford 2013, 75.

¹⁰ Cfr., per la Corte costituzionale italiana, S. CASSESE, *Dentro la Corte: Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015, 248-249; per il *Bundesverfassungsgericht*, P.M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, Baden-Baden 2014, 68 e S. MARTINI, *Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court*, in *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, a cura di T. GROPPi e M.-C. PONTHEAU, Oxford 2013, 229, 252.

stituzionale nei paesi socialisti.¹¹ Inizialmente essa operava secondo logiche e dinamiche simili a quelle delle riunioni diplomatiche. Oggi, grazie al processo d'integrazione europea, essa ha dato vita a una vera e propria rete istituzionalizzata che unisce in modo sempre più stretto gli organi che in Europa esercitano la giustizia costituzionale.

Tenendo conto della diversità europea in materia di giustizia costituzionale, la cerchia di giudici rappresentati nella Conferenza supera le corti costituzionali in senso stretto. Ad esempio, si considera corte costituzionale ai sensi dell'art. 6 dello Statuto della Conferenza anche il Tribunale federale svizzero, sebbene questo non abbia la competenza a dichiarare illegittime e a invalidare le leggi federali, oppure l'*Hoge Raad* olandese che non dispone, al pari degli altri giudici olandesi, del potere di dichiarare costituzionalmente illegittima una legge. La Corte di Giustizia dell'UE e la Corte EDU godono dello status di osservatori dal 1981, la Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, invece, dal 1996.¹² Secondo il Preambolo e l'art. 3 dello Statuto, uno degli obiettivi principali della Conferenza è quello di sostenere l'adattamento della funzione svolta dai giudici costituzionali al nuovo contesto paneuropeo, cioè accompagnare una transizione¹³.

A giudicare dai comunicati ufficiali, l'interazione tra le corti in questa sede sembra fruttuosa. Nel 2007, nella sua funzione di rappresentante della Conferenza delle corti costituzionali europee, il presidente della Corte costituzionale lituana, Egidijus Kūris, ha fatto riferimento nel corso della V Conferenza delle corti costituzionali asiatiche a una "*community of European constitutional courts*".¹⁴ Si può quindi affermare che la densità dell'interazione tra corti europee è certamente molto più forte di quella osservabile a livello globale.

Un'altra istituzione che pone in reciproco contatto le corti costituzionali europee in maniera indiretta è la Commissione di Venezia, composta soprattutto da giudici o ex-giudici costituzionali.¹⁵ La Commissione porta avanti due iniziative di rilievo giuscomparatistico, che contribuiscono notevolmente alla fortificazione della rete. La prima è il *Bulletin on Constitutional Case-Law*, che dal 1993 pubblica riassunti delle pronunce più importanti adottate da

¹¹ Cfr. L. SÓLYOM, *Das ungarische Verfassungsgericht*, in *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band VI*, cit., par. 11. A tale riguardo, è interessante ricordare che, tra i membri che parteciparono alla Conferenza fondata del 1972 a Dubrovnik, era presente, oltre alle corti costituzionali tedesca, italiana e austriaca, anche la Corte costituzionale della ex-Jugoslavia. Sull'importanza dell'ammissione alla Conferenza per i Paesi di nuova democrazia v. G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, in *La giustizia costituzionale in Europa*, a cura di M. OLIVETTI e T. GROPPI, Milano 2003, XIII.

¹² Cfr. *40 Jahre Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*, a cura di VERFASSUNGSGERICHTSHOF DER REPUBLIK ÖSTERREICH, Wien 2012, 43 ss.

¹³ Il Preambolo dello Statuto recita: "*The Presidents of European Constitutional Courts and other similar European institutions exercising constitutional jurisdiction declare their intention to organize [...] regular specialised conferences with a view to sharing experience as regards constitutional practice and jurisprudence in a general European context and to maintaining regular contacts between these courts and institutions [...]*".

¹⁴ Il discorso è disponibile alla pagina web della corte costituzionale coreana: www.ccourt.go.kr/home/english/introduction/pdf/09.pdf.

¹⁵ In generale, sulla Commissione di Venezia, v. H. STEINBERGER, *Venice Commission*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Volume X*, a cura di R. WOLFRUM, Heidelberg, 2012, 640; W. HOFFMANN-RIEM, *The Venice Commission of the Council of Europe: Standards and Impact*, in *EJIL* 2014, 579.

oltre sessanta corti costituzionali o supreme, redatti dagli assistenti dei giudici, con lo scopo di “favorire lo scambio d’informazioni tra le corti e aiutare i giudici a risolvere delicate questioni giuridiche che spesso emergono simultaneamente in diversi paesi”.¹⁶ La seconda, l’*InfoBase on Constitutional Case Law - CODICES*,¹⁷ è ancora più ampia e comprende oltre 7000 pronunce in inglese e francese. Questo strumento è pensato essenzialmente come un sostegno per il lavoro comparato dei giuristi¹⁸ e un uso più efficace del suo potenziale è parte dell’agenda degli anni a venire.

