

## Virtù e limiti dell'approccio proceduralista\*

CESARE PINELLI\*\*

---

**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:** 25 gennaio 2025

### Suggerimento di citazione

C. PINELLI, *Virtù e limiti dell'approccio proceduralista*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2025. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://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 ordinario a riposo di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Indirizzo mail: [cesare.pinelli@uniroma1.it](mailto:cesare.pinelli@uniroma1.it).



1. In *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (1980), John Hart Ely proponeva una teoria della giustizia costituzionale che fosse capace di superare la “falsa dicotomia” fra il ricorso al canone dell'intento originario e l'attribuzione alle corti delle scelte sui valori sostanziali avvertiti nella società. Era la proposta di un approccio proceduralista al giudizio di costituzionalità, che rinveniva nella giurisprudenza della Corte Warren l'intento da un lato di mantenere aperti i canali del cambiamento politico e dall'altro di correggere certe forme di discriminazione nei confronti delle minoranze, ossia di garantire i due fondamenti mutuamente complementari di una democrazia rappresentativa.

La scelta della Direzione di *Quaderni costituzionali* di dedicare un incontro di studio al contributo delle Corti costituzionali a garanzia delle democrazie mi ha fatto tornare in mente il saggio di Ely. I termini del dibattito sul ruolo della Corte Suprema si sono nel frattempo notevolmente modificati, e le distanze dalle modalità di funzionamento e dalla posizione istituzionale della nostra Corte sono rimaste molto consistenti. Eppure l'ipotesi di una teoria terza, ma non per questo intermedia, fondata sull'approccio proceduralista rimane perlomeno un'utile pista di ricerca.

Ely scriveva quando l'eredità della Corte Warren cominciava a rivelarsi problematica per i costituzionalisti che vi si ispiravano, soprattutto dopo le polemiche sollevate da *Roe v. Wade* (1973). Tuttavia, le critiche alla giurisprudenza, ancora prevalentemente esterni alla Corte, provenivano da fautori dell'originalismo come Bork e Scalia la cui visione dell'interpretazione costituzionale era strettamente dipendente dalla convinzione che il difetto di legittimazione democratica della Corte le imponesse deferenza verso il Congresso.

Con la Corte Rehnquist (1986-2005), l'affermazione della *judicial supremacy* avrebbe fatto saltare questa connessione, ponendo la questione di come una Corte che rivendichi sempre e comunque il potere di interpretare ultimo della Costituzione possa conciliarsi col ricorso a canoni interpretativi, quali quello letterale e dell'intento originario, che di per sé equivarrebbero ad esprimere deferenza nei confronti del potere legislativo in quanto legittimato dagli elettori. Detto altrimenti, la questione di come si possa escludere ogni dialogo col potere politico in nome della propria supremazia, e nello stesso tempo inchinarsi alle scelte legislative ogni volta che il testo o l'intento originario dei suoi autori non lo impediscano.

In un quadro simile, anche le chances del proceduralismo sarebbero state messe a dura prova. Per fare un esempio macroscopico, in *Bush v. Gore* (2000) la Corte si sbarazzò senz'altro della dottrina della *political question*, che fino ad allora riguardava con certezza solo i casi di *impeachment*, di conteggi elettorali e di ratifica degli emendamenti, un'area dunque ristretta di immunità dai controlli giurisdizionali oltre la quale la Corte avrebbe spazio per poter svolgere il ruolo di garante del processo democratico.

D'altra parte, riferito all'esperienza giuridica italiana, l'approccio proceduralista acquista tutt'altra connotazione in ragione di vari fattori. Intanto, la diversa accezione in cui la dicotomia diritto sostanziale/diritto processuale continua a venir intesa in un Paese di *civil law* nonostante l'attenuarsi dell'antica contrapposizione con la famiglia dei sistemi di *common law*. Il contesto costituzionale, cui non possono certo adattarsi le elaborazioni sull'intento originario maturate negli Stati Uniti. Il susseguirsi nell'esperienza repubblicana di stagioni del tutto eterogenee rispetto a quelle che hanno marcato la giurisprudenza della Corte Suprema.

Ma è significativo che l'ipotesi che l'approccio proceduralista favorisca in quanto tale un'attitudine dialogica della Corte nel suo rapporto col legislatore, nella misura in cui si limita a prevederne il concorso alle scelte politiche al fine di garantire il processo democratico, non si può ritenere estranea alla nostra scienza costituzionalistica.

