

RIVISTA TRIMESTRALE
DI
DIRITTO PUBBLICO

LA SEPARAZIONE
DEI POTERI

a cura di
SABINO CASSESE

SABINO CASSESE

**ESISTE IN ITALIA UNA SEPARAZIONE DEI
POTERI?**

SOMMARIO: 1. Il problema. — 2. Interpretazioni del principio della separazione dei poteri. — 3. Come il principio è cambiato nel tempo.

V

1. *Il problema.* — La separazione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) non è solo uno dei «dogmi» principali dello Stato moderno, al punto da essere considerata un prerequisito di ogni costituzione non autocratica, ma è anche, tradizionalmente, un costrutto intellettuale e uno standard per interpretare le costituzioni del passato.

Secondo l'articolo 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789), «[o]gni comunità in cui non è prevista la separazione dei poteri [...], non ha una costituzione».

Secondo il «padre fondatore» americano James Madison ¹, le funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale dovrebbero essere separate e distinte: «nessuna verità politica ha maggior valore».

Secondo la dottrina giuridica tedesca del XX secolo, la separazione dei poteri è un «elemento strutturale fondamentale [...] di tutte le costituzioni» ².

¹ A. HAMILTON, J. MADISON e J. JAY, *Il Federalista*, Bologna, il Mulino, 1997, n. 47, 434-435.

² R. THOMA, in Anschütz/Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, II, ristampa della I ed., 1932, par. 71, 11.

SABINO CASSESE

Ancora oggi, il giurista tedesco Peter Huber ha scritto che «la separazione dei poteri e l'equilibrio istituzionale non sono solo meri principi giuridici. Sono di tale importanza per lo Stato di diritto che il loro contenuto principale non può essere in alcun modo intaccato». «Il principio dello Stato di diritto comprende il principio della separazione dei poteri e il sistema di pesi e contrappesi» ed è un «disegno istituzionale indispensabile di ogni costituzione basata sullo Stato di diritto»³.

Ma la separazione dei poteri è stata interpretata in modi diversi ed è stata modificata dalla piena affermazione della democrazia, dalla moltiplicazione dei poteri dello Stato e dalla nuova concentrazione di poteri nell'esecutivo.

2. *Interpretazioni del principio della separazione dei poteri.* — Separazione dei poteri significa che i poteri non sono concentrati, ma distribuiti. Ma il principio della separazione dei poteri è stato oggetto di diverse interpretazioni negli ultimi tre secoli.

Secondo Locke, i poteri dovevano essere separati, anche se non li identificava secondo la tripartizione che diventerà classica. Ma, per Locke, poteri separati non significavano istituzioni separate: due istituzioni, o organi, o persone potevano condividere lo stesso potere⁴.

Gli intellettuali francesi erano soliti visitare l'Inghilterra: questo è vero per Montesquieu, Voltaire, l'abbé Prevost e per Rousseau. Montesquieu, che nel 1721 aveva scritto le *Lettres persanes*, un espediente per criticare l'assolutismo francese, scrisse il capitolo dell'*Ésprit des lois* sulla separazione dei poteri (libro XI, capitolo VI, intitolato *De la Constitution de l'Angleterre*) nel 1734, dopo la sua visita in Inghilterra. Per lui, la separazione dei poteri significava governo tripartito e distribuzione dei poteri tra i diversi organismi; quindi, era possibile che le «pouvoir arrête le pouvoir». Montesquieu visse per 26 anni (dal 1689 al 1715) sotto il dominio di Luigi XIV (il *Roi Soleil*), che governò la Francia per 72 anni e le cui politiche furono ispirate dalla famosa frase «l'État c'est moi». Scrisse quel capitolo come reazione alla concentrazione di poteri realizzata da quel re. Tutto il suo grande libro è stato ispirato dall'idea che il «dispotismo di uno solo» è da evitare. Per lui, «nel governo dispotico, il potere è concentrato interamente nelle mani di una autorità» e «non può

³ P. HUBER, *Why also the ECJ needs to be controlled*, dattiloscritto non pubbl., 3 e 4.

⁴ P. PASQUINO e A. KRUTONOGAYA, *John Locke on Judicial Power*, in *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Paris, 2008, 69-82.

ESISTE IN ITALIA UNA SEPARAZIONE DEI POTERI?

essere controbilanciato»⁵; «negli Stati dispotici il principe stesso può giudicare»⁶.

Diderot fu l'unico *philosophe* ad essere presente alla cerimonia funebre di Montesquieu, il 10 febbraio 1755. I suoi scritti politici furono ispirati da Montesquieu, che ammirava (giudicò il suo libro principale «ouvrage inimitable», apprezzò «le genies de Montesquieu» e lo affiancò ad Aristotele, Tacito e Machiavelli). Scrisse che era necessario «former une digue à la souveraineté», perché «pour assurer l'exécution de la loi, les Françaises déposent entre les mains du roi toute la puissance publique».⁷

Secondo Madison, «il concentrare: ... tutti i poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario, nelle medesime mani, siano esse quelle di molti o di pochi o di uno, abbiano diritti ereditari o elettivi ovvero quelli che derivano da un'autonomia, può bene a ragione essere definito come la vera dittatura»⁸.

Hegel reinterpretò Montesquieu conciliando la separazione dei poteri con l'unità della sovranità e della personalità dello Stato, e riducendo i tre poteri a tre funzioni del potere politico unitario dello Stato. Ciò significava la riunificazione dei poteri politici.