Accanto a queste forme di coordinamento aperte a un numero elevato di corti esistono numerosi esempi di incontri limitati a un numero più ristretto di paesi. Nel c.d. “Sechser-Treffen” si dà vita a un confronto ristretto alle corti costituzionali di lingua tedesca, il quale comprende, oltre alle corti costituzionali tedesca e austriaca, il Tribunale di Stato del Principato del Lichtenstein, il Tribunale federale svizzero nonché la Corte di giustizia dell’UE e la Corte EDU.¹⁹ Un *forum* simile è costituito dagli incontri trilaterali regolarmente organizzati dalle corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese.²⁰ A ciò si aggiungono i numerosi incontri bilaterali fra le singole Corti.

Allo stesso tempo, le corti costituzionali consolidano la rete europea attraverso la diffusione in altri paesi e in altre lingue delle proprie decisioni. Sono proprio queste, infatti, a rappresentare l’oggetto principale della comunicazione che le unisce. Ad oggi, le pronunce dei giudici costituzionali nazionali sono di crescente interesse in tutto lo spazio giuridico europeo, non solo nel territorio nazionale. Appare ormai sempre più normale che le decisioni assunte in uno Stato membro influiscano sull’attività giudiziaria di un altro Stato membro, anche quando tali pronunce non sono espressamente citate.²¹ Sembra emergere e consolidarsi l’impulso a “trovare ascolto al di fuori della propria comunità nazionale di riferimento”.²² per questo molte corti nazionali traducono in inglese le pronunce più importanti e le rendono reperibili online.

Ci si trova, dunque, davanti a un fenomeno importante della costruzione europea che si caratterizza per l’emergere e il diffondersi di *fora* tesi alla costruzione di una rete istituzionalizzata di giustizia costituzionale. Impiegando il concetto di “rete”, non si intende negare l’esistenza di asimmetrie. Al contrario, le relazioni relative ai differenti paesi presentate nel corso del XVI congresso della Conferenza delle corti costituzionali europee mostrano che gli studi comparati solo di rado comprendono gli indirizzi giurisprudenziali di tutte le corti costitu-

¹⁶ Cfr. www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_02_Bulletins.

¹⁷ Cfr. www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm.

¹⁸ Cfr. www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01_Constitutional_Justice

¹⁹ Talvolta vengono pubblicati dei resoconti di questi incontri: H.-J. PAPIER, *Erstes Arbeitstreffen deutschsprachiger Verfassungsgerichte und europäischer Gerichte*, in *EuGRZ* 2006, 481 ss.

²⁰ Cfr. www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_199.do.

²¹ A conferma di quanto affermato nel testo, si vedano le relazioni per paese presentate nel corso del XVI Congresso della Conferenza delle corti costituzionali europee, in *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa*, cit.

²² M. WENDEL, *Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive*, in *Der Staat* 2013, 339 ss., 364.

zionali che partecipano alla rete, e che il più delle volte la comparazione avviene in forma selettiva. Un ruolo speciale viene riconosciuto di norma solo a poche corti e, in particolare, al *Bundesverfassungsgericht*,²³ che viene citato piuttosto spesso.²⁴

Le ragioni delle disparità tra le corti possono essere molteplici. Il presidente della Corte costituzionale ceca ha affermato che la sua corte si è “identificata” nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca e si è “in essa riconosciuta”.²⁵ Ciò dipende non solo dal fatto che il *Bundesverfassungsgericht* si trova in una posizione particolarmente forte, cui anche altre corti forse aspirano,²⁶ ma anche dal fatto che la traduzione e l’analisi della giurisprudenza di tutte le corti che partecipano alla rete possono risultare estremamente dispendiose in termini economici e di tempo. Sorge, quindi, la necessità di fare una selezione, alla luce della lingua e dell’autorevolezza delle diverse corti. Allo stesso tempo, l’accentuata importanza della Corte costituzionale federale tedesca dipende anche dal peso economico della Germania e dalla politica accademica della Repubblica federale: non pochi giudici costituzionali di altri paesi europei, infatti, hanno svolto periodi di ricerca, più o meno lunghi, in Germania.²⁷ Al contrario, ordinamenti giuridici in cui vi sono condizioni meno favorevoli vengono di rado presi in considerazione.²⁸ Tuttavia, alla luce del principio di parità dei diversi assetti costituzionali, un ulteriore sviluppo dell’interazione orizzontale tra le corti richiede che si ponga attenzione a tali asimmetrie. Di qui l’importanza della partecipazione di tutte le corti costituzionali alla banca dati *CODICES* e della disponibilità delle stesse a tradurre le proprie pronunce in inglese e a renderle reperibili online.²⁹

Se dunque il consolidamento di una rete fra le corti costituzionali dei paesi europei è ad oggi una realtà innegabile, le ragioni di questo impulso al coordinamento fra le corti na-

²³ Cfr. le relazioni relative a Croazia, Ungheria, Polonia e Slovenia in *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa*, cit., 364 ss., 549 ss., 747 ss., 923 ss.

²⁴ Cfr. C. GRABENWARTER, *Generalbericht*, in *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa*, cit., 63 ss., 86.

