

A mezza via tra attivismo e deferenza: il paternalismo costituzionale*

PIETRO FARAGUNA **

Abstract: Presentation given at the annual seminar of *Quaderni costituzionali* on “Il contributo delle Corti Costituzionali a garanzia delle democrazie” (Bologna, 11 December 2024).

Data della pubblicazione sul sito: 24 gennaio 2025

Suggerimento di citazione

P. FARAGUNA, *A mezza via tra attivismo e deferenza: il paternalismo costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2025. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo rappresenta la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del seminario annuale di *Quaderni Costituzionali* “Il contributo delle Corti Costituzionali a garanzia delle democrazie”, che si è tenuto a Bologna l'11 dicembre 2024. La registrazione del seminario è disponibile sul sito di Radio radicale: <https://www.radioradicale.it/scheda/746017/il-contributo-delle-corti-costituzionali-a-garanzia-delle-democrazie>.

** Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico nel Dipartimento di Scienze giuridiche, del linguaggio, dell'interpretazione e della traduzione dell'Università degli Studi di Trieste. Indirizzo mail: pfaraguna@units.it.

1. Prendo le mosse dalla riflessione che la relazione introduttiva di Giacomo D'Amico svolgeva intorno alle parole di Jurgen Habermas, ove si respinge la possibilità di dibattere in astratto sulla desiderabilità di un approccio attivista o deferente delle Corti costituzionali¹.

L'approccio, nella parte in cui contesta ogni banalizzazione ed etichettatura astratta dell'azione delle corti costituzionali, e auspica la liberazione delle Corti da permanenti sollecitazioni attiviste, ha senz'altro il grande pregio di disinnescare contrapposizioni fondate su fraintendimenti, più che su diverse visioni del mondo.

Tuttavia, se guardiamo all'esperienza costituzionale italiana e alla giurisprudenza costituzionale degli ultimi 10 anni, è davvero eclatante uno dei suoi tratti caratterizzanti, che si è tradotto in una straordinaria vivacità in sede di elaborazione di tecniche decisionali nuove, sempre più versatili e flessibili. La giurisprudenza della Corte dell'ultimo decennio è stata in effetti contraddistinta da un poco prevedibile ripetersi di innovazioni sul piano delle tecniche decisionali. Soltanto per menzionarne un elenco senza pretese di esaustività: con la sentenza n. 1 del 2014, poi bissata dalla sentenza n. 35 del 2014, la Corte ha aperto le porte di Palazzo della Consulta all'accesso "semi-diretto", valorizzando l'azione di accertamento in materia elettorale, o almeno in quegli anfratti della materia che sarebbero altrimenti rimaste zone al riparo dal giudizio di legittimità costituzionale; a partire dalla sentenza n. 10 del 2015, la Corte ha (ri-)preso ad ammettere la modulazione degli effetti temporali della sue sentenze, invertendo un indirizzo che nei decenni precedenti aveva radicalmente escluso tale scenario, in assenza di alcun intervento normativo facoltizzante; con una serie di sentenze adottate a partire dalla seconda metà degli anni '10², la Corte ha progressivamente

¹ «Die Diskussion über Aktivismus oder Selbstbescheidung des Verfassungsgerichts läßt sich nicht in abstracto führen. Wenn man die Verfassung als Interpretation und Ausgestaltung eines Systems von Rechten versteht, das den internen Zusammenhang von privater und öffentlicher Autonomie zur Geltung bringt, kann eine offensive Verfassungsrechtsprechung in Fällen, wo es um die Durchsetzung des demokratischen Verfahrens und der deliberativen Form politischer Meinungs- und Willensbildung geht, nicht schaden, sie ist sogar normativ gefordert. Allerdings müssen wir den Begriff der deliberativen Politik von überanstrengenden Konnotationen befreien, die das Verfassungsgericht permanent unter Zugzwang setzen müßten», J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, 1994 (1a ed 1992), p. 340

² Così è stato certamente a partire dalla sentenza n. 222 del 2018, che si appoggia già alla sentenza n. 236 del 2016, ove la Corte aveva ragionato sulla possibilità di accedere a interventi sostitutivi agganciati a «precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo», pur mantenendo qualche puntello in più per preservare la «discrezionalità del Parlamento rappresentativo».