Infine, Hans Kelsen, sulla stessa strada aperta da Hegel, scrisse che il principio era stato teorizzato da Montesquieu come mezzo per proteggere il re dall'invasione di altre forze. Nel suo articolo su *Essenza e valore della democrazia* (1920)⁹, scrisse: «la dottrina della separazione dei poteri è stata per lungo tempo un argine contro ogni sconfinamento del principio democratico dal campo strettamente legislativo. [...] Soltanto la miopia dei teorici o la malafede politica hanno potuto gabellare per democratico il principio della divisione dei poteri. Desunto — a quanto si pretende — da Montesquieu dalla costituzione inglese — ma sarebbe stata opera vana ai suoi tempi il ricercarlo — esso viene giustificato come una garanzia della libertà. Ma il suo vero significato è, molto

VII

⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier — Flammarion, 1979, Livre V, Chapitre 16, 191-193.

⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., Livre VI, Chapitre 5, 204-207.

⁷ DIDEROT, *Oeuvres III Politique*, Paris, Laffont, 1995, dove si vedano *Lettre apologétique de l'abbé Raynal à Monsieur Grimm*, 768; Id., *Histoire des deux Indes*, 595; Id., *Notes écrite de la main d'un souverain à la marge de Tacite*, 179; Id., *Mélanges pour Catherine II*, 208 e 209.

⁸ A. HAMILTON, J. MADISON e J. JAY, *Il Federalista*, cit., n. 47, 435.

⁹ H. KELSEN, *Natura e valore della democrazia*, in H. KELSEN, *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925)*, a cura di M. G. Losano, Torino, Aragno, 2018, 36.

SABINO CASSESE

probabilmente, quello di assicurare al monarca, che dall'assolutismo è stato respinto nelle strettoie del costituzionalismo, un'ultima possibilità di prevalere sulla volontà del popolo concentrata nel parlamento». La celebre frase usata da Orazio nell'*Ars poetica*, «quandoque bonus dormitat Homerus», può essere usata anche per l'acclamato giurista austriaco, che ribalta il vero significato e la funzione del principio.

Queste sei interpretazioni del principio della separazione dei poteri mostrano che esso è un costrutto intellettuale soggetto a cambiamenti e manipolazioni in base al tempo e al contesto.

3. *Come il principio è cambiato nel tempo.* — Il principio della separazione dei poteri non è stato soltanto variamente interpretato, ma ha subito anche importanti cambiamenti. Il primo è stato prodotto dalla democrazia. La separazione dei poteri di Montesquieu richiede diverse fonti di legittimazione per i tre poteri. Questo è meno vero nei sistemi parlamentari, dove c'è un *continuum* tra il corpo legislativo e quello esecutivo.

VIII

La democrazia (cioè l'introduzione di un governo rappresentativo e di elezioni popolari) ha avuto un forte impatto sul principio della separazione dei poteri. Questo è diventato un principio molto diverso con l'affermazione della sovranità popolare, poiché a quel punto la sovranità deriva solo da una fonte. Dove la fonte di legittimazione del potere, come nel governo parlamentare, è il popolo, ci sarà necessariamente condivisione dei poteri. Questo punto è stato colto già nella seconda parte del XIX secolo da Walter Bagehot, che scrisse: «il segreto efficiente della Costituzione inglese può essere descritto come la stretta unione, la fusione quasi completa, dei poteri esecutivo e legislativo». Un aspetto importante della «fusione delle funzioni legislativa ed esecutiva» è il fatto che il gabinetto è «un comitato dell'assemblea legislativa»¹⁰.

L'unica reinterpretazione del principio che non tradisce la sua vera ispirazione è quella madisoniana, per il quale il potere scaturisce dal popolo, ma i cittadini sono riuniti in tempi e modi, e con procedure diverse, al fine di «autorizzare», attraverso elezioni popolari separate, il congresso e il presidente.

D'altra parte, se il potere è diviso tra il legislativo e l'esecutivo, i

Termine estratto capitolo

Sezione non inclusa

LA SEPARAZIONE DEI POTERI

PASQUALE PASQUINO

LA SEPARAZIONE DEI POTERI. PROLOGO NEL XVIII SECOLO: DA MONTESQUIEU A MADISON

Art. 16. Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789

Art. 1: legislative powers; art. 2: the executive power; art. 3: the judicial power
American Constitution, 1787

3

SOMMARIO: 1. Funzioni dello Stato e potere diviso. — 2. Montesquieu e la dottrina della separazione dei poteri. — 3. James Madison e il potere diviso nella società senza qualità. — 4. Ripensare il governo diviso.

1. *Funzioni dello Stato e potere diviso.* — La separazione dei poteri, che a partire dalla costituzione americana ha assunto la forma canonica della trinità, legislativo, esecutivo, giudiziario, è iscritta nei testi fondatori del costituzionalismo moderno¹. L'espressione però, come molti altri

¹ Carl Schmitt, nella descrizione dello stato costituzionale della repubblica di Weimar (*Verfassungslehre*, sezione 15, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, 182), considera la separazione dei poteri uno dei fondamentali principi «des rechtstaatlichen Bestandteils einer modernen freiheitlich-bürgerlichen Verfassung». Una buona referenza contemporanea sul tema è

PASQUALE