²⁵ P. RYCHETSKÝ, *Quelques remarques touchant à la coopération des Cours constitutionnelles en Europe et à leurs perspectives*, in *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa*, cit., 105 ss. Tuttavia la seconda sentenza della Corte costituzionale ceca sul Trattato di Lisbona (Pl. ÚS 29/09, decisione del 3.11.2009) prende nettamente le distanze dall’approccio espresso dal *Bundesverfassungsgericht* nel suo *Lissabon-Urteil* (BVerfGE 123, 267): cfr. THE EDITORS AND J. KOMAREK, *The Czech Constitutional Court’s Second Decision on the Lisbon Treaty of 3 November 2009*, in *EUConst* 2009, 345.

²⁶ C. SCHÖNBERGER, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS e C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, 11 ss.

²⁷ A. JAKAB, *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Ungarn*, in *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band II*, a cura di A. VON BOGDANDY, P. CRUZ VILLALÓN e P.M. HUBER, Heidelberg 2007, 777 ss., par. 66.

²⁸ M. BOBEK, Landtová, Holubec, *and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Rulings Procedure*, in *EuConst* 2014, 54 ss.

²⁹ In questo senso è apprezzabile che alcune corti costituzionali di ordinamenti più piccoli e con lingue difficilmente accessibili traducano un gran numero di pronunce e le rendano reperibili on line, il che riflette chiaramente la loro volontà di partecipare a pieno titolo alla rete della giustizia costituzionale. Cfr., in particolare, le pubblicazioni in lingua inglese delle corti lituana (www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170), lettone (www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=2&mid=19) o slovacca (www.us-rs.si/en/case-law/search-3441/).

zionali non sono state ancora oggetto di analisi approfondite. Pare che questa stretta interazione fra le corti persegua lo scopo di rafforzare il compito delle corti costituzionali principalmente in quattro ambiti:

a) nel *collegamento* tra giudici nazionali e corti europee. Recependo le pronunce delle corti europee e citandole coerentemente, le corti costituzionali svolgono una funzione essenziale nel garantire la diffusione all'interno del proprio ordinamento della giurisprudenza europea tra i giudici comuni. La Conferenza delle corti costituzionali europee rappresenta un luogo privilegiato in cui discutere e meglio definire il ruolo da attribuire alle pronunce europee, un tema al quale la Corte costituzionale italiana ha dato un contributo particolarmente significativo;³⁰

b) nella *europizzazione* della cultura giuridica all'interno degli ordinamenti nazionali. A prescindere dal significato preciso che si voglia attribuire all'idea di cultura giuridica,³¹ essa ha certamente a che vedere, come ogni forma di cultura, con orientamenti, identità e pratiche sociali.³² Una cultura giuridica europea non può quindi svilupparsi solamente sulla base del diritto dell'UE o della giurisprudenza della Corte EDU. Essa postula, invece, un'interazione forte tra le autorità giurisdizionali nazionali. Di qui l'importanza del superamento dei confini linguistici, dello scambio costante delle pronunce, del regolare dialogo così come dello sviluppo di istituti giuridici e di modalità argomentative diffusi a livello europeo.³³ La rete istituzionalizzata delle corti costituzionali contribuisce quindi in maniera decisiva allo sviluppo del diritto pubblico europeo, aiutando le corti degli Stati membri a perfezionare orientamenti e modalità di lavoro, nonché promuovendo una comune terminologia e, quindi, una comune cultura giuridica;

c) nella *legittimazione* di specifici orientamenti giurisprudenziali: maggiore è il numero delle corti costituzionali che aderiscono a una determinata interpretazione di un diritto, più facile sarà per le altre corti giustificare tale interpretazione nelle proprie sentenze. Non a caso, le pronunce dei giudici nazionali facilitano l'accertamento del c.d. consenso europeo, uno strumento argomentativo importante – ancorché non privo di profili critici – impiegato dalla Corte EDU, la quale spesso se ne serve per giustificare l'adattamento e l'aggiornamento del diritto sancito nella Convenzione;

d) nel *controllo sull'esercizio del potere pubblico a livello sovranazionale*, incluso quello delle corti europee, che le corti costituzionali esercitano attraverso il controllo del rispetto dell'identità nazionale, vale a dire attraverso la tutela dei principi fondamentali previsti nelle diverse costituzioni nazionali, e attraverso il c.d. controllo *ultra vires*, il quale tutela gli ordinamenti nazionali da gravi e patenti sconfinamenti di competenza da parte degli organi europei.

³⁰ Il riferimento è, ovviamente, alla giurisprudenza costituzionale inaugurata dalle sentenze gemelle nn. 348 e 349/2007, fino alla recente pronuncia n. 49/2015.

³¹ Si veda anche l'ampia accezione suggerita da P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, 2009, 104-111.

³² T. EAGLETON, *Was ist Kultur?: Eine Einführung*, München 2001.

³³ Si veda, al riguardo, C. GRABENWARTER, *Generalbericht*, cit., 63.

