

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

**BREVI NOTE IN TEMA DI DISCREZIONALITÀ
DEL LEGISLATORE E CONTROLLO
DI COSTITUZIONALITÀ**

a cura di P. Passaglia

con contributi di

E. Caterina

G. Delledonne

R. Felicetti

A. Giannaccari

C. Guerrero Picó

aprile 2023

**BREVI NOTE IN TEMA DI DISCREZIONALITÀ
DEL LEGISLATORE E CONTROLLO
DI COSTITUZIONALITÀ**

INDICE

AUSTRIA

<i>Verfassungsgerichtshof</i> e discrezionalità del legislatore	7
---	---

FRANCIA

1. <i>Conseil constitutionnel</i> e discrezionalità legislativa	11
1.1. Poteri del <i>Conseil</i> e poteri del legislatore	11
1.2. Il controllo sugli obiettivi perseguiti dal legislatore, tra valutazioni di opportunità, errore manifesto e scrutinio di proporzionalità	13

GERMANIA

1. Tribunale costituzionale federale e discrezionalità legislativa	17
2. La discrezionalità del legislatore attraverso alcune pronunce della giurisprudenza costituzionale	19
2.1. La discrezionalità del legislatore in materia di diritti fondamentali	19
2.1.1. <i>I diritti sociali</i>	19
2.1.2. <i>Il fine vita</i>	20
2.1.3. <i>Il diritto al clima delle future generazioni</i>	22
2.2. La discrezionalità del legislatore in materia di organizzazione dello Stato	23
2.2.1. <i>Il finanziamento pubblico dei partiti politici e delle fondazioni politiche</i> ...	23
2.2.2. <i>La legislazione elettorale</i>	25

REGNO UNITO

1. La discrezionalità del legislatore inglese alla luce della <i>doctrine of parliamentary sovereignty</i>	27
1.1 Definizione	27

1.2 La <i>Enrolled Bill Rule</i>	28
1.3 I riflessi della doctrine sullo <i>Human Rights Act 1998</i>	28

SPAGNA

1. La configurazione iniziale del ruolo del massimo interprete costituzionale	31
2. Il <i>self-restraint</i> del Tribunale costituzionale dinanzi alle cc.dd. questioni politiche	32
3. L'assunzione di un ruolo attivo (o di legislatore positivo) a difesa della normatività della Costituzione	34

STATI UNITI

1. La discrezionalità del legislatore e la «<i>political question doctrine</i>»	37
1.1. <i>Political questions</i> , politica estera e sicurezza nazionale	39
1.2. <i>Political questions</i> , diritti fondamentali e altri ambiti	40

AUSTRIA

di Edoardo Caterina

Verfassungsgerichtshof e discrezionalità del legislatore

Legge costituzionale federale austriaca (*Bundes-Verfassungsgesetz*, B-VG), principale testo della complessa ed estesa legislazione costituzionale austriaca, dedica alla Corte costituzionale, il *Verfassungsgerichtshof* (VfGH), gli artt. 137-148. Ulteriori disposizioni, attuative di quelle contenute nel B-VG, si ritrovano nella legge sulla Corte costituzionale austriaca del 1953 (*Verfassungsgerichtshofgesetz – VfGG*). Non esiste una disposizione analoga al nostro art. 28 della legge n. 87 del 1953.

Il B-VG, specialmente all'art. 140, imposta in modo piuttosto puntuale il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore con riferimento agli effetti nelle sentenze, dando estese facoltà alla Corte di modulare gli effetti delle sentenze nel tempo (cfr. a tal proposito la ricerca curata dall'Area di diritto comparato, *La modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità. Aggiornamento*, aprile 2023, Comp. 305). La dottrina nondimeno tiene a sottolineare che il legislatore rimane in linea teorica libero di non seguire le indicazioni della Corte, se del caso riapprovando anche una legge dai medesimi contenuti di quella dichiarata costituzionalmente illegittima¹. Questi accenti fanno ben comprendere come la concezione austriaca sia quella di una Corte costituzionale e di un legislatore collocati su di uno stesso piano e in cui l'*optimum* può essere raggiunto solo costruendo un rapporto paritario di dialogo e stretta collaborazione².

L'ispirazione kelseniana della giustizia costituzionale austriaca e forse anche la stessa composizione dell'organo (i cui membri, a differenza di quanto avviene con riferimento alle altre corti costituzionali, sono in maggioranza di nomina governativa) hanno fatto sì che il VfGH abbia a lungo tenuto un contegno di *self restraint* che lo distingueva nettamente dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco³. Con l'andare del tempo, tuttavia, si può dire che la giurisprudenza costituzionale

¹ A. GAMPER, *Das Argument der letzten Instanz*, Verlag Österreich, 2023, 346 ss.

² Cfr. W. BERKA, *Lebendiges Verfassungsrecht: Verfassungsrechtsprechung im Diskurs*, in *100 Jahre Verfassungsgerichtshof*, vol. V, Verlag Österreich, 2021, 17 ss.

³ Cfr. K. KORINEK, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, in *VVDStRL* 39 (1981), 7 ss.

austriaca si è avvicinata a quella tedesca e ha intrapreso, nonostante la ferma contrarietà di molta della dottrina più tradizionalistica⁴, uno scrutinio più rigoroso sul rispetto del principio di eguaglianza (art. 7 B-VG), facendo proprio il linguaggio della proporzionalità⁵. Il VfGH effettua il test di ragionevolezza ricorrendo oggi ai principi di *Verhältnismäßigkeit* (proporzionalità) e *Sachlichkeit* (obiettività). In particolare, con *Sachlichkeit* si intende che il VfGH nel suo scrutinio deve prescindere dalle intenzioni del legislatore, ma valutare oggettivamente se la disciplina di legge è idonea a perseguire un determinato scopo e se nel farlo crea trattamenti differenziati, indipendentemente dalla considerazione di un *tertium comparationis*⁶. I contorni di tale principio rimangono tuttavia non del tutto chiariti⁷. Anche da questo si nota come lo stile austriaco sia diverso da quello tedesco e come le argomentazioni del VfGH seguano schemi meno rigidi e formalizzati.

Il margine di apprezzamento del legislatore viene spesso evocato: si parla a tal proposito di *rechtspolitischer Gestaltungsspielraum*⁸ (“margine di apprezzamento giuridico-politico”). Ad esempio, il VfGH ha impiegato l’argomento del margine di apprezzamento del legislatore per rigettare il ricorso proposto avverso una legge che imponeva il divieto di fumo in locali notturni (pronuncia del 3 ottobre 2019, G 189/2019-8) e quello avverso la legge che vietava l’impiego di sacchetti di plastica (17 giugno 2020, G 227/2019-13); o, ancora, per dichiarare infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento ai requisiti imposti dalla legge per l’erogazione di sussidi sociali quali l’indennità di accompagnamento e l’assegno familiare (pronunce del 16 e del 29 giugno 2011 G 6, 7, 28, 29/11).

Il VfGH, tuttavia, sembra aver affermato nella sua giurisprudenza che il legislatore gode di un ridotto margine di apprezzamento quando la disciplina di legge tocca il contenuto essenziale di un diritto fondamentale. Così, ad esempio,

⁴ Cfr. M. PÖSCHL, *Über Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, in *JBl* 1997, 413 ss.

⁵ Cfr. M. HOLOUBEK, *Verhältnismäßigkeit und Sachlichkeit: Überlegungen zu ihrer Bedeutung in der Struktur der Gleichheitsprüfung*, in *ZöR* 74 (2019), 867 ss.; M. PÖSCHL, *Probleme des Gleichheitssatzes aus österreichischer Sicht*, in D. MERTEN, H.-J. PAPIER (a cura di), *Grundfragen der Grundrechtsdogmatik*, C.F. MÜLLER, Heidelberg, 2007, 101ss.; A. SOMEK, *Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht*, Springer Verlag, Vienna, 2001.

⁶ M. PÖSCHL, *Probleme des Gleichheitssatzes aus österreichischer Sicht*, cit., 108 ss.

⁷ Cfr. M. HOLOUBEK, *Art 7 B-VG*, in K. Korinek et al (a cura di), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, Verlag Österreich, 2018, Rz 36.

⁸ Si veda ad es. T. ÖHLINGER, H. EBERHARD, *Verfassungsrecht*, 13. ed., Facultas, 2022, Rz. 768 ss.

nella sentenza dell'11 dicembre 2020 (G 139/2019-71) sul suicidio assistito, il VfGH respinge espressamente l'opinione, sostenuta dal governo, per la quale il legislatore, nel disciplinare il fine vita, godrebbe di un ampio margine di apprezzamento, dal momento che tale disciplina incide profondamente sulla decisione esistenziale del singolo su come vivere e su come morire, e quindi sul suo diritto all'autodeterminazione.

La sentenza sul suicidio assistito ha inoltre comportato un'ulteriore compressione della discrezionalità del legislatore, al di fuori degli usuali schemi con cui Corte e Parlamento si rapportano in Austria. Infatti, la dottrina ha sottolineato che questa pronuncia ha sostanzialmente imposto una nuova legge, dal momento che l'abrogazione *tout court* del reato di aiuto al suicidio, disposta dal VfGH allo scadere del termine fissato al 31.12.2021, avrebbe comportato un vuoto di tutela per le persone più vulnerabili⁹. Tale problematica, ben nota nel contesto italiano, si è posta di rado in Austria dove la Corte non solo ha il potere espresso di differire gli effetti delle decisioni nel tempo, ponendo un termine al legislatore, ma anche quello di dichiarare in tutto o in parte la reviviscenza delle previgenti disposizioni di legge. Ne segue che solitamente il termine dato al legislatore costituisce il termine per esercitare un'opzione, quella di intervenire sul quadro normativo risultante dalla pronuncia della Corte, in modo da correggerne gli effetti politicamente indesiderati (*Reparaturfrist*).

Anche la giurisprudenza in materia di unioni omosessuali segnala implicitamente un ridimensionamento del margine di discrezionalità del legislatore. Infatti, il VfGH, prima della sua celebre pronuncia del 4 dicembre 2017 (G 258-259/2017-9) con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione di legge che impediva il matrimonio a persone dello stesso sesso, aveva ripetutamente affermato che rientrava nella discrezionalità del legislatore la previsione di un trattamento differenziato tra unioni omosessuali ed eterosessuali¹⁰. In modo analogo, nessun riferimento al margine di apprezzamento del legislatore compare nella pronuncia dell'11 dicembre 2014 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di adozione da parte di coppie dello stesso sesso (G 119-120/2014-12).