Penso a quanto scriveva Augusto Cerri a proposito del "tasso di democrazia" espresso dalla giurisdizione, da considerarsi "democrazia di principi, non di effettive scelte", mancando la responsabilità di chi decide davanti agli elettori: "E' democrazia che si legittima per la capacità di rinvenire criteri di universale condivisione al di là dei dissensi pur immancabili, i quali non possono non trovare svolgimento e soddisfazione nell'alternarsi delle maggioranze e minoranze, in una sorta di sperimentazione sociale, che ricostruisce un consenso più vasto dopo il dissenso. Sostituire a questa fase sperimentale l'autorità di una pronuncia del giudice non è operazione accettabile, perché sostituisce il dogma alla necessaria verifica". Cerri auspicava, eravamo all'epoca del passaggio dal sistema proporzionale al maggioritario, "un'accentuazione dei fattori 'processuali' nella giurisprudenza della Corte, nella forma anche dell'elaborazione di criteri (regole di secondo grado, come si è detto) di ragionevolezza, che la collochino in un ruolo fondamentale ma solo per esigui margini sovrapponibile e, dunque, mai davvero conflittuale con quello del legislatore" (Relazione a Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Cedam, 2004, 149). Dove si coglie il nesso dell'approccio proceduralista con la dimensione diacronica della democrazia costituzionale.

2. La scelta di studiare la giurisprudenza costituzionale dalla prospettiva del suo contributo alla garanzia della democrazia appare sufficientemente giustificata. E' però importante ricercare come studiarla. Al riguardo, prospetterò tre modalità, connotative di altrettante attitudini dei commentatori. Una prima si limita ad esaminare singole pronunce o indirizzi o filoni di giurisprudenza vagliandone la congruità rispetto alle premesse, esplicitate o almeno ricavabili, dalle motivazioni, quindi esclusivamente da un punto di vista interno ai ragionamenti delle corti. Una seconda, compiuta la stessa operazione, espone una premessa propria, adducendo

le ragioni della sua preferibilità rispetto a quella delle corti. Una terza si limita a contrapporre la premessa propria a quella delle corti.

Vorrei sgombrare il campo da possibili equivoci. Per fortuna, siamo tutti sotto l'ombrello dell'art. 33, primo comma, Cost., perfino più capiente, come sappiamo, di quello dell'art. 21. Ciò dovrebbe escludere ogni ipotesi di delegittimazione, unilaterale o reciproca, delle posizioni dei commentatori, e nello stesso tempo invita a vagliarle in termini di utilità scientifica, in quel campo sempre aperto che è la libera ricerca.

Ora, in ciascuno dei gruppi di posizioni che ho enucleato sarà sempre rintracciabile una dose più o meno consistente di precomprensione, a meno di non credere alla possibilità di una visione puramente avalutativa della scienza giuridica, tramontata col tramonto del positivismo legalistico ancora imperante nella prima metà del secolo scorso. Una dose di precomprensione si potrà dunque rintracciare anche quando ci si limiti a ricostruire il percorso della motivazione onde vagliarne la congruità interna. E tuttavia quella dose aumenterà man mano che si abbandoni una scelta del genere, fino a lanciarsi nell'impresa di contrapporre solamente le proprie premesse a quelle delle corti. E sorgerà allora una domanda circa l'utilità scientifica del mero prendere posizione.

Quale utilità ci potrà mai essere, per esempio, nel dichiararsi "sovranisti" di fronte a una sentenza che fonda il *decisum* su una visione di larga apertura ad altri ordinamenti nel senso dell'art. 11 Cost. (o naturalmente viceversa)? Ancora, come potrà dirsi utile il mero contrapporre il richiamo al rispetto della volontà dell'istituzione democraticamente designata a una opzione della Corte volta a far valere un principio costituzionale da quella istituzione disatteso (o naturalmente viceversa)?

Non potrà esservi alcuna utilità. A meno di non ritenere utile quel che si può considerare al più il gioco accademico, non scientifico, di contare il numero di studiosi che si siano espressi per l'una o per l'altra posizione.

3. Le considerazioni da ultimo espresse mi sono sembrate necessarie ripensando a un dibattito scientifico sulla interpretazione costituzionale ormai lontano, come quello che cercai di ricostruire negli scritti in memoria di Livio Paladin (2004). Lontananza dovuta non a uno scadimento qualitativo sopravvenuto, che rimane tutto da dimostrare, bensì all'accresciuta tendenza a concentrare il dibattito sulle prese di posizione assunte nei confronti della giurisprudenza, anziché sull'effettiva originalità dei relativi contributi. L'inutile radicalizzarsi delle posizioni si salda così con l'autoreferenzialità dell'esito.

Le relazioni introduttive di Sabrina Ragone e Giacomo D'Amico al dibattito di *Quaderni costituzionali* non corrono rischi del genere. Anzi, si propongono di scongiurarli fornendo un quadro il più possibile completo della giurisprudenza

costituzionale sul punto, rispettivamente, dal punto di vista comparatistico e interno.