Le corti nazionali svolgono qui funzioni al servizio del diritto pubblico europeo, non solo di un ordinamento nazionale. Certamente, le funzioni appena elencate possono essere svolte anche da una sola corte isolatamente; tuttavia, un'azione che trova riscontro nell'operato di altre corti sarà più efficace e più legittima. Lo dimostra chiaramente l'ultimo esempio citato, quello dello sviluppo delle dottrine dei controlimiti e del rispetto dell'identità nazionale. Infatti, se tali dottrine si rinvergono in termini simili nella giurisprudenza di numerose corti costituzionali, difficilmente potrà sostenersi che queste stiano cercando di imboccare un *Sonderweg*, allontanandosi così dal comune cammino europeo.

3. Un “modello europeo” di giustizia costituzionale? Fondamenti e limiti di una figura concettuale

La domanda riguardante l'esistenza di un modello europeo di giustizia costituzionale e le sue caratteristiche, ha tenuto a lungo impegnata la dottrina costituzionalistica europea. Generalmente si ritiene che le radici di questo modello affondino nella capacità innovativa di Kelsen, negli autori delle costituzioni austriaca, cecoslovacca e spagnola nel periodo tra le due Guerre Mondiali, nonché nell'operato di successo del *Bundesverfassungsgericht* e della Corte costituzionale italiana a partire dagli anni '50.³⁴ Numerosi paesi che nel secolo scorso hanno superato forme di stato autoritarie a favore dello stato democratico di diritto si sono orientati in questa direzione.³⁵ Uno studio del Consiglio d'Europa ha confermato la particolare idoneità del cosiddetto modello kelseniano a garantire la protezione giuridica richiesta a livello europeo.³⁶ Come noto, elemento costitutivo di questo modello è la presenza di una competenza accentrata e di carattere generale, che si traduce nell'istituzione di una corte specificamente deputata al controllo di costituzionalità, ossia chiamata a vagliare le leggi dello stato assumendo come parametro di riferimento la costituzione e a dichiararne l'illegittimità in caso di contrasto con questa.

³⁴ Si veda P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., 31 ss., 277 ss., anche con riguardo alle ragioni del suo fallimento, 417 ss.; T. GROPPI, *Introduzione: Alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*, in *La giustizia costituzionale in Europa*, cit., 1 ss.; V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values*, cit., 5 ss. In termini critici verso la distinzione tra modello americano e modello europeo, cfr. *ex multis* G. TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, Bologna 2009; L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata: Dai modelli ai sistemi*, Torino 2015.

³⁵ Cfr. W. SADURSKI, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2014. Secondo J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, in *Tex. L. Rev.* 2004, 1671 ss., “European constitutional adjudication is essentially a postauthoritarian phenomenon” (1674).

³⁶ Si veda la relazione per la Commissione di Venezia di H. STEINBERGER, *Models of Constitutional Jurisdiction*, CDL-STD(1993)002, Strasbourg 1993.

Dal nostro lavoro sulla funzione di controllo della legittimità costituzionale nei paesi europei,³⁷ siamo giunti alla conclusione che oggi, per le sfide che prospetta l'integrazione europea, si dovrebbe abbandonare l'idea di un modello europeo di giustizia costituzionale. L'idea di un modello europeo, infatti, ancorché apprezzabile come sforzo dottrinario, non riesce però a riflettere le molteplici sfumature che caratterizzano la giustizia costituzionale in Europa e che sono essenziali per la comprensione del fenomeno nello spazio giuridico europeo. A stento sembra potersi individuare un *tipo* di protezione della costituzionalità liberaldemocratica che *non* trovi in Europa una sua espressione concreta.³⁸ Non appare quindi possibile estrapolare né un modello analitico, capace di riflettere i diversi meccanismi nazionali di giustizia costituzionale, né tantomeno un modello normativo, che indichi una determinata configurazione a discapito di altre. Questo, peraltro, trova corrispondenza nella precisa intenzione dei redattori dei Trattati: infatti, partendo dal presupposto che, come prescrive l'art. 4 par. 2 TUE, “[l’]Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri [...] e la loro identità nazionale”, i meccanismi di garanzia costituzionale che caratterizzano ciascun ordinamento hanno pari dignità. Ciò comporta inevitabilmente l'accettazione degli elementi di differenza.

In Europa troviamo innanzitutto la più significativa eccezione a quanto di norma osservabile nelle democrazie liberali contemporanee: l'ordinamento britannico, la cui peculiare Costituzione manca da sempre del carattere della rigidità³⁹ che, come insegna Kelsen, è il presupposto logico del controllo di costituzionalità delle leggi.⁴⁰ Questo spiega perché le corti britanniche abbiano svolto, almeno fino in tempi più recenti, una funzione di garanzia costituzionale estremamente ridotta.⁴¹ In questo senso, dunque, l'Europa non solo manca di un modello unitario di giustizia costituzionale, ma addirittura presenta, tra gli ordinamenti che la compongono, la più significativa eccezione al principio della rigidità della Costituzione.

Nell'Unione europea vi sono poi stati privi di una vera e propria corte costituzionale: questo vale, oltre che per il Regno Unito, per la Danimarca, l'Estonia, la Finlandia, la Grecia, l'Irlanda, l'Olanda, la Svezia e Cipro. Fra questi paesi, inoltre, in alcuni casi non solo manca un organo giurisdizionale specializzato, istituito appositamente per svolgere la funzione di

³⁷ Cfr. *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band VI, cit.