⁹ Così A. GAMPER, *Das Argument der letzten Instanz*, cit., 349 s.

¹⁰ Cfr. la critica *ivi*, 293 ss.

FRANCIA

di Giacomo Delledonne

1. *Conseil constitutionnel* e discrezionalità legislativa

1.1. Poteri del *Conseil* e poteri del legislatore

La legislazione organica attuativa della Costituzione del 1958 – e in particolare del suo Titolo VII¹ – non contiene disposizioni analoghe a ciò che il legislatore italiano ha stabilito, all’art. 28 della legge n. 87/1953, per la Corte costituzionale. Il problema del rapporto fra controllo di costituzionalità delle *lois votées* e discrezionalità del legislatore è stato però affrontato dal *Conseil* dagli anni Settanta dello scorso secolo, successivamente alla duplice cesura rappresentata dalla decisione *Liberté d’association*² e dalla legge costituzionale n. 74-904 del 29 ottobre 1974: l’ampliamento del parametro di costituzionalità e l’attribuzione alle minoranze parlamentari del diritto di presentare ricorso dinanzi al *Conseil* portarono *realmente* in primo piano il tema del «primato della Costituzione sulle leggi ordinarie»³.

Non è un caso, perciò, che proprio in una delle prime decisioni successive all’entrata in vigore della riforma costituzionale del 1974⁴ il *Conseil* si sia soffermato sull’estensione e sui limiti del suo sindacato. In apertura della decisione relativa alla legge Veil sull’interruzione volontaria di gravidanza – impugnata da un gruppo di parlamentari della maggioranza di centro-destra dell’epoca – si poteva leggere: «l’articolo 61 della Costituzione non conferisce al *Conseil constitutionnel* un potere generale di valutazione e di decisione (*pouvoir*

¹ Fra le numerose riserve di legge organica presenti nel testo costituzionale e riguardanti il *Conseil constitutionnel*, se ne segnalano due: il legislatore organico è chiamato, in primo luogo, a definire le regole di organizzazione e di funzionamento del *Conseil*, la procedura da seguire e i termini per la proposizione di ricorsi (art. 63); e, in secondo luogo, a stabilire le condizioni di applicazione dell’art. 61-1, con cui nel 2008 è stata prevista l’introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité*.

² [Decisione n. 71-44 DC del 16 luglio 1971](#), *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d’association*.

³ Così P. PASSAGLIA, *Lo strano caso del legittimato che legittimò il legittimante: il Conseil constitutionnel e la Costituzione della Quinta Repubblica francese*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, *Dialoghi “esemplari”: le esperienze straniere*, Bologna, Bononia University Press, 2017, 68.

⁴ Il punto è messo in evidenza da G. BERGOUGNOUS, *Le Conseil constitutionnel et le législateur*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 38, 2013, 17.

général d'appréciation et de décision) identico a quello del Parlamento, ma gli dà soltanto la competenza a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione delle leggi sottoposte al suo esame»⁵. Questo argomento, che pone in evidenza la differenza fra i poteri del *Conseil* e quelli del Parlamento, ha rappresentato una costante nella giurisprudenza costituzionale dei cinque decenni successivi⁶.

Si tratta, com'è intuibile, di una formula piuttosto generica, non meno vaga di quella, ancora più nota, secondo cui la legge «esprime la volontà generale soltanto nel rispetto della Costituzione»⁷. A questo proposito è stato osservato criticamente che il *Conseil* «determina i propri margini di valutazione e ... dice che cosa è conforme alla Costituzione. Può dunque invocare il secondo argomento quando ha deciso di censurare un testo, e il primo quando si è orientato nell'altro senso. Inoltre, l'impiego di queste formule diventa abituale, tanto che ogni tentativo di stabilire l'appropriatezza del loro uso in un caso specifico diventa inutile. L'utilizzo ritualizzato di queste espressioni crea il fatto che invece avrebbe dovuto constatare. Il registro della motivazione giuridica è stato abbandonato per passare a quello della ruota della preghiera»⁸.

⁵ *Decisione n. 74-54 DC del 15 gennaio 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, cons. 1. Come si legge nella *relazione* presentata da François Goguel in occasione della seduta del 14 gennaio 1975, «il riferimento [ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica] deve sicuramente essere adoperato con prudenza e soltanto nei casi in cui al *Conseil constitutionnel* sembri evidente che si tratta di principi consustanziali alla filosofia politica e sociale della Repubblica. Procedendo in altro modo, si rischierebbe di bloccare completamente tutte le modifiche legislative rese necessarie – secondo la valutazione delle Camere parlamentari, di cui questo è il ruolo essenziale – dall'evoluzione sociale. Il recente ampliamento delle condizioni in cui si può ricorrere al *Conseil constitutionnel* esige in questo ambito, a mio avviso, un'estrema prudenza». Muovendo da questa relazione, il Presidente del *Conseil*, Roger Frey, sottolineò l'utilità «di precisare, fin dall'inizio della decisione, che le responsabilità del *Conseil constitutionnel* non si confondono con quelle del legislatore».

⁶ Si possono vedere, a titolo di esempio, le seguenti decisioni: *n. 80-127 DC del 20 gennaio 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* (cons. 12); *n. 86-218 DC del 18 novembre 1986, Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés* (cons. 10); *n. 2007-554 DC del 9 agosto 2007, Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* (cons. 7); *n. 2008-564 DC del 19 giugno 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés* (cons. 34); *n. 2008-568 DC del 7 agosto 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* (cons. 5).

⁷ *Decisione n. 85-197 DC del 23 agosto 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27.

⁸ Così J.-M. DENQUIN, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel: grandeur ou décadence du droit constitutionnel? Un regard surplombant sur les libertés publiques*, in *Jus Politicum*, n. 7, 2012, 10.

1.2. Il controllo sugli obiettivi perseguiti dal legislatore, tra valutazioni di opportunità, errore manifesto e scrutinio di proporzionalità

In varie occasioni, peraltro, il *Conseil constitutionnel* ha enucleato alcune implicazioni discendenti dalla fondamentale differenza fra le sue attribuzioni e quelle del Parlamento. In primo luogo, il controllo di costituzionalità è diverso da una valutazione sull'opportunità di determinate disposizioni legislative, con evidenti ripercussioni sull'estensione dei poteri del *Conseil*⁹. Sulla stessa falsariga, il *Conseil* si è guardato dall'aderire, in sede di controllo preventivo, a prospettazioni che alludevano a un uso strumentale del potere legislativo, secondo lo schema del *détournement de pouvoir*¹⁰.

In secondo luogo, ci sono implicazioni per l'applicazione dello scrutinio di proporzionalità. Nel momento in cui il legislatore persegue un certo obiettivo, non spetta al *Conseil* interrogarsi se tale obiettivo avrebbe potuto essere conseguito in altro modo. Questo vale *a fortiori* se le modalità individuate dal legislatore non sono manifestamente inadeguate rispetto all'obiettivo perseguito¹¹. Ci sono però situazioni in cui il punto di equilibrio individuato dal legislatore, ad esempio in sede di contemperamento di interessi diversi, è manifestamente errato, con la conseguente incostituzionalità delle disposizioni oggetto del controllo. Si tratta del punto di arrivo di un percorso giurisprudenziale che ha preso l'avvio dalla dottrina

⁹ Decisioni nn. [89-261 DC del 28 luglio 1989](#), *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France* (cons. 15), e [89-268 DC del 29 dicembre 1989](#), *Loi de finances pour 1990* (cons. 38).

¹⁰ Sul punto v. G. BERGOUIGNOUS, *Le Conseil constitutionnel et le législateur*, cit., 18.

¹¹ Decisione [n. 98-407 DC del 14 gennaio 1999](#), *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux* (cons. 4). Oggetto delle censure era la riforma della disciplina per l'elezione dei Consigli regionali: introducendo un sistema di soglie di sbarramento, il legislatore si era proposto, fra l'altro, di «favorire la formazione di una maggioranza [...] assicurando al tempo stesso una rappresentanza delle diverse componenti del corpo elettorale» (*ibidem*). Si possono vedere, inoltre, queste decisioni: [n. 2000-433 DC del 27 luglio 2000](#), *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* (cons. 41); [n. 2001-444 DC del 9 maggio 2001](#), *Loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale* (cons. 3); [n. 2003-468 DC del 3 aprile 2003](#), *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques* (cons. 42); [n. 2005-529 DC del 15 dicembre 2005](#), *Loi organique modifiant les dates des renouvellements du Sénat* (cons. 5); [n. 2005-530 DC del 29 dicembre 2005](#), *Loi de finances pour 2006* (cons. 67); [n. 2007-550 DC del 27 febbraio 2007](#), *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur* (cons. 5); [n. 2007-555 DC del 16 agosto 2007](#), *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat* (cons. 8); [n. 2007-559 DC del 6 dicembre 2007](#), *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française* (cons. 14).

dell'errore manifesto (*erreur manifeste*). A questo proposito, due esempi molto commentati si trovano nelle decisioni del 1985 relative, fra l'altro, alla delimitazione delle circoscrizioni elettorali per l'elezione del Congresso, l'assemblea rappresentativa della Nuova Caledonia¹². Il legislatore aveva previsto la divisione del territorio neocaledone in quattro circoscrizioni regionali, definite principalmente su base etnica. Il *Conseil* fece notare che il Congresso, «per essere rappresentativo del territorio e dei suoi abitanti nel rispetto dell'articolo 3 della Costituzione, dev'essere eletto su basi essenzialmente demografiche; [...] se non ne discende la conseguenza che questa rappresentanza debba essere necessariamente proporzionale alla popolazione di ogni regione né che si possa tenere conto di altri imperativi d'interesse generale, nondimeno queste considerazioni possono imporsi solo in una misura limitata che, nel caso di specie, è stata manifestamente superata»¹³. In seguito a questa declaratoria d'incostituzionalità, il legislatore intervenne con correttivi non particolarmente incisivi, che però sfuggirono alle censure del *Conseil*¹⁴. Secondo la dottrina, perciò, il *Conseil* ha maneggiato con una certa prudenza anche lo strumento dell'*erreur manifeste*¹⁵.