superato le strettoie della dottrina delle rime obbligate, licenziando il suo intervento additivo anche in quei settori, quali la dosimetria sanzionatoria, ove la discrezionalità del legislatore era rimasta a lungo un simulacro costituzionale; a partire dalla ordinanza n. 207 del 2018, di rinvio a data fissa dell'udienza, la Corte ha inaugurato la tecnica decisionale che si è infine risolta in una sorta di accertamento dell'incostituzionalità con il differimento della declaratoria, sì da fornire però un ultimatum – in un caso trasformatosi in *penultimatum* – al legislatore; infine, la Corte ha ripreso, a partire dall'ordinanza n. 18 del 2021, a utilizzare lo strumento della rimessione delle questioni di legittimità costituzionale di fronte a se stessa, con una tecnica che, soprattutto ove combinata a un ragionevole dilazionamento dei tempi nella fissazione dell'udienza in cui discutere le questioni autorimesse, si avvicina molto, nei suoi effetti, a un “super-monito” al legislatore (al quale rimane l'opzione e il tempo di intervenire, prima della probabile decisione di accoglimento della Corte sulla questione da essa stessa rimessa).

L'elenco è così folto che la tentazione di ascrivere questa tendenza all'etichetta astratta dell'attivismo giudiziale è veramente forte, con buona pace di quello che pare essere il saggio ammonimento di Habermas.

Tuttavia, le cose non sono così semplici: con una certa insuperabile contraddizione, questo florilegio di innovazioni sul terreno delle tecniche decisionali sembra infatti accomunato da preoccupazioni che sono ben lontane dall'universo decisionista proprio dell'attivismo giudiziale. Tutt'al contrario, gli stratagemmi decisionali elencati sopra sono quasi sempre volti a rimandare, rinviare, attutire l'impatto di quella che rimarrebbe come una delle possibili alternative, certamente già presente nel bagaglio degli strumenti decisionali della Corte costituzionali fin dal 1956: la dichiarazione “secca” di illegittimità costituzionale.

La “creatività” sul fronte delle tecniche decisionali è, in sintesi, generalmente diretta a preservare un certo margine di intervento a vantaggio del legislatore, e non è volta a sostituire la decisione politica del Parlamento con la decisione della Corte costituzionale. Si tratta, paradossalmente, di un attivismo sul piano delle tecniche decisionali che serve finalità ascrivibili all'universo del *self-restraint* sul piano della decisione.

Certamente, la scarsa collaborazione del legislatore può infine generare un effetto sostitutivo, che tuttavia non mi pare sia l'effetto della creazione di queste nuove tecniche decisionali, ma sia semmai il prodotto dell'utilizzo, in ultima battuta e come *extrema ratio*, dei classici strumenti della giurisdizione costituzionale.

2. D'altronde la Corte costituzionale italiana si confronta con coordinate normative che regolano il processo costituzionale che determinano vincoli tutt'altro che stringenti.

Nella migliore delle ipotesi, gli strumenti decisionali attribuiti alla Corte sono individuati da poche, ambigue, e imprecise disposizioni di rango costituzionale e ordinario, che peraltro, a differenza di ciò che è avvenuto in molti altri ordinamenti connotati da una certa "prossimità" di tradizione giuridica, non sono mai state oggetto di un'opera di manutenzione significativa – nonostante l'acqua passata sotto ai ponti del processo costituzionale.

Nella peggiore delle ipotesi, invece, le disposizioni costituzionali sono state formulate in modo persino inesatto, a partire da quell'articolo 136 della Costituzione secondo il quale la norma dichiara costituzionalmente illegittima cessa di avere *efficacia* dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

A fronte, dunque, di coordinate normative e finanche costituzionali tutt'altro che precise, e mai soggette a una serie opera di aggiornamento in quasi 70 anni di esercizio della giurisdizione costituzionale, non ci si può stupire di fronte al dinamismo della Corte su tale fronte, e sarebbe forse un'operazione superficiale collocare per tali ragioni la Corte costituzionale italiana tra le Corti che, nel quadro comparato, sono guidate da una politica giurisdizionale attivista.

Per ciò che concerne l'Italia, non si può, infatti, prescindere dal dato normativo, e, in particolare, costituzionale, che, nel tracciare un disegno solo abbozzato della forma di governo, traccia un disegno ancor più abbozzato della collocazione della Corte costituzionale nella forma di governo, attribuendo un numero di competenze relativamente limitato e definendo in modo assai sintetico gli effetti delle sue decisioni.