³⁸ Una completa visione d'insieme dei differenti modelli è offerta da L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di Id., Padova 2009, 5 ss.

³⁹ Cfr. già J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, in Id., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford 1901, 124 ss., 130: “In England the laws called constitutional differ only in respect of their subject-matter from other laws, though we call them in their totality ‘the British Constitution’, is alterable by the ordinary legislative authority at any moment, just like other laws”.

⁴⁰ Cfr. H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin und Leipzig, 1929, trad. italiana a cura di C. GERACI, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, 149-150, riferendosi alle monarchie assolute: “Non c'è quindi una particolare forma costituzionale, cioè norme giuridiche che assoggettino a regole diverse la formazione delle leggi e la revisione della costituzione; il problema della costituzionalità delle leggi non ha senso, qui”.

⁴¹ Cfr. M. LOUGHLIN, *Großbritannien*, in *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band I, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, a cura di A. VON BOGDANDY, P. CRUZ VILLALÓN e P.M. HUBER, Heidelberg 2007, 217 ss., par. 63-68.

controllo di costituzionalità delle leggi, ma in alcuni casi non esiste alcun giudice che possa esercitare questa funzione.⁴² La costituzione finlandese, ad esempio, assegna primariamente il controllo delle leggi a una commissione parlamentare e non a un organo appartenente al potere giudiziario. Ancora, la costituzione olandese proibisce espressamente ai giudici di annullare le leggi in caso di contrasto con la Costituzione. Una previsione analoga si rinviene anche nella costituzione federale svizzera rispetto alle leggi federali. Tali scelte normative non vanno intese come reminiscenze infelici di un tempo passato; al contrario, esse sono state il prodotto di ampi dibattiti a livello politico-istituzionale alla fine del XX secolo, ossia l'epoca d'oro del costituzionalismo.⁴³

Inoltre, anche all'interno del gruppo di stati che dispongono di corti espressamente deputate all'esercizio del controllo di costituzionalità delle leggi si possono osservare differenze spesso così significative da rendere assai problematica l'identificazione di un modello unitario in grado di favorire la comparazione tra gli ordinamenti. Così, ad esempio, l'estensione delle competenze della Corte di Karlsruhe non paiono compatibili con il modello originario di Kelsen, secondo cui la corte costituzionale si sarebbe dovuta limitare a controllare l'operato del legislatore. Nemmeno si può sostenere che la corte costituzionale federale tedesca possa costituire *il* modello europeo.⁴⁴ Una tale affermazione sarebbe incompatibile con la molteplicità e le differenze della giustizia costituzionale in Europa e trascurerebbe il principio fondamentale della parità degli stati e dello loro rispettive identità costituzionali. Anche se i più recenti progetti di riforma costituzionale si sono intensamente confrontati con la Corte di Karlsruhe e, talvolta, ne hanno addirittura copiato degli elementi, esistono tuttavia vari casi in cui la recezione del modello tedesco non ha intenzionalmente avuto luogo. Si pensi, ad esempio, alla Finlandia, ove è stata proprio la tendenza del *Bundesverfassungsgericht* ad adottare decisioni spesso di ampia portata a fornire un forte argomento contro l'istituzione di una corte costituzionale.⁴⁵

Ciò che, però, ci preme fare in questa sede, non è tanto inserirci nel dibattito sull'esistenza e sui caratteri del modello europeo-kelseniano di giustizia costituzionale, quanto piuttosto sottolineare come proprio l'interazione fra le corti in Europa stemperi la differenza fra paesi che hanno una corte costituzionale secondo il modello kelseniano e paesi che ne sono privi, rendendo così meno essenziale il tentativo della dottrina di definire le caratteristiche di questo modello. Esemplificando, la *UK Supreme Court* e la *Hoge Raad* olandese partecipano a pieno titolo alla missione comune delle corti costituzionali di costruire uno spazio giuridico europeo di libertà, sicurezza e giustizia, anche se certamente non sono corti costituzionali secondo il modello europeo-kelseniano. Si pensi, ad esempio, al fatto che la pagina web della Corte costituzionale italiana pubblica mensilmente un bollettino sulla giurisprudenza

⁴² Per gli esempi che seguono v. i contributi di K. TUORI, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Finnland*, par. 30 ss.; L. BESSELINK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den Niederlanden*, par. 1 ss., 46 ss.; G. BIAGGINI, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, par. 32 ss., tutti in *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band VI, cit.

⁴³ B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Va. Law Rev.* 1997, 771 ss.

⁴⁴ S. ISSACHAROFF, *op. cit.*, 138 ss.