Il controllo sulla presenza di errori manifesti si è poi tramutato in controllo di proporzionalità, in ragione del rilievo costituzionale dei valori e degli interessi coinvolti¹⁶. Da questo punto di vista, si è avuto un deciso salto di qualità con la decisione del 2008 relativa alla *rétenion de sûreté*, misura che prevede il collocamento dell'interessato che abbia finito di scontare una pena detentiva in un centro sociosanitario giudiziario, nel quale gli vengono offerte in via permanente cure mediche, sociali e psicologiche. Dopo aver ricordato quali diritti e libertà costituzionalmente garantiti fossero in gioco, il *Conseil* segnalò che i limiti «all'esercizio di queste libertà devono essere adeguati, necessari e proporzionati

¹² Si tratta delle decisioni nn. [85-196 DC dell'8 agosto 1985](#), *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, e [85-197 DC del 23 agosto 1985](#), *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

¹³ Decisione n. 85-196 DC, cit., cons. 16.

¹⁴ Decisione n. 85-197 DC, cit., cons. 35.

¹⁵ Cfr. M. DE VILLIERS, *La jurisprudence 1985 du Conseil constitutionnel (suite)*, in *La Revue administrative*, 1986, 353.

¹⁶ Sul punto v. V. GOESEL-LE BIHAN, *Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel: défense et illustration d'une théorie générale*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 45, 2001, 67 ss.; EAD., *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: figures récentes*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 70, 2007, 269 ss.

all'obiettivo di prevenzione perseguito»¹⁷. Ciò può portare a conseguenze in parte dissonanti con quanto si è detto finora: lo scrutinio di proporzionalità tiene conto di elementi che vanno al di là delle prescrizioni costituzionali e hanno a che fare con la sostanza stessa della legge sospettata d'incostituzionalità. Il senso di questa evoluzione era stato colto con preveggenza da Georges Vedel: «il ricorso, da parte del *Conseil constitutionnel*, al principio di proporzionalità sembra discostarsi dall'esigenza primitiva dell'“errore manifesto”, anche se la parola “manifestamente” è spesso utilizzata in un senso che appare affievolito. Così, il principio di proporzionalità ha perso o, per il *Conseil constitutionnel*, sta perdendo il suo carattere di tecnica di soccorso, funzionale a limitare un esercizio anormale del potere discrezionale [del legislatore]. Trova spazio come un principio di logica giuridica nel *bloc* generale delle norme di riferimento e serve a delimitare *prima facie* competenze e potere discrezionale»¹⁸.

In terzo luogo, non rientra fra i compiti del *Conseil* mettere in discussione le scelte del legislatore sulla base dello stato delle conoscenze e delle tecniche. Al legislatore è consentito in qualsiasi momento modificare o abrogare testi anteriori, dettando, all'occorrenza, una nuova disciplina. Così facendo, però, il legislatore non può spingersi fino a privare di garanzie giuridiche esigenze di valore costituzionale¹⁹. Questa linea argomentativa ha acquisito una notevole importanza nell'ultimo decennio, in particolare nel contenzioso costituzionale in materia sanitaria ambientale. Così, valutando la compatibilità con la Costituzione di disposizioni che vietavano la produzione, lo stoccaggio e la circolazione in Francia dei prodotti fitofarmaceutici che contengono sostanze attive non approvate dall'Unione europea, il *Conseil* ha osservato che il legislatore ha perseguito lo scopo di prevenire danni alla salute umana e all'ambiente e ha ritenuto, «sulla base dello stato delle conoscenze», di non censurare le disposizioni impugnate²⁰. Rimane, però, la possibilità che venga verificata la

¹⁷ *Decisione n. 2008-562 DC, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 13.

¹⁸ G. VEDEL, *Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II)*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 2, 1997, 133 s.

¹⁹ *Decisione n. 2001-446 DC del 27 giugno 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, cons. 4. In quel caso, le esigenze di valore costituzionale evocate dal *Conseil constitutionnel* imponevano la presenza di una disciplina legislativa dell'interruzione volontaria di gravidanza. Sul punto v., recentemente, O. BEAUD, *Réplique à une réponse. Contenu et portée d'une controverse sur la constitutionnalisation du droit de recourir à l'avortement*, in *JP Blog*, 1 aprile 2023.

²⁰ *Decisione n. 2019-823 QPC del 31 gennaio 2020, Union des industries de la protection des plantes* [Divieto di produzione, stoccaggio e circolazione di taluni prodotti fitofarmaceutici], par. 9.

pertinenza delle misure contestate rispetto allo scopo perseguito. Così, in una precedente decisione il *Conseil* rilevava che la sospensione della fabbricazione e dell'esportazione di imballaggi alimentari contenenti bisfenolo A sul territorio francese o a partire da esso non incideva sulla commercializzazione di tali prodotti all'estero, dove essa era spesso consentita; ne derivava, perciò, una limitazione della libertà d'impresa non giustificata dall'obiettivo di tutelare la salute umana²¹.

²¹ Decisione *n. 2015-480 QPC del 17 settembre 2015, Association Plastics Europe* [Sospensione della fabbricazione, dell'importazione, dell'esportazione e dell'immissione in commercio di tutti gli imballaggi a uso alimentare contenenti bisfenolo A], par. 8.

GERMANIA

di Edoardo Caterina

1. Tribunale costituzionale federale e discrezionalità legislativa

Nella legislazione tedesca sul Tribunale costituzionale federale non vi sono disposizioni analoghe a ciò che il legislatore italiano ha stabilito, all'art. 28 della legge n. 87 del 1953, per la Corte costituzionale. Tuttavia, è ben presente nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale la nozione di discrezionalità del legislatore (*Ermessen des Gesetzgebers*, o più semplicemente *Sache des Gesetzgebers*, affare del legislatore), molto spesso declinata nei termini di *Gestaltungs-*; *Wertungs-* *Einschätzungsspielraum*, con cui si vuole in sostanza indicare il margine di apprezzamento riservato al legislatore¹. Tale margine deriva dallo stesso principio democratico e dalla separazione dei poteri, per cui la costituzione va intesa come “ordinamento-cornice” (*Rahmenordnung*) entro il quale il legislatore è chiamato a compiere le scelte fondamentali².

In questa sede non è possibile analizzare in modo esaustivo la complessa, e oggetto di vari sviluppi nel corso del tempo, giurisprudenza del Tribunale in materia. In linea di principio si possono distinguere due grandi ambiti in cui è possibile inquadrare l'atteggiamento del giudice costituzionale nei confronti del legislatore.

Un primo ambito, cui sicuramente gli studi hanno dedicato maggiore attenzione, è quello dei diritti fondamentali. Qui il rapporto è dominato dalla dogmatica della proporzionalità e del bilanciamento. Il Tribunale, se da un lato ha in astratto riconosciuto al legislatore un certo margine di discrezionalità nella predisposizione delle tutele dei diritti fondamentali (*Schutzpflicht*), dall'altro ha

¹ Per una trattazione in tedesco, ricca di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, del problema del margine di apprezzamento del legislatore e dei vari modelli teorici a tal proposito elaborati: N. PETERSEN, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 90 ss. In italiano, si veda: G. DELLEDONNE, *Giurisdizione costituzionale e politica nella “Repubblica di Karlsruhe”*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, vol. II, *Dialoghi ‘esemplari’: le esperienze straniere*, Bologna, Bononia University Press, 2017, 31 ss.

² Su questa concezione si veda in particolare: U. DI FABIO, *Gewaltenteilung*, in *HStR*, vol. II, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2004, § 27 (613 ss.); per un quadro aggiornato del dibattito dottrinale tedesco sulla discrezionalità del legislatore: S.-P. HWANG, *Verfassungsordnung als Rahmenordnung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

sempre esercitato un pervasivo scrutinio sulla proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) delle misure limitative dei diritti fondamentali. In tale frangente è diventata ormai una prerogativa del Tribunale il valutare il bilanciamento (*Abwägung*) effettuato dal legislatore tra concorrenti diritti fondamentali, anche parametrando all'ordinamento valoriale (*Werteordnung*) posto dalla Legge fondamentale (LF), al cui vertice si trova il principio dell'intangibilità della dignità umana (*Menschenwürde* – Art. 1, comma 1, Legge fondamentale)³. D'altra parte, il legislatore è sempre tenuto, ai sensi dell'art. 19, comma 2, LF, a garantire i diritti fondamentali nel loro nucleo essenziale (*Wesensgehalt*), e ciò ha ovviamente un peso notevole nel bilanciamento effettuato dal Tribunale⁴. Questa impostazione è stata talora accesa criticata in dottrina sia per motivi dogmatici, sia per via della asserita svalutazione del ruolo del legislatore⁵. Va infine segnalato che il Tribunale costituzionale ha anche fatto propria una dottrina che può essere vista come volta ad ampliare la discrezionalità del legislatore. Si tratta della “riserva del possibile” (*Vorbehalt des Möglichen*)⁶, in base alla quale non è comunque possibile pretendere dal legislatore sforzi insostenibili, specie dal punto di vista finanziario, al fine di realizzare pienamente i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Solo ciò che “l'individuo può ragionevolmente pretendere dalla società” potrà essere nell'orizzonte del giudice costituzionale chiamato a valutare la legittimità

³ La letteratura tedesca è sterminata. Per una ricostruzione critica ampia e ricca di utili riferimenti si fa rinvio per tutti a: N. PETERSEN, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, cit., 111 ss.; H. DREIER, *Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG*, in Id. (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, 3. ed., vol. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, Rn. 145 ss. In italiano si rinvia a: G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, 379 ss.; A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Gruppo di Pisa*, 2/2016; P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 111 ss.; G. DELLEDONNE, *Bilanciamenti e interpretazioni conformi nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco*, in G. REPETTO, F. SAIITO, *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, Napoli, Jovene, 2020, 141 ss.

⁴ Sulla *Wesensgehaltsgarantie* non si può non rinviare alla classica trattazione di P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1972.

⁵ Sul lato dogmatico si veda : W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat*, Dunckler & Humblot, Berlin, 1997.

⁶ Su cui si veda la recente monografia: L. MUNARETTO, *Der Vorbehalt des Möglichen. Öffentliches Recht in begrenzten Möglichkeitsräumen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022. Cfr. anche O. DEPENHEUER, *Vorbehalt des Möglichen*, in *HStR*, vol. XII, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2014, § 269 (557 ss.). Nella giurisprudenza costituzionale la formula della riserva del possibile è comparsa dapprima nella pronuncia del 18 luglio 1972 (BVerfGE 33, 303, 333) in materia di numero chiuso per l'accesso a facoltà universitarie; più di recente si veda l'ordinanza del 19 novembre 2021, BVerfGE 159, 355, sulla chiusura delle scuole durante la pandemia.

costituzionale di una legge. Tale dottrina si presta soprattutto ad essere applicata nell'ambito dei diritti sociali.