L'attivismo o il *self-restraint*, in sintesi, non può che essere misurato rispetto ai vincoli che l'ordinamento giuridico specificamente dato pone espressamente.

In questi giorni è assai discussa la decisione della Corte costituzionale rumena, con la quale sono state invalidate le elezioni presidenziali: sembrerebbe una decisione frutto di uno sfrenato attivismo, salvo poi apprendere che la competenza a pronunciarsi sulla validità delle elezioni presidenziali viene espressamente affidata alla Corte costituzionale dalla Costituzione³. La decisione della Corte, non per questo meno importante e non meno storica, a fronte di tale base giuridica, non è che uno dei due esiti possibili dell'esercizio della giurisdizione espressamente attribuito dalla Costituzione stessa (validare o annullare l'esito elettorale): ciò che

³ Art. 82, (1) The election returns for the Presidency of Romania shall be validated by the Constitutional Court» e art. 146, lett. f): [The Constitutional Court shall have the following powers:] to guard the observance of the procedure for the election of the President of Romania and to confirm the ballot returns

non pone la Corte costituzionale al riparo dall'adottare decisioni possibilmente sbagliate, ma che non per questo possono essere ritenute esercizio di attivismo.

3. Per tornare allo scenario italiano, dunque, la creatività della Corte in punto di elaborazione di tecniche decisionali mi pare possa essere etichettata non tanto come manifestazione di attivismo, ma come espressione di una sorta di "paternalismo costituzionale": la Corte si attiva, sì, ma non per sostituirsi alla decisione del Parlamento, bensì per stimolare la decisione di quello.

Con esiti, ahinoi, quasi sempre fallimentari.

O meglio: fallimentari, se il successo di queste nuove tecniche decisionali si misurasse soltanto con la loro capacità di indurre il Parlamento a intervenire per modificare il quadro normativo oggetto di scrutinio. In questo senso, i rinvii a data fissa sono stati un ripetuto fallimento, così come l'utilizzo delle rime adeguate – tecnica che per sua natura lascia impregiudicato, e spesso auspica espressamente, un successivo intervento del legislatore, che invece ha puntualmente latitato. Anche l'autorimessione, se era volta a dare al legislatore un'ultima occasione per normare l'oggetto della questione autorimessa, ha sempre clamorosamente fallito nel suo intento. Per non dire, infine, dell'ormai sempre più cronica mancanza di reazione al ripetersi frequente dei classici "moniti al legislatore".

Ma il valore aggiunto di queste tecniche risiede forse anche nella cautela che esprimono, in quell'approccio "costituzionalmente paternalista" che offre al Parlamento ancora una terzultima, penultima, ultima chance, prima che sia la Corte a prendere le decisioni che il Parlamento era chiamato a prendere prima della decisione della Corte, e continua a essere invitato a prendere anche dopo di essa.

In questo quadro di cauto paternalismo costituzionale, mi sembra potrebbe essere inclusa anche la più recente giurisprudenza in materia di tutela della integrità del procedimento legislativo: censurare la modalità di produzione delle norme di legge o aventi forza di legge non è manifestazione di attivismo nel senso dell'affermazione della pretesa della Corte di sostituirsi al Parlamento nella definizione del contenuto delle norme di legge, ma è, tutt'al più, un approccio paternalista, volto a proteggere il Parlamento che, tuttavia, sarebbe dotato di tutti gli strumenti per proteggersi da sé. In un recente studio comparativo sul tema (v. V. KAZAI, *The Equilibrium of Parliamentary. Law-making Comparative Perspectives on the Role of Courts in a Democracy*, Routledge, 2025) emerge che la Corte italiana si pone – guardando alle Corti costituzionali che esercitano un controllo accentrato in modelli di *civil law* – tra quelle più marcatamente deferenti rispetto a tale tema, tollerando torsioni del procedimento legislativo a noi tutti ben note, che determinano ormai una trasformazione del procedimento legislativo nella prassi che lo allontana anni luce dal procedimento legislativo descritto, prima

ancora che nei manuali di diritto costituzionale, nelle poche tracce che vi dedica la Costituzione italiana.

Sia forse giunto il momento di completare l'approccio paternalista proprio attraverso un più rigoroso controllo dell'integrità del procedimento legislativo?