⁴⁵ Cfr. K. TUORI, *op. cit.*, § 71, 82 ss., 117.

za costituzionale straniera, in cui si dà conto anche delle principali sentenze della *Supreme Court* inglese: non credo che una decisione di questa corte in materia di diritti fondamentali abbia un'influenza minore sulla corte italiana solo perché proviene da un organo giudiziario che non può essere considerato una corte costituzionale secondo il modello europeo-kelseniano. Ciò che ci pare veramente decisivo è l'esistenza di una corte con la funzione di esprimere autorevolmente i valori giuridici propri di un certo sistema e di farsene portavoce nello spazio giuridico europeo, indipendentemente dal fatto che possa rigorosamente qualificarsi come corte costituzionale o meno: non a caso l'art. 6, co. 2 dello Statuto della Conferenza delle corti costituzionali europee prevede che "*only one institution from each country may be granted the status of full or associate member*".

Da questo punto di vista, mi sembra assai significativo che le due realtà che maggiormente sostengono la rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale nello spazio giuridico europeo accolgano oggi delle definizioni di giustizia costituzionale estremamente ampie. Ai sensi dell'art. 6 del proprio statuto, la Conferenza delle corti costituzionali europee accoglie come propri membri "*European Constitutional Courts and similar European institutions which exercise constitutional jurisdiction, in particular reviewing the conformity of legislation and which conduct their judicial activities in accordance with the principle of judicial independence, being bound by the fundamental principles of democracy and the rule of law and the duty to respect human rights*". Il controllo della legittimità costituzionale delle leggi non sembra essere più un elemento decisivo, in quanto l'accento viene posto in particolare sul ruolo di tutela della natura liberaldemocratica degli ordinamenti. Ancora più ampia è la nozione fornita dalla Commissione di Venezia nei suoi studi sulle corti costituzionali: "*The term 'constitutional courts' refers not only to judicial bodies with the name 'Constitutional Court' but also to equivalent bodies of last instance which review constitutionality*".⁴⁶ Mi pare quindi che proprio l'interazione a livello europeo stia cambiando il concetto stesso di giustizia costituzionale, allontanandolo dalla prospettiva di una rigida ricostruzione di un modello europeo di giustizia costituzionale.

4. Un più solido fondamento per la comparazione giuridica

Come sopra accennato, l'aumento delle citazioni reciproche da parte delle corti costituzionali dei paesi europei è una delle manifestazioni più evidenti del consolidamento progressivo di una rete europea della giustizia costituzionale. Si deve però rimarcare che non esiste un consenso circa il valore da attribuire agli atti giuridici e alle figure dogmatiche di altri

⁴⁶ Cfr. il rapporto adottato dalla Commissione di Venezia nel corso della sua 46esima sessione plenaria dal titolo *Decisions of constitutional courts and equivalent bodies and their execution*, CDL-INF(2001)9, Strasbourg 2001, 9. Sulla base della definizione richiamata nel testo, anche alle corti del Regno Unito può attribuirsi la funzione di giudici costituzionali, in particolare con riferimento allo *Human Rights Act*. Sul punto, si veda anche il rapporto adottato dalla Commissione di Venezia nel corso della sua 85esima sessione plenaria dal titolo *Study on individual access to constitutional justice*, CDL-AD(2010)039rev., Strasbourg 2011, 8.

ordinamenti.⁴⁷ In questo campo è nota la critica più radicale, espressa dalla *dissenting opinion* di Antonin Scalia nel caso in cui la *Supreme Court* americana ha affrontato il problema della costituzionalità della pena capitale nei confronti dei minori: “*The basic premise of the Court’s argument – that American law should conform to the laws of the rest of the world – ought to be rejected out of hand*”.⁴⁸ Tale forma di nazionalismo oggi non è certo estranea ai dibattiti europei.

Nello spazio giuridico europeo, invero, la comparazione gode di un elemento di legittimazione forte, che la differenzia nettamente dalla comparazione giuridica a livello globale e che permette di rispondere adeguatamente alla critica di Scalia. Tale elemento consiste nel fatto che a livello europeo, la comparazione riguarda ordinamenti giuridici integrati in un diritto pubblico europeo. Benché gli ordinamenti nazionali e quello dell’Unione vengano giustamente intesi come separati, il loro insieme, il diritto pubblico europeo, dà vita a *un unico* spazio giuridico. È fuor di dubbio che tutti gli atti giuridici di qualunque potere pubblico all’interno dell’Unione europea devono rispettare i principi fondamentali di cui all’art. 2 TUE. L’art. 2 TUE prevede una serie di standard costituzionali, che trovano applicazione ogni qual volta viene esercitato un potere pubblico nello spazio giuridico europeo, sia esso esercitato dall’UE o dagli Stati membri.⁴⁹ La disposizione non contempla nessuna limitazione paragonabile a quella di cui all’art. 51 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali.⁵⁰ L’art. 7 TUE ribadisce che gli stati membri devono rispettare i principi fondamentali di cui all’art. 2 TUE in tutte le loro attività istituzionali. Sempre l’art. 7 TUE sancisce l’esistenza di una presunzione legale di rispetto dei principi dell’art. 2 TUE da parte degli stati membri dell’Unione. A ciò va aggiunto che tutti i poteri pubblici all’interno dell’UE devono assistersi nel garantire il rispetto di questi standard costituzionali (art. 4 par. 3 TUE). In altri termini, sussiste una responsabilità comune, il cui adempimento presuppone, in una struttura pluralistica, l’esistenza di un dialogo. Qui troviamo enunciate le basi normative del diritto pubblico europeo di cui la comparazione costituzionale è un elemento centrale.

La rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale può essere intesa come uno strumento per rispondere a questa assunzione di responsabilità reciproca, per la parte di competenza dei giudici costituzionali. Da questo emerge il valore capitale della comparazione giuridica nello sviluppo di una struttura normativa comune, in particolare nell’ambito del

⁴⁷ U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, München 2015, 47 ss., 92 ss. Come sottolinea P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, 294, l’uso della comparazione da parte delle corti costituzionali supera l’idea di un giudice delle leggi “interamente incluso nelle maglie dello stato-nazione introverso”.

⁴⁸ Cfr. l’opinione dissenziente del giudice Scalia in *Supreme Court of the United States*, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 622-628 (2005). Rispetto al dibattito negli Stati Uniti, N. DORSEN, *The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *Int’l. J. Constit. L.* 2005, 519 ss., 521.

⁴⁹ A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *Il deficit sistemico nell’Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2014, 593 ss; A.M. RUSSO, *La cittadinanza ‘sostanziale’ dell’UE alla luce della proposta del gruppo di Heidelberg: Verso una ‘Reverse SolangÈ?’*, in *Federalismi.it*, 1/2014.

⁵⁰ Sui problemi derivanti da un’interpretazione ampia di tale disposizione, P.M. HUBER, *Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte*, in *NJW* 2011, 2385 ss.

diritto costituzionale e della giustizia costituzionale. Ci pare evidente, perciò, che la comparazione giuridica nello spazio giuridico europeo trovi il suo fondamento e la sua legittimazione già nei Trattati. Questo elemento sposta il problema della legittimazione all'uso dell'argomento comparato da parte dei giudici costituzionali dei paesi europei su un piano qualitativamente diverso rispetto ad altre corti.

La peculiare struttura normativa alla base dello spazio giuridico europeo non postula l'obiettivo di una cultura giuridica omogenea. Ma pare necessario che gli attori operanti all'interno dello spazio possano fare affidamento su conoscenze, strumenti e valori comuni. Più precisamente, le singole teorie e dottrine nazionali, ciascuna con il proprio strumentario dogmatico, devono misurarsi, senza necessariamente armonizzarsi, con la prospettiva del diritto pubblico europeo.⁵¹ Un siffatto esercizio richiede non solo una certa conoscenza del diritto sostanziale di altri stati membri ma anche la consapevolezza di come le istituzioni di tali stati funzionano e interagiscono. Anche le diverse identità accademiche, formatesi in relazione a una fonte, una materia e un metodo, devono acquisire maggiore duttilità per rispondere alle sfide del costituzionalismo contemporaneo. Mentre la comparazione globale si può concepire come una disciplina autonoma rispetto alle materie pratico-giuridiche,⁵² la comparazione nell'ambito del diritto pubblico europeo, alla luce delle sfide che la occupano, deve essere integrata nelle operazioni ordinarie del metodo giuridico.

La legittimazione peculiare di cui gode la comparazione giuridica all'interno del diritto pubblico europeo non comporta che all'argomento comparatistico si possa ricorrere in maniera arbitraria.⁵³ qualora si decida di far uso della comparazione per confermare una tesi, si dovrà chiarire se – ed eventualmente in che termini – un argomento fondato sulla comparazione possa essere utilizzato e quale sia il suo valore persuasivo. In primo luogo si pone il problema della comparabilità.⁵⁴ Sul punto, ci sembra interessante che la Corte costituzionale italiana, quando cita pronunce straniere, si premuri spesso di sottolineare che tali pronunce provengono da “ordinamenti costituzionali omogenei a quello italiano”,⁵⁵ a conferma del fatto

⁵¹ Sul punto, A. VON BOGDANDY, *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea: Una riflessione sulla base del caso tedesco*, in *Foro it.* 2012, 1 ss. (e, in versione più ampia, Id., *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo*, in *Dir. Unione eur.* 2012, 225 ss.) e le repliche di E. SCODITTI, R. CAPONI, M. GRANIERI e R. PARDOLESI, G. GRASSO, A. PALMIERI, in *Foro it.* 2012, 241 ss., nonché M. BRUTTI, *Per la scienza giuridica europea (riflessioni su un dibattito in corso)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2012, 905 ss.

⁵² Rispetto a questo dibattito, U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, cit., 27 ss.

⁵³ Su questo punto rimane valido un altro aspetto della critica di Scalia nella citata *dissenting opinion*, quello di un arbitrario *cherry picking*: “*To invoke alien law when it agrees with one's own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry*”. Sulla discrezionalità nella scelta dei precedenti stranieri cui fare riferimento v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010, 151 ss. Per una critica di questo genere a una corte specifica, v. Z. SZENTE, *Hungary: Unsystematic and Incoherent Borrowing of Law: The Use of Foreign Judicial Precedents in the Jurisprudence of the Constitutional Court: 1999-2010*, in *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., 253 ss., 265.