Un secondo ambito è invece quello dell'organizzazione dello Stato. Qui va segnalata quella giurisprudenza costituzionale che ha in sostanza teorizzato la *Befangenheit*, la parzialità, del legislatore in alcuni particolari ambiti decisionali⁷, con ciò riservando al Tribunale un sindacato di legittimità costituzionale particolarmente intenso che di recente ha addirittura condotto a uno scrutinio esteso alle motivazioni del legislatore, con conseguente drastico ridimensionamento della stessa valutazione di opportunità tradizionalmente riservata all'attore politico. Viene qui soprattutto in rilievo la giurisprudenza costituzionale sulla legislazione elettorale e sul finanziamento pubblico di partiti politici e fondazioni politiche.

Nel paragrafo seguente si cercherà di delineare, per sommi capi, le argomentazioni seguite dal Tribunale in alcuni specifici ambiti. Dati i ristretti spazi offerti da questa sede ci si limiterà ad illustrare cinque casi paradigmatici.

2. La discrezionalità del legislatore attraverso alcune pronunce della giurisprudenza costituzionale

2.1. La discrezionalità del legislatore in materia di diritti fondamentali

2.1.1. I diritti sociali

Nella giurisprudenza costituzionale sui sussidi sociali *Hartz-IV* (il riferimento va alla sentenza del 9 febbraio 2010, BVerfGE 125, 175, e a quella del 5 novembre 2019, BVerfGE 152, 68)⁸, il Tribunale costituzionale ha riconosciuto che il legislatore gode di una tendenziale discrezionalità (*Gestaltungsspielraum*)

⁷ Ciò è vero soprattutto in materia elettorale. Si veda, ad es., BVerfGE 120, 82, 105 in materia di soglie di sbarramento: «Si rende in tal senso necessario uno scrutinio rigoroso anche per via del fatto che la maggioranza parlamentare si trova in un certo qual modo a decidere *in causa sua* quando deve predisporre regole che toccano le condizioni della competizione politica». Il concetto era già emerso nella pronuncia del 1975 sulle indennità dei parlamentari: BVerfGE 40, 296, 327. Sul problema della «parzialità del legislatore» si vedano, in dottrina: T. STREIT, *Entscheidung in eigener Sache*, Dunckler & Humblot, Berlin; H. LANG, *Gesetzgebung in eigener Sache: eine rechtstheoretische und rechtssystematische Untersuchung zum Spannungsverhältnis von Distanzgebot und Eigennutz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

⁸ Su quest'ultima, in italiano, si veda: S. HABERL, *Hartz IV, il sistema delle sanzioni e ciò che il "Bundesverfassungsgericht" (non) ha detto*, in *DPCE online*, 4/2020, 4583 ss.

nel disegnare le prestazioni sociali da garantire ai singoli in nome del loro diritto fondamentale a un minimo vitale (*Existenzminimum*), desumibile dall'art. 1, comma 1, letto in combinato con l'art. 2, comma 1 LF. Ciò vale per tutti i diritti di prestazione (*Leistungsrechte*) tipici dello Stato sociale. Il Tribunale ha tuttavia posto al contempo dei limiti notevoli alla discrezionalità del legislatore. La sentenza del 2010 ha imposto al legislatore che l'importo dei sussidi sia determinato sulla base di un *procedimento informato e trasparente*. Per i sussidi sociali in generale il giudice costituzionale non potrà che effettuare un controllo esteriore censurando se del caso prestazioni manifestamente inadeguate a coprire i fabbisogni in questione. Per quanto riguarda invece quei sussidi che attengono al "minimo vitale", il giudice dovrà esercitare uno scrutinio molto più rigoroso, valutando nel dettaglio la procedura di calcolo seguita per la determinazione dell'importo della prestazione e gli elementi presi in considerazione a tal fine. Con la sentenza del 2019 il Tribunale si è occupato invece delle sanzioni per i percettori dei sussidi sociali in caso di mancata collaborazione con i centri per l'impiego. Alcune di queste sanzioni sono state giudicate costituzionalmente illegittime in quanto, per via dell'*automatismo* con cui il legislatore le prevedeva in un importo fisso, risultavano in violazione del principio di proporzionalità. Anche qui si afferma un rigoroso scrutinio di proporzionalità per le misure disposte dal legislatore che hanno l'effetto di creare un "aggravio straordinario" per i percettori dei sussidi sociali: «il margine di apprezzamento del legislatore, altrimenti ampio nella valutazione dell'adeguatezza, della necessità e della ragionevolezza della disciplina in base al quale è modellato lo Stato sociale, diviene ristretto in questo ambito. Le previsioni sugli effetti di tali disposizioni devono essere sufficientemente affidabili; quanto più a lungo la disciplina è rimasta in vigore e il legislatore è quindi in grado di ottenere valutazioni suffragate da dati di fatto, tanto meno è sufficiente procedere sulla base di ipotesi plausibili» (*Leitsatz 3*).

2.1.2. *Il fine vita*

Di notevole interesse è in questa sede la sentenza del 26 febbraio 2020 (BVerfGE 153, 182) sull'aiuto al suicidio prestato con modalità commerciali⁹. Il

⁹ In Italiano, si veda: G. BATTISTELLA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale del suicidio» (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il «caso Cappato»*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, 319 ss. Si veda anche la relativa segnalazione a cura dell'Area di Diritto Comparato, consultabile al link: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1585574077438.pdf.

Tribunale costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del § 217 del Codice penale (*Strafgesetzbuch*), che incriminava appunto la condotta di aiuto al suicidio prestato nell'ambito di una attività commerciale, per violazione del diritto all'autodeterminazione desumibile dall'art. 1, comma 1, e dall'art. 2, comma 1, LF. L'argomentazione seguita dal Tribunale va per certi versi *oltre il canonico test di proporzionalità* e sembra addentrarsi più a fondo nello *scrutinio della discrezionalità del legislatore*¹⁰, negando in sostanza che il legislatore goda della stessa libertà nell'attuare la sua *Schutzpflicht* in presenza di diritti costituzionali di primaria rilevanza e distaccandosi dal modello della *abgestufte Prognosespielräume*¹¹. Infatti, nella pronuncia si riconosce che lo scopo perseguito dal legislatore, quello di tutelare l'autodeterminazione e il diritto alla vita, era legittimo e i mezzi utilizzati per perseguirlo idonei e necessari. Ciò in quanto, secondo il Tribunale, non è chiaro in che misura la possibilità di suicidio assistito in forme commerciali possa determinare significative pressioni sui singoli a porre fine alla propria vita con tale mezzo. Gli effetti nel lungo periodo di simili misure, affermano i giudici costituzionali, non sono ancora stati oggetto di studi scientifici (Rn. 238). In tale contesto di incertezza, da un lato, "è sufficiente che il legislatore si sia orientato verso una valutazione appropriata e giustificabile alla luce delle informazioni e delle possibilità conoscitive a sua disposizione" (ivi), come nel caso di specie è avvenuto. Tuttavia, dall'altro lato, prosegue il Tribunale (Rn. 264), "la punibilità della promozione del suicidio su base commerciale ha come conseguenza che il diritto al suicidio come espressione del diritto all'autodeterminazione del morire viene di fatto largamente vanificato in alcune casistiche", cosicché "l'autodeterminazione del fine vita rimane sospesa in un ambito essenziale, il che non è in linea con il significato esistenziale di questo diritto fondamentale" (ivi). Occorre qui soppesare il sacrificio del diritto fondamentale con il beneficio che ne trae la collettività, e quanto più rilevante è il sacrificio, tanto maggiore dovrà essere il beneficio che ne trae la collettività, perché la misura sia giustificabile. Ne segue che in questo caso, dove in gioco è il centrale diritto all'autodeterminazione, la decisione del legislatore è sottoposta a uno scrutinio particolarmente intenso (*hohe Kontrolldichte* – Rn. 266). Se il legislatore esclude alcune forme di esercizio di libertà costituzionalmente garantite, nell'assunto che vi siano *alternative disponibili* a tal fine, allora le

¹⁰ Critico in questo senso: H. LANG, in *NJW*, 2020, 1562 ss.

¹¹ Si tratta del modello elaborato dal Tribunale nella sentenza sulla codecisione del 1978 (BVerfGE 50, 290, 332 s.), in base al quale al legislatore vanno riconosciuti maggiori margini di discrezionalità in caso di incertezza sui risultati empirici della regolazione. Su questa teoria: N. PETERSEN, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, cit., 91 s.

rimanenti possibilità date dall'ordinamento devono essere idonee nei fatti a garantire l'esercizio delle medesime libertà" (Rn. 283). Alla luce di argomentazioni tanto articolate e complesse (di cui si è dato conto soltanto alcuni punti), che da un lato riconoscono la possibilità (forse la doverosità) di un intervento legislativo, e dall'altro conducono alla illegittimità della disciplina di legge scrutinata, la conclusione della sentenza è dedicata proprio alle (residue) possibilità di intervento del legislatore che, secondo la Corte, rimangono ampie (Rn. 339), soprattutto sul versante procedurale in termini di requisiti richiesti per poter procedere al suicidio. Al legislatore rimane tuttavia preclusa la possibilità di fare dipendere la liceità del suicidio assistito da "criteri materiali", come ad es. la presenza di una malattia inguaribile (Rn. 340).