Chi le abbia ascoltate sarà perciò indotto a interrogarsi ulteriormente sul ruolo della Corte italiana quale garante del processo democratico rispetto ad altre Corti, anche in ragione di problemi, dalla ristrettezza dei modi di accesso alla giurisdizione costituzionale alle inerzie del parlamento, che sono specificamente nostri o che da noi si presentano con particolare intensità.

Dovendo limitare la ricognizione, mi pare intanto di poter notare come la giurisprudenza di altre Corti dimostri che anche l'approccio proceduralista, pur favorendo più di altri un'attitudine dialogica, se non altro per il fatto di presupporre un'alterità istituzionale, può essere utilizzato in senso paternalistico. Penso a quando il Tribunale Costituzionale tedesco, per giustificare propri pesanti interventi sulla legislazione in tema di finanziamento dei partiti, osservò che su tali questioni qualsiasi parlamento delibera *in causa propria*, senza dover compiere mediazioni politiche fra interessi contrastanti (*Bundesverfassungsgericht*, 9 aprile 1992, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1992, 665 ss.). Dove conduce un argomento simile? Da un lato l'applicazione del *Nemo iudex in causa propria* alle istituzioni politiche potrebbe riferirsi, con una sorta di delegittimazione preventiva, a numerosi altri casi, da riforme costituzionali che incidano sulla composizione del Parlamento o sulle prerogative dei parlamentari, alla legge elettorale. Dall'altro la stessa applicazione dovrebbe sottrarre l'intero diritto processuale costituzionale ad ogni intervento del Tribunale Costituzionale. In ogni caso appare evidente l'attitudine paternalistica, per molti versi confermata da più recenti sviluppi (cfr. G. REPETTO, *Ascesa, trasformazione e crisi del Bundesverfassungsgericht. Il modello tedesco di giustizia costituzionale alla prova dell'esperienza*, in *Studi sulla giustizia costituzionale in Germania. Un confronto con il caso italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, 261 ss.).

Quanto detto vale a più forte ragione per la *judicial supremacy* che ha caratterizzato la Corte Suprema dalla Presidenza Rehnquist in poi. Oltre a trasformare in un monologo il dialogo fra i poteri dello Stato, così ridiscutendo il presupposto dell'approccio proceduralista, essa deresponsabilizza le istituzioni politiche, che tenderanno sempre più a scaricare sulla Corte l'onere di decisioni impopolari (R.E. BARKOW, *More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in *Columbia Law Review*, vol. 102, 2002, 335).

Un minimo confronto porta a escludere che la nostra Corte sia stata e sia animata da intenti del genere. Che su di essa sia finito l'onere di decisioni impopolari, deriva forse da una vocazione alla supremazia che la porta a travalicare il Parlamento o non piuttosto dalla perdurante inerzia di quest'ultimo?

La giurisprudenza sul sistema elettorale non potrebbe risultare più eloquente di cosa succede quando un approccio proceduralista deve misurarsi con un

legislatore che sceglie di non scegliere. La nostra Corte è stata a lungo la sola (e ha definito i casi tuttora più significativi pur essendo stata raggiunta di recente dal Tribunale Costituzionale tedesco), a giudicare non solo del sistema elettorale “in entrata” ma anche di quello “in uscita”. Lo ha fatto a seguito di un pluriennale stallo decisionale delle Camere, e soprattutto senza che alle sue pronunce siano seguite obiezioni di ingerenza nella sfera discrezionale del legislatore da parte dei diretti interessati. Concorre a spiegarlo il fatto che quella giurisprudenza, perpetuando l'approccio proceduralista, si sia sempre sforzata di mantenere aperto lo spazio ad alternative da lasciare appunto al legislatore, indicandole o meno esplicitamente.

Si dirà che l'inerzia legislativa può fungere da alibi all'interventismo della Corte. Ma essa non mostra di abbandonare l'approccio proceduralista nemmeno quando non ricorre alcuna inerzia, salvi naturalmente i necessari adattamenti alle diverse situazioni che ha di volta in volta davanti. Dalla tendenza a colpire gli automatismi legislativi allo stesso abbandono dello schema delle “rime obbligate”, assistiamo non già a un semplice avanzare della Corte in territori che essa stessa un tempo riteneva che le fossero preclusi, specie quando si trattava di leggi penali, ma a un'accresciuta articolazione delle frontiere fra prescrittività costituzionale e discrezionalità legislativa.

L'approccio proceduralista, indispensabile a fare della Corte un organo di garanzia del rispetto del principio democratico anziché un tutore del Parlamento, può certo incontrare limiti esterni e di fatto, quale l'inerzia di interlocutori istituzionali, oltre a limiti interni di tipo giuridico, che si pongono ogni volta che l'esigenza di far valere un diritto fondamentale possa trovare soddisfacimento solo tramite l'annullamento di una legge. Ciò detto, le virtù di quell'approccio rimangono intatte, e concorrono a far apprezzare la dimensione diacronica di una democrazia costituzionale.