⁵⁴ Sul punto v. N. HSIEH, *Incommensurable Values* e E. OBERHEIM, P. HOYNINGEN-HUENE, *The Incommensurability of Scientific Theories*, entrambi in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a cura di E.N. ZALTA, Stanford University 2007 (plato.stanford.edu/).

⁵⁵ Cfr. sent. n. 1/2014, punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

che il problema della comparabilità degli ordinamenti è ben presente al giudice costituzionale. Perciò affermare l'opportunità, se non la necessità, della comparazione giuridica all'interno del diritto pubblico europeo non significa affermare che “*anything goes*”. Ogni ragionamento comparatistico deve trovare una giustificazione in relazione alla questione in esame e deve sempre tener presente i rischi che esso comporta, in particolare il rischio di un distanziamento ulteriore dell'organo di giustizia costituzionale rispetto al legislatore democratico. Opere quali *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, Towards juristocracy* ovvero *Das entgrenzte Gericht*⁵⁶ hanno da sempre accompagnato – e sempre accompagneranno – il dibattito sulla legittimazione della giustizia costituzionale, ricordandoci che la questione democratica è a questa intimamente connessa.

Su questo punto ci pare che la recente giurisprudenza costituzionale italiana offra un esempio assai interessante nella molto discussa sentenza n. 10/2015, con cui la Corte costituzionale ha ritenuto che la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità debba ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale. A sostegno della propria decisione la Corte richiama, fra l'altro, il fatto che “la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni d'illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi”.⁵⁷ La comparazione giuridica, mostrando che numerose altre corti costituzionali dispongono di questo potere, o comunque hanno sentito la necessità di appropriarsene, aiuta a giustificare che anche la Corte costituzionale italiana si avvalga di tale potere che né la Costituzione, né il legislatore le hanno espressamente conferito⁵⁸.

5. Conclusioni: la scienza costituzionalistica nel contesto del diritto pubblico europeo

In questo intervento abbiamo cercato di situare lo studio di un tema classico del diritto costituzionale, la giustizia costituzionale, all'interno del contesto del diritto pubblico europeo. Nel fare ciò si è messo in luce come, in questo ambito più che in altri, l'europeizzazione del diritto costituzionale non si limiti ai rapporti “verticali”, cioè ai rapporti tra organi nazionali e organi europei, ma sia connotata da un importante elemento di coordinamento e integrazio-

⁵⁶ V., rispettivamente: E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris 1921; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge Mass. 2007; M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011. Sul dibattito italiano relativo alla questione della *countermajoritarian difficulty*, v. ex aliis M. LUCIANI, *La garanzia aristocratica della democrazia*, in *Lo Stato* 2/2014 e O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano 2014, 120 ss.

⁵⁷ Sent. n. 10/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ Come noto, nella successiva sentenza n. 70/2015 la Corte non ha seguito il medesimo orientamento, inducendo la dottrina a domandarsi se non sia opportuno il riconoscimento con legge di tale potere: cfr. A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, 2015, 4.

ne nella rete orizzontale delle corti costituzionali. La prospettiva del diritto pubblico europeo è oggi imprescindibile per lo studio della giustizia costituzionale, così come di molti altri temi del diritto costituzionale. Le corti costituzionali, oggi, non sono più responsabili solamente nei confronti dell'ordinamento che le ha istituite quali garanti della Costituzione, ma sono collettivamente coinvolte nella costruzione di un diritto pubblico europeo per uno spazio giuridico europeo di libertà, sicurezza e giustizia.⁵⁹ Questa nuova responsabilità verso l'insieme non annulla la responsabilità verso l'ordinamento di appartenenza, ma vi si affianca, ponendo le corti in una posizione di "doppia fedeltà", verso il proprio ordinamento e verso il diritto pubblico europeo. La fedeltà ultima però deve ricadere verso l'ordinamento di appartenenza, cioè verso l'ordinamento nazionale che le costituisce e legittima. La Corte costituzionale italiana pronuncia le proprie sentenze "nel nome del popolo italiano",⁶⁰ richiamando così fin dalle prime parole quella che è e rimane la fonte primigenia della sua autorità; una fonte, peraltro, riconosciuta e apprezzata dall'art. 2 del TUE. Tuttavia, la nuova responsabilità verso lo spazio giuridico europeo ha un profondo effetto trasformativo sul ruolo e sul modo di operare delle corti costituzionali e richiede un cambio di prospettiva nello studio del diritto costituzionale. La prospettiva del diritto pubblico europeo costringe a considerare nuove funzioni dei giudici costituzionali, a rivedere concetti tradizionali come il modello europeo di giustizia costituzionale, a ripensare il modo di decidere e di argomentare delle corti nonché la loro legittimazione. Anche il costituzionalista nazionale non può prescindere dal collocarsi nel contesto del diritto pubblico europeo: in caso contrario, la comprensione delle dinamiche costituzionali anche nazionali rimane parziale e limitata. Il costituzionalista nazionale deve oggi essere anche costituzionalista europeo: questa ci sembra una sfida importante per la scienza costituzionalistica.

⁵⁹ M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2015, 34.

⁶⁰ Così dispone l'art. 18, c. 3, legge 11 marzo 1953, n. 57.