2.1.3. *Il diritto al clima delle future generazioni*

Con il *Klimabeschluss* del 24 marzo 2021 (BVerfGE 157, 30), il Tribunale costituzionale ha dichiarato l'incompatibilità con i diritti fondamentali di alcune disposizioni della legge sulla protezione del clima (*Klimaschutzgesetz - KSG*) "nella misura in cui non contengono alcuna previsione concernente l'aggiornamento degli obiettivi di riduzione delle emissioni per i periodi dal 2031 in poi che soddisfi i requisiti costituzionali di cui in motivazione"¹². In tale decisione assume particolare rilievo la nozione di discrezionalità del legislatore. Il Tribunale ha infatti rigettato le questioni relative agli obiettivi di riduzione delle emissioni per il periodo fino al 2030 rilevando in più di un punto che la quantificazione di tali obiettivi, rappresentando una *Schutzpflicht* del legislatore, rientrava nel margine di apprezzamento del legislatore stesso, anche alla luce degli accordi di Parigi (Rn. 162 ss. e 229 s.). Qui il discorso riguardava soprattutto gli obblighi del legislatore alla luce del principio costituzionale di tutela dell'ambiente di cui all'art. 20a LF. Secondo il Tribunale, «l'art. 20a LF lascia al legislatore un ampio margine di apprezzamento. In linea di principio non è compito dei tribunali il ricavare dalla formulazione aperta dell'art. 20a LF limiti quantificabili al riscaldamento terrestre e quindi i corrispondenti quantitativi di emissioni o gli obiettivi di riduzione. Nondimeno l'art. 20a LF non può neppure essere del tutto vanificato nella sua dimensione precettizia di tutela del clima. Rimane in tal senso compito del controllo esercitato dalla giurisdizione costituzionale vigilare sul rispetto delle limitazioni di cui all'art. 20a LF (...). Non

¹² Su tale sentenza in italiano si veda: J. JAHN, *Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2022, 47 ss.

vi è alcun elemento che possa far ritenere che l'art. 20a LF, a differenza delle altre disposizioni costituzionali, abbia un contenuto normativo la cui interpretazione e applicazione sia sottratta al controllo giudiziario» (Rn. 207). Alla luce di questi principi il Tribunale ha ritenuto costituzionalmente insufficienti, in quanto in violazione del principio di proporzionalità, gli obiettivi posti per il periodo successivo al 2030. Il legislatore, infatti, si era limitato e rinviare a una successiva decisione da prendersi nel 2025 la determinazione di tali obiettivi, cosicché l'obbligo di protezione per tale periodo, pur da attuarsi riconoscendo una certa discrezionalità del legislatore, era vanificato in quanto non determinato in modo puntuale e tempestivo.

2.2. La discrezionalità del legislatore in materia di organizzazione dello Stato

2.2.1. Il finanziamento pubblico dei partiti politici e delle fondazioni politiche

a) Con la recente sentenza del 24 gennaio 2023 (*Urteil des Zweiten Senats vom 24. Januar 2023 - 2 BvF 2/18 -*), il Tribunale costituzionale ha posto un importante vincolo alla discrezionalità del legislatore esigendo in alcune circostanze particolari oneri di motivazione.

La legge del 10 luglio 2018 aveva modificato la legge sui partiti politici (*Parteiengesetz - PartG*), portando da circa 165 a 190 milioni di euro l'importo massimo annualmente erogabile ai partiti politici a titolo di finanziamento pubblico parziale (c.d. "*absolute Obergrenze*", "limite massimo assoluto"). La legge era stata approvata dal *Bundestag* in soli dieci giorni. Nella relazione illustrativa della legge si giustificava la maggiore spesa con l'incremento dei costi provocato dalla comunicazione digitale e dal ricorso a nuovi strumenti partecipativi interni ai partiti.

Secondo il Tribunale, la legge risultava in violazione dell'art. 21, comma 1, primo periodo, della Legge fondamentale, e in particolare del principio della "libertà dallo Stato" (*Staatsfreiheit*) dei partiti ivi desumibile. Tale principio implica che i partiti realizzino una propria indipendenza economica dagli organi dello Stato sforzandosi di raccogliere risorse finanziarie con i propri mezzi. Di converso, i partiti possono attingere alle casse dello Stato solo per quanto strettamente necessario all'adempimento dei propri compiti di rilievo costituzionale. Ne segue che solo in presenza di nuove circostanze particolari, che riguardino nel complesso l'intero sistema dei partiti e siano esogene ad esso, il

legislatore potrà aumentare il volume complessivo delle sovvenzioni pubbliche. In una simile evenienza l'aumento dovrà essere tuttavia strettamente limitato al fabbisogno di risorse aggiuntive necessarie all'assolvimento dei compiti costituzionalmente attribuiti ai partiti, di modo che non ne sia compromesso il funzionamento. Ciò posto, incombe sul legislatore un particolare onere di motivazione circa le ragioni che giustificano un aumento del finanziamento pubblico. Già durante il procedimento legislativo devono emergere con chiarezza le valutazioni che hanno condotto a un nuovo e diverso apprezzamento dello stato delle cose. Nel caso di specie le ragioni addotte dal legislatore (la digitalizzazione e i nuovi strumenti di partecipazione intrapartitica) appaiono sufficientemente verosimili per giustificare l'incremento delle sovvenzioni pubbliche. Nondimeno il legislatore ha ommesso di chiarire in base a cosa sia stato calcolato il fabbisogno aggiuntivo, né ha dimostrato che l'aumento sia limitato allo stretto indispensabile per salvaguardare la capacità di funzionamento dei partiti. Il legislatore sarebbe stato invece tenuto a illustrare quanto meno quale fosse l'ordine di grandezza del fabbisogno finanziario aggiuntivo provocato dal mutamento dello stato delle cose. A ben vedere, l'importo dell'aumento del massimale del finanziamento pubblico è stato calcolato sulla base delle maggiori sovvenzioni potenzialmente erogabili in seguito alla novella del PartG del 2015, che determinava un aumento dei contributi pubblici spettanti a ogni partito sulla base dei voti conseguiti e delle donazioni ricevute; tale aumento risultava tuttavia "vanificato" dal raggiungimento del tetto massimo al finanziamento pubblico stabilito dalla stessa legge.

b) Anche un'altra recente decisione in tema di finanziamento della politica si è mossa nel senso di imporre particolari oneri procedurali al legislatore in modo da limitare la sua discrezionalità. Si tratta della sentenza del 22 febbraio 2023 (*Urteil des Zweiten Senats vom 22. Februar 2023 - 2 BvE 3/19 -*). Con questa pronuncia il Tribunale ha stabilito che l'approvazione della legge di bilancio per l'anno 2019 ha leso il partito *AfD* nel suo diritto alle pari opportunità (*Chancengleichheit*) derivante dall'art. 21, comma 1, primo periodo, della Legge fondamentale. In particolare, l'atto lesivo è consistito nella mancata attribuzione di sovvenzioni pubbliche alla *Desiderius-Erasmus-Stiftung* (DES), la fondazione politica affiliata al partito *AfD*. Secondo il Tribunale, deve essere una apposita legge a disciplinare i requisiti di accesso delle fondazioni alle sovvenzioni pubbliche e i relativi criteri di ripartizione, dati i notevoli effetti che il finanziamento pubblico delle fondazioni può spiegare sulla competizione politica e la conseguente incidenza che può avere sul diritto di ogni partito a concorrere ad armi pari nella formazione della volontà politica nazionale. Non è invece sufficiente che la decisione circa il

finanziamento delle fondazioni avvenga con l'approvazione della legge di bilancio. In considerazione dell'elevato importo delle sovvenzioni e dei loro effetti sulla competizione politica, il legislatore ha il dovere di stabilire in via generale e astratta i requisiti per accedere al beneficio e i criteri di ripartizione delle sovvenzioni. Gli accordi politici e la prassi parlamentare formatasi non bastano a soddisfare la riserva di legge presente in materia. Nell'assolvere al suo compito, il legislatore dovrà inoltre rispettare il principio di eguaglianza e delle pari opportunità dei partiti politici. Il legislatore quindi in definitiva non è libero di attribuire sovvenzioni in modo provvedimentale ad attori politici (anche in senso lato), ma ha l'obbligo di ripartire i contributi pubblici sulla base di regole generali e astratte.

2.2.2. La legislazione elettorale

Il Tribunale costituzionale ha affermato a più riprese che il legislatore dispone solo di uno "stretto margine di discrezionalità" (*eng bemessener Spielraum*) in materia elettorale¹³ e che soltanto "cogenti motivi giustificatori" gli consentono, nell'ambito di un sistema elettorale "misto", di "deviare" dal principio proporzionalistico insito nel precetto del voto eguale (e nella connessa garanzia di una tendenziale eguaglianza nel "valore di risultato" del voto)¹⁴. Viene qui soprattutto in rilievo la sentenza 25 luglio 2012 (BVerfGE 131, 316) con cui il Tribunale costituzionale, occupandosi del problema dei mandati in eccedenza (*Überhangmandate*), ha sostanzialmente riscritto la legge elettorale per il *Bundestag*. I mandati in eccedenza erano quei seggi ottenuti nei collegi "in più" rispetto ai voti di lista spettanti secondo la ripartizione proporzionale. La sentenza, di notevole complessità tecnica, ha perentoriamente richiesto una "proporzionalizzazione" del sistema. Addirittura, il Tribunale non si è astenuto dal "dare dei numeri" e ha posto un limite preciso ai "mandati in eccedenza" non compensati (BVerfGE 131, 316, 357): essi non devono in ogni caso superare la metà del numero di deputati necessario a costituire un gruppo parlamentare nel

¹³ *Ex multis*: BVerfGEE 95, 408, 418; 121, 266, 297; 124, 1, 19. In realtà il BVerfG ha anche affermato in altre occasioni che il margine di discrezionalità del legislatore è "ampio" (*weit*), con ciò contraddicendosi in parte (cfr. BVerfGE 59, 119, 124 s.). Al di là delle affermazioni di principio è indubitabile, alla luce della giurisprudenza, che gli spazi entro cui può muoversi il legislatore siano piuttosto angusti. Così anche: M. MORLOK, *Art. 38*, in H. Dreier (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, 3. ed., vol. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 977 (§ 63).

¹⁴ Sulla giurisprudenza in materia elettorale del Tribunale costituzionale federale si veda in italiano: G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 148 ss.

Bundestag (sarebbe a dire 15 mandati in eccedenza al massimo in un *Bundestag* composto da una base di 598 deputati). Nondimeno la Corte ha dovuto ammettere che questo numero dei mandati in eccedenza non può essere certo fondato sul dettato costituzionale sulla base di un esatto ragionamento giurisprudenziale. Il legislatore nel 2013 ha quindi attuato i principi della sentenza (con la 22sima legge di modificazione del *Bundeswahlgesetz*) e ha previsto l'assegnazione di mandati compensativi (*Ausgleichsmandate*) fino al totale assorbimento dell'effetto distorsivo prodotto dai mandati in eccedenza. Tale meccanismo elettorale è rimasto in sostanza in vigore fino alla recente riforma elettorale, approvata dal *Bundestag* nel marzo del 2023.

REGNO UNITO

di Raffaele Felicetti

1. La discrezionalità del legislatore inglese alla luce della *doctrine of parliamentary sovereignty*

Nell'ambito dei rapporti tra corti e legislatore, nell'ordinamento inglese rileva, in particolare, la *doctrine of parliamentary sovereignty*, che risolve il problema relativo alla discrezionalità di cui gode il secondo in maniera radicale e, per certi versi, anche peculiare. Nella sua essenza, il principio preclude alle corti di dichiarare l'illegittimità delle leggi del Parlamento.

1.1 Definizione

La *doctrine of parliamentary sovereignty* è tradizionalmente riconosciuta come la componente più importante dell'architettura costituzionale del Regno Unito¹. L'effetto principale della *doctrine* è di porre il Parlamento e sue leggi (gli *Acts of Parliament*) all'apice della gerarchia costituzionale², per tal via giungendo a preservare completamente la discrezionalità del legislatore. Nella sua essenza, la *doctrine* comporta che (i) il Parlamento è dotato del potere di approvare o abrogare qualsiasi legge; (ii) nessun organo può invalidare o abrogare un *Act of Parliament*; (iii) nessun Parlamento può adottare atti che vincolino il Parlamento successivo. Ne consegue, quindi, che a nessuna corte è permesso di dichiarare invalido o "incostituzionale" un *Act of Parliament*, e ciò persino se il Parlamento dovesse approvare leggi aberranti o oltraggiose.

Il principio si estende fino a precludere qualsiasi valutazione, non solo, come si dirà³, in ordine al processo legislativo in sé, ma anche in relazione a eventuali errori del parlamento. Il principio è emerso in maniera chiara nel caso *British*

¹ Cfr. UK PARLIAMENT, *Parliament's Authority*, <https://www.parliament.uk/about/how/role/sovereignty/>.

² Sulla *doctrine* cfr., *ex multis*, V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, pp. 3 ss. (1982); EUROPEAN SCRUTINY COMMITTEE, *The EU Bill and Parliamentary sovereignty*, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/633/633i.pdf> (2010).

³ *Infra* par. 1.2.

*Railways Board v Pickin*⁴. Nel riaffermare nuovamente il principio secondo cui le corti devono applicare gli *Acts of Parliament*, la *House of Lords* ha osservato come la validità di una legge non possa essere legittimamente messa in discussione sostenendo che il Parlamento è stato indotto in errore nel corso dell’emanazione di un atto legislativo. Secondo la decisione, le Corti non devono interferire o esprimere valutazioni in ordine alle modalità con cui il Parlamento ha esercitato la funzione legislativa. Significativa, sul punto, l’affermazione di *Lord Simon of Glaisdale*, secondo cui “le corti del Regno Unito non hanno il potere di dichiarare l’illegittimità di una legge promulgata” (“*the courts in this country have no power to declare enacted law to be invalid*”).

1.2 La *Enrolled Bill Rule*

Il principio è riflesso in maniera chiara nella *Enrolled Bill Rule*, secondo cui se una proposta di legge è stata approvata dalla *House of Commons* e dalla *House of Lords* e ha ricevuto il *Royal Assent*, le corti sono tenute ad applicare la legge e gli è preclusa non solo, come detto, una valutazione in ordine alla “legittimità” della stessa, ma anche qualsiasi indagine su quanto accaduto prima o durante il processo legislativo che ha portato all’approvazione⁵. In particolare, secondo la giurisprudenza⁶, se dall’analisi del *Parliamentary Roll* risulta che una proposta di legge è stata approvata da entrambe le camere e ha ricevuto il *Royal Assent* non è possibile per le corti effettuare alcuna valutazione sulle modalità con cui la proposta è stata introdotta in Parlamento, né su quanto avvenuto prima della sua introduzione o in Parlamento durante le varie fasi del processo legislativo.

1.3 I riflessi della *doctrine* sullo *Human Rights Act 1998*

Il principio della *Parliamentary sovereignty* non subisce deroghe significative neanche con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (la “Convenzione”), divenuta vincolante nel Regno Unito in seguito all’approvazione del *Human Rights Act 1998* (“HRA 1998”).

⁴ V. *British Railways Board v Pickin* [1974] AC 765, deciso dalla *House of Lords* (allora ancora titolare di funzioni giudiziarie).

⁵ Cfr., ad es., A. DENNETT, *Public Law Directions*, pp. 99 ss. (2019).

⁶ V., in particolare, il caso *Edinburgh and Dalkeith Railway Co v Wauchope* (1842) 8 Cl & F 710, anche questo deciso dalla *House of Lords*.

Da una prospettiva generale, occorre rilevare che, in base alla [section 3](#), le corti del Regno devono cercare di interpretare gli *Acts of Parliament* in maniera conforme alla Convenzione. Il principio dell'interpretazione conforme sancisce una chiara deroga al canone di interpretazione letterale delle leggi (c.d. *literal rule*), che le corti inglesi sono generalmente tenute a seguire proprio in ossequio al principio di sovranità parlamentare⁷. L'obbligo di interpretazione conforme finisce quindi, almeno a prima vista, per derogare alla *doctrine of parliamentary sovereignty*. Tuttavia, non possono ignorarsi due dati, che mitigano la portata derogatoria di tale disciplina e dimostrano, ancora una volta, l'importanza della *doctrine* nell'ordinamento. Anzi tutto, a tale deroga si è comunque pervenuti per scelta del legislatore inglese che, come menzionato, ha dato effetto alla Convenzione adottando l'HRA 1998: l'incorporazione dei diritti della Convenzione in un atto interno di diritto inglese si è resa necessaria proprio per consentire alle corti inglesi di dare effetto a tali diritti nel Regno Unito.

In secondo luogo, il principio di *parliamentary sovereignty* è immediatamente ripristinato qualora l'interpretazione conforme risulti impossibile. In questi casi, infatti, le corti potranno tutt'al più adottare una *declaration of incompatibility* ([section 4](#)). Questa, tuttavia, proprio alla luce della *doctrine of parliamentary sovereignty*, non produce alcun effetto abrogativo sulla disposizione interessata, che le corti saranno infatti tenute ad applicare, nonostante le incompatibilità con la Convenzione, per risolvere il caso. L'unico effetto della dichiarazione è di “segnalare” al Parlamento (o, a seconda dei casi, al Governo) il contrasto con la Convenzione. Quest'ultimo, poi, potrà eventualmente decidere di correggere l'incompatibilità, se del caso per mezzo delle procedure accelerate di cui alla [section 10](#) dell'HRA 1998.

⁷ La *literal rule* impone alle corti di interpretare le leggi in base al significato letterale e ordinario delle parole. Soltanto in subordine, nei casi in cui l'applicazione della *literal rule* porti a risultati assurdi (*absurd results*), le corti possono attribuire un diverso significato ad una o più parole (c.d. *golden rule*). Questo secondo approccio è comunque utilizzato raramente dalle corti, proprio per evitare di minare eccessivamente il principio di *parliamentary sovereignty*. Altre tecniche di interpretazione cui le corti possono ricorrere, sempre in subordine alla *literal rule*, sono la *mischief rule* e la *purposive rule*. In base alla prima, le corti individuano il problema che la legge da interpretare intende risolvere e adattano l'interpretazione delle parole delle disposizioni per ottenere questo risultato. In base alla seconda, le corti indagano sulle ragioni per cui la legge da interpretare esiste e sugli scopi di politica legislativa che con questa si è inteso perseguire. Questa seconda tecnica si avvicina alla *mischief rule* sebbene, a differenza di questa, la *purposive rule* consente alle corti di interpretare la legge anche attingendo a fonti “esterne”, tra cui ad esempio il contenuto dei dibattiti parlamentari riportati nell'*Hansard* e i *Commons briefing papers*.

SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

1. La configurazione iniziale del ruolo del massimo interprete costituzionale

Il Titolo IX della Costituzione spagnola del 1978, dedicato alla giurisdizione costituzionale, e la legge organica n. 2/1979 sul Tribunale costituzionale non contengono previsioni che possano ritenersi simili a quelle dell'art. 28 della legge italiana n. 87 del 1953. Il Tribunale costituzionale, tuttavia, si è ben presto pronunciato sui rapporti tra la discrezionalità politica e l'illegittimità costituzionale.

Fin dalle sue prime sentenze, il Tribunale costituzionale ha definito il proprio ruolo in negativo. Ha così dichiarato che, non essendo assimilabile al legislatore (*STC 5/1981*, del 13 febbraio, FJ 6), non gli spetta giudicare sull'opportunità¹, sulla correttezza tecnica né sull'efficacia dell'operato del legislatore. Per converso, il Tribunale riconosce e rispetta l'ampio margine di discrezionalità del legislatore e la libertà di configurazione riconosciutagli dalla Costituzione²⁻³, la quale non contiene un programma politico chiuso o predefinito. Anzi, nel quadro della Costituzione rientrano opzioni politiche plurali, di segno molto diverso,

¹ «Il giudizio di legittimità non può essere confuso con un giudizio sulle intenzioni politiche, ma ha come finalità il contrasto astratto e oggettivo delle norme di legge denunciate con quelle che fungono da parametro della costituzionalità. Ferma restando la competenza del Tribunale per valutare la conformità della legge impugnata ai valori e ai principi costituzionali, lo specifico obiettivo politico che il legislatore ha inteso raggiungere non è di competenza del Tribunale, ma piuttosto un problema di semplice valutazione politica, che dovrebbe essere sollevato e discusso in altri momenti e in altre sedi, secondo le regole democratiche dell'azione e della critica politica» (*STC 239/1992*, del 17 dicembre, FJ 2).

² Al punto che il legislatore democratico non ha l'onere di esplicitare i motivi che lo hanno portato ad adottare una certa decisione, nell'esercizio della sua libertà di configurazione; eccezion fatta per i casi in cui si denuncia una situazione di discriminazione, l'*onus probandi* della presunta irragionevolezza del legislatore grava sul ricorrente (v. la *STC 49/2008*, del 9 aprile, FJ 5).

³ In alcune occasioni, la dottrina ha criticato l'eccessiva deferenza verso il legislatore. Per citare un esempio, è solo dalla *STC 68/2007*, del 28 marzo, che comincia a farsi largo l'idea di realizzare effettiva verifica dei presupposti abilitanti della decretazione di urgenza ex art. 86 Cost. Cfr. A. CARMONA CONTRERAS, *Decreto-ley y crisis económica. O cuando la necesidad (política) no hace virtud (constitucional)*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2017, 107-138. Sul limitato controllo di alcune norme del regime elettorale, v. invece M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, *La sombra de las political questions. Notas críticas sobre las STC 197/2014 y 15/2015 sobre las normas electorales para la elección de las Cortes de Castilla-La Mancha*, in *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n. 28, 2015, 73-103.

come riconosciuto pacificamente dalla *STC 11/1981*, dell'8 aprile, sul diritto di sciopero, fino alla recente *STC 19/2023*, del 22 marzo, che ha dichiarato la legittimità della disciplina sull'eutanasia⁴.

Alla base di questa posizione, si pone il rispetto del principio di separazione dei poteri: «[l]a legge, come emanazione della volontà popolare, in via di principio, può essere derogata o modificata solo dai rappresentanti di questa volontà, e solo per il caso in cui la disposizione di legge contravvenga la Costituzione è stato concesso a questo Tribunale il potere di annullarla [con effetti *erga omnes*]. Tuttavia, questo potere può essere utilizzato solo quando lo esigano ragioni molto gravi e solide [...] [Mancando queste,] il rispetto per il legislatore esige che questo Tribunale si astenga dall'effettuare alcun pronunciamento»⁵ (*STC 17/1981*, del 1° giugno, FJ 4).

2. Il *self-restraint* del Tribunale costituzionale dinanzi alle cc.dd. questioni politiche

La «netta» distinzione dei ruoli tra l'organo di indirizzo e l'organo di controllo risponde, oltre che ai motivi sopra illustrati, anche ad altri ricollegabili al riconoscimento della propria legittimazione, che hanno portato il Tribunale costituzionale a propendere per un atteggiamento di collaborazione con il legislatore⁶ e di (auto)limitazione anziché per l'attivismo.

⁴ Tuttavia, nel caso di specie, i giudici costituzionali Enrique Arnaldo Alcubilla e Concepción Espejel Jorquera hanno evidenziato come la maggioranza abbia finito per limitare la discrezionalità del legislatore. Riconoscendo un «nuovo» diritto fondamentale all'autodeterminazione riguardo alla propria morte in un contesto eutanasi, il Tribunale avrebbe precluso al legislatore la possibilità di operare scelte normative diverse in futuro, senza tener conto che, come dichiarato in precedenti decisioni, «la reversibilità delle decisioni normative è inerente all'idea di democrazia» (*STC 31/2010*, del 28 giugno, FJ 6).

⁵ Ad avviso del giudice costituzionale Tomás y Valiente, anche evitando di dire al legislatore cosa dovrebbe aggiungere affinché norme dichiarate incostituzionali risultassero legittime. V. la nota opinione dissenziente alla *STC 53/1985*, sul ricorso in via preventiva riguardante la depenalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza, e F. TOMÁS Y VALIENTE, *A modo de sugerencia (notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador)*, in AAVV, *El parlamento y sus transformaciones actuales*, 1990, 17-26.

⁶ Cfr. A. FIGUERUELO BURRIEZA – L.-Q. VILLACORTA MANCEBO, *La relación entre el Legislador y el Tribunal Constitucional: una panorámica sobre el control y la cooperación a desarrollar*, in *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 38, 2018, 47-90.

Il Tribunale costituzionale non esclude⁷ il giudizio sulle cc.dd. *political questions*, ma affronta ogni questione dalla prospettiva della difesa della supremazia e della normatività della Costituzione⁸. Si pensi, ad esempio, ai molteplici giudizi di legittimità astratti riguardanti la c.d. *cuestión catalana* (ovvero, il tentativo di secessione della Catalogna nel 2017), in cui in collegio ha operato uno sforzo per giungere a decisioni unanimi⁹ e, soprattutto, «tecniche». Analogo atteggiamento è stato tenuto in precedenti decisioni sull'indipendentismo basco (il c.d. *piano Ibarretxe*). In questi contesti, il Tribunale ha dichiarato a più riprese che il costituente spagnolo non ha optato per un modello di democrazia militante¹⁰, per cui è legittimo difendere la separazione dei territori dallo Stato, ma nel rispetto dei procedimenti di revisione costituzionale.

Per contro, in passato ha suscitato molte reazioni critiche¹¹ la [STC 136/1999](#), del 20 luglio, con cui il *plenum* ha accolto il ricorso di *amparo* presentato dai vertici dell'associazione politica basca Herri Batasuna condannati ad una pena detentiva di sette anni dal Tribunale supremo per collaborazione con banda armata. La sentenza ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 174 *bis*, lettera a), del Codice penale del 1973 (già abrogato) perché obbligava il giudice ad imporre una sanzione minima di cinque anni di privazione di libertà, a prescindere della gravità degli atti di collaborazione posti in essere; era quindi contraria al principio di legalità in materia penale, perché non superava il *test* di proporzionalità. Il

⁷ Talvolta, in relazione all'alto grado di politicizzazione della questione su cui avrebbe dovuto pronunciarsi, il Tribunale ha posticipato il dibattimento e, di conseguenza, la decisione, ciò che è accaduto nel caso della novella dello Statuto di autonomia catalano del 2006 (giudicata con la [STC 31/2010](#), del 28 giugno) e in quello della riforma dell'aborto del 2010 ([respinta nel 2023](#)).

⁸ La dottrina ha evidenziato come la Spagna non abbia seguito le orme del dibattito sviluppatosi sul tema negli Stati Uniti o in Germania. Al riguardo, v. C. LANDA ARROYO, [Justicia Constitucional y political questions](#), in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 4, 2000, 173-204.

⁹ Diversamente da quanto è accaduto nel giudicare i ricorsi di *amparo* dei politici catalani condannati per sedizione, rigettati ma con rilevanti opinioni dissenzianti riguardanti il difetto di proporzionalità delle condanne, che possono annoverarsi tra i motivi che hanno portato il legislatore ad abrogare questo reato alla fine del 2022. Su questo tema v. D. CAMONI RODRÍGUEZ, *Tribunal Constitucional, cuestión catalana y votos particulares: ¿se nos rompió la unanimidad (de tanto usarla)?*, in *Revista general de derecho constitucional*, n. 33, 2020.

¹⁰ V. la [STC 48/2003](#), del 12 marzo, riguardante la legge organica n. 6/2002 sui partiti politici.

¹¹ V., per tutti, J.M. BILBAO UBILLOS, [La excarcelación tenía un precio. El tribunal enmienda la plana al legislador \(Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB\)](#), in *Revista española de derecho constitucional*, n. 58, 2000, 277-342.

Tribunale costituzionale sarebbe andato oltre il controllo dell'arbitrarietà, sostituendosi al legislatore nella definizione degli obiettivi di politica criminale.

3. L'assunzione di un ruolo attivo (o di legislatore positivo) a difesa della normatività della Costituzione

Poco dopo l'inizio della sua attività, il Tribunale costituzionale ha sottolineato che, per garantire la forza normativa e la supremazia della Costituzione, non sarebbe bastato vestire i panni di un legislatore negativo¹², ha quindi ammesso la possibilità di modulare gli effetti delle sentenze di illegittimità e, cercando una soluzione di compromesso o intermedia tra la nullità e la dichiarazione di legittimità, ha iniziato a esplicitare l'interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni denunciate.

Superando la lettera dell'art. 39, comma 1, della legge organica n. 2/1979 sul Tribunale costituzionale, che collega necessariamente l'incostituzionalità e la nullità delle norme oggetto di una sentenza di accoglimento, la *STC 45/1989*, del 20 febbraio, ha ammesso la possibilità di dichiarare gli effetti *ex nunc* delle dichiarazioni di incostituzionalità e di modulare gli effetti delle sentenze di accoglimento¹³, per evitare gravi perturbamenti nei confronti di interessi generali (generalmente di natura economica, ma non solo) tutelati dalla Costituzione. Ciò che ha fatto pacificamente e, il più delle volte, senza stabilire tempi precisi per l'approvazione dei cambiamenti normativi ritenuti necessari, ma appellandosi genericamente al principio di lealtà costituzionale affinché il legislatore si adoperasse entro un lasso di tempo ragionevole.

D'altra parte, la presunzione di legittimità della legge e il principio di conservazione della legge, che discendono dal principio democratico, hanno giustificato il fatto che il Tribunale costituzionale utilizzasse la tecnica della c.d. «interpretazione costituzionalmente conforme»¹⁴, la quale consente di coniugare

¹² V., per tutti, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Tribunal Constitucional español como legislador positivo*, in *Pensamiento Constitucional*, n. 15, 2011, 127-192; J.A. XIOL RÍOS, *El papel de los tribunales constitucionales en los Estados democráticos*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 10, 2020, 47-78.

¹³ V. la parte dedicata alla Spagna nel lavoro *La modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità. Aggiornamento* (Comp. 305, aprile 2023).

¹⁴ Sulle tipologie delle sentenze interpretative (e, in generale, delle sentenze costituzionali spagnole), v. F.J. DÍAZ REVORIO, *Las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional de*

la supremazia e la normatività della Costituzione con la conservazione delle disposizioni delle norme con forza di legge, nonché di rafforzare la certezza del diritto, risolvendo il problema delle omissioni legislative¹⁵.

Anche in questi casi, il Tribunale costituzionale ha auto-limitato la portata del suo intervento, riconoscendo, *in primis*, di non essere autorizzato a forzare la lettera né il contenuto della disposizione interessata. Inoltre, ha dichiarato che non può manipolare o sostituirsi alla volontà del legislatore, giacché in caso contrario assumerebbe istituzionalmente una funzione di legislatore positivo che non gli spetta (per una sintesi della giurisprudenza costituzionale più rilevante v., per tutte, la [STC 235/2007](#), del 7 novembre, FJ 7). Tuttavia, il Tribunale non sarebbe riuscito ad evitare gli abusi¹⁶, come nel caso della STC 101/2008, del 24 luglio: per evitare la dichiarazione di illegittimità della nuova disciplina sulla nomina dei giudici costituzionali da parte del Senato, il *plenum* avrebbe creato una nuova norma, assumendo una funzione di legislatore positivo esorbitante dai compiti affidategli dalla Costituzione¹⁷.

España, in G.A. FIGUEROA MEJÍA (coord.), *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*, vol. II, Corte de Justicia de la Nación, Messico, 2022, 1245-1291.

¹⁵ V. J.L. REQUEJO PAGÉS, *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional*, relazione del Tribunale costituzionale spagnolo alla XIV Conferenza delle Corti costituzionali europee del 2008.

¹⁶ Il ricorso (assai contenuto) alle «sentenze manipolative» è mal tollerato da molti giudici costituzionali, come si evince dalle opinioni dissenzienti di Francisco Rubio Llorente e Luis Díez-Picazo alla [STC 116/1987](#), del 7 luglio; di Jorge Rodríguez-Zapata Pérez alla [STC 31/2010](#), del 28 giugno; di Manuel Aragón Reyes alla [STC 80/2012](#), dell'8 aprile; o di María Luisa Balaguer Callejón alla [STC 55/2018](#), del 24 maggio.

¹⁷ V. l'opinione dissenziente del giudice costituzionale Vicente Conde Martín de Hijas.

STATI UNITI

di Andrea Giannaccari

1. La discrezionalità del legislatore e la «*political question doctrine*»

La Costituzione degli Stati Uniti non stabilisce se la Corte Suprema sia legittimata, o meno, a dirimere questioni che per loro natura si configurino come politiche e che prevedano pertanto un sindacato variamente inerente all'uso del potere legislativo attribuito al Congresso.

Com'è noto, nell'ambito del diritto costituzionale nord-americano è stata sviluppata la *political question doctrine*, che costituisce sostanzialmente il tentativo, di indirizzo giurisprudenziale, di escludere l'intervento dei giudici in relazione a questioni la cui risoluzione è di competenza di altri poteri dello stato¹. Nella sua approssimazione più semplice, la *doctrine* suole indicare il limite dell'attività giurisdizionale, che deve essere collocato là dove essa vada ad incidere su una «political question». Tuttavia, l'esatta definizione di tale limite, che definisce l'ambito giudiziario costituzionalmente riservato ai giudici rispetto a quello del potere legislativo (ed esecutivo) ha tradizionalmente rappresentato un esercizio non agevole e in relazione al quale la Corte Suprema ha evitato di fornire un criterio perspicuo. Piuttosto, l'analisi della giurisprudenza della Corte lascia emergere una *doctrine* variamente flessibile, che accorda ai giudici la facoltà di esercitare una ampia discrezionalità nel decidere di non operare il sindacato giurisdizionale in relazione a questioni suscettibili di avere natura politica, precludendo conseguentemente il *judicial review* in diversi e rilevanti settori dell'ordinamento². Oltre a ciò, sempre in prospettiva generale, gli incerti confini tipici della *doctrine* consentono di precludere il sindacato non solamente qualora le questioni abbiano una intrinseca natura giuridica, ma anche nelle circostanze in cui gli stessi giudici ritengano, in base ad una valutazione essa stessa politica, che profili di opportunità suggeriscano di astenersi dal rendere un giudizio. È per le ragioni appena evocate che l'applicabilità della dottrina ha

¹ Per ampi approfondimenti, v. J.C. HARRISON, *The Political Question Doctrines*, in *American University Law Review*, 2017, p. 457; N. MOURTADA-SABBAH, B.E. CAIN, *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of United States*, Lexington Books, 2007.

² Cfr. T.L. GROVE, *The Lost History of the Political Question Doctrine*, in *New York University Law Review*, 2015, p. 1908 ss.; altresì, in lingua italiana, C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine*, Libreria Bonomo Editrice, 2012.

conosciuto fasi caratterizzate da maggiore attivismo giudiziario (come nel caso della Corte *Warren*), ovvero periodi storici nei quali essa è stata diversamente informata ad un maggiore (*self-restraint*) da parte dei giudici (ad esempio, la Corte *Rehnquist*³, e la stessa *Roberts Court*⁴).

Ciò premesso, l'origine della *doctrine* rimonta al celebre e risalente caso *Marbury v. Madison*⁵, dove il *Chief Justice* Marshall ebbe a rimarcare che, in caso di conflitti tra poteri dello stato, la relativa risoluzione poteva andare al di là delle competenze riservate al potere giudiziario. Conseguentemente, Marshall riconobbe che le questioni politiche per la propria natura, e che sono dunque sottoposte al potere legislativo, non possono essere in alcun caso oggetto del giudizio della Corte Suprema⁶. Successivamente, inoltre, la Corte si spinse in *Baker v. Carr* ad individuare una serie di fattori suscettibili di configurare la sussistenza di una «non-justifiable political question», ma astenendosi dal chiarire le modalità esatte attraverso le quali tali fattori dovessero essere applicati nelle pronunce successive, né il rilievo da accordare ad ognuno di essi. Ciononostante, i giudici chiarirono che dovessero qualificarsi come *political* le questioni di sicurezza nazionale e quelle afferenti alla politica estera. Di qui, è emersa sostanzialmente la prospettiva a tenore della quale nelle circostanze in cui un organo agisce in base ai poteri che gli sono costituzionalmente attribuiti, le relative azioni devono qualificarsi come politiche e dunque non sono «giustiziabili». Differentemente, qualora l'organo non agisca in conformità all'autorità attribuitagli dalla Costituzione, le relative azioni sono sottoposte al sindacato dei giudici.

Ciò nonostante, la dottrina ha avuto modo di definire (almeno) tre approcci differenti volti a definire i confini della *doctrine* in parola⁷. In base ad un orientamento definito «classico», i giudici vedrebbero ridotto il proprio margine di discrezionalità e la possibilità di operare valutazioni prudenziali, giudicando tutte

³ Nella dottrina nord-americana, v. M.V. TUSHNET, *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W.W. Norton & Company, 2005, a p. 13 ss.

⁴ M. COYLE, *The Roberts Court: The Struggle for the Constitution*, Simon&Schuster, 2013, a p. 165.

⁵ Cfr. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁶ *Ibid.*, dove si legge, al § 170, che: «[t]he province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to enquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never made in this court».

⁷ J.C. HARRISON, *The Political Question Doctrines*, cit.

le questioni ad essi spettanti, a partire dall'interpretazione della Costituzione. In tale circostanza, i giudici dovrebbero astenersi rintracciando una *political question* in tutte le circostanze in cui la Costituzione attribuisce ad altri organi il compito di risolvere una determinata questione. Un secondo orientamento, definito «prudenziale», vuole invece indicare che i giudici dovrebbero astenersi non in ragione del fatto che sia la Costituzione a non ammettere il sindacato, ma perché l'astensione è la soluzione preferibile per la Corte stessa, ad esempio qualora derivi un senso di incapacità rispetto a una determinata controversia. Infine, è invalsa anche la tesi definita «funzionalista», in base alla quale si deve rintracciare una *political question* ogni qualvolta la questione oggetto di giudizio sia carente delle necessarie informazioni, ovvero la relativa soluzione spinga i giudici ad ostacolare l'attività di altri organi⁸.

1.1. Political questions, politica estera e sicurezza nazionale

Uno degli ambiti in cui le corti si sono risolte ad applicare la *political question doctrine* è rappresentato dal settore della politica estera e della sicurezza nazionale. Si sono in proposito registrati una serie di casi, in particolare su questioni afferenti all'ambito militare, in cui le corti (inferiori) hanno ritenuto che il potere giudiziario non fosse tenuto a sindacare materie conferite agli organi politici.

Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979)

La Corte Suprema ha respinto il ricorso, intentato dal senatore Barry Goldwater e da altri membri del Congresso, con il quale si contestava il potere del presidente di recedere unilateralmente da un trattato di difesa siglato con la Repubblica Popolare Cinese.

Al-Aulaqui v. Obama, 727 F. Supp. 2nd 1, 52 (D.D.C. 2010)

Il sig. Nasser Al-Alaqui, padre di Anwar (appartenente al movimento terroristico «al Quaida»), aveva intentato una causa volta ad accertare se il figlio fosse stato inserito nella cosiddetta «*kill-list*» del governo, finalizzata a selezionare persone oggetto di uccisioni mirate⁹.

⁸ Tale impostazione rimonta a F. SCHARPE, *Judicial Review And The Political Question: A Functional Analysis*, in *Yale Law Journal*, vol. 75, 1966, a p. 566 ss.

⁹ Per un approfondimento, v. L. WEXLER, *Litigating the Long War on Terror: The Role of AlAulaqi v. Obama*, in *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 9, 2011, p. 159.

El-Shifa Pharmaceutical Industries Co. v. United States, 607 F.3d 836 (D.C. Cir. 2010)

La controversia era sorta a seguito dell'attentato terroristico da parte di Osama Bin Laden con il quale erano state bombardate le ambasciate degli Stati Uniti in Tanzania e Kenya. Il presidente Clinton aveva dato l'ordine di bombardare una fabbrica in Sudan nella quale si riteneva venissero prodotte armi chimiche. I proprietari dello stabilimento avevano tuttavia intentato un'azione nei confronti degli Stati Uniti lamentando la distruzione dei loro impianti.

Zivotofsky v. Clinton, 132 S. Ct. 1421 (2012)

La controversia aveva fatto seguito all'emanazione di una disposizione da parte del Congresso con la quale si attribuiva al Segretario di Stato il compito di registrare sul passaporto, quale luogo di nascita, lo stato di Israele per i cittadini nati a Gerusalemme. La causa era sorta a seguito della richiesta della madre del minore di registrare un differente luogo di nascita.

1.2. Political questions, diritti fondamentali e altri ambiti

Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939)

La Corte Suprema si è pronunciata in merito alle modalità con le quali il Congresso degli Stati Uniti può intervenire per modificare la Costituzione, stabilendo che tale ambito rappresenta una *political question*.

Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946)

In tale circostanza, la Corte Suprema stabilì che il potere giudiziario non avesse legittimazione ad intervenire in merito alla facoltà dei singoli stati, in conformità all'art. I, sez. IV della Costituzione, di definire date, luoghi e modalità di svolgimento delle elezioni.

Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962)

La Corte Suprema ha stabilito che la riorganizzazione dei distretti elettorali non rappresenta una *political question*. Nella controversia, lo stato del Tennessee, che non aveva dato seguito alla riorganizzazione dei distretti, riteneva che la relativa composizione rappresentasse una *political question*.

Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969)

La Corte Suprema ha stabilito che la clausola contenuta all'art. I della Costituzione degli Stati Uniti, relativa all'autorità del Congresso di escludere membri eletti per i motivi ivi indicati, non costituisce una *political question*.

Nixon v. United States, 506 US 224 (1993)

Con tale pronuncia, la Corte Suprema ha stabilito che la questione concernente il procedimento di *impeachment* (nei confronti del giudice Walter Nixon, condannato per falsa testimonianza) avesse natura eminentemente politica e non poteva dunque essere oggetto di sindacato da parte della Corte.

The National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012)

In tale circostanza, la Corte Suprema è intervenuta in merito alla riforma del sistema di assistenza sanitaria da parte dell'amministrazione Obama, in particolare in relazione all'obbligo di dotarsi di una polizza assicurativa sanitaria.

Rucho v. Common Cause, No 18-442, 588 U.S. __ (2019)

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha invocato la *political question doctrine*, ritenendo non giustiziabili i casi di *partisan gerrymandering* (cioè la pratica di ridisegnare i confini dei distretti elettorali con l'intento di svantaggiare il partito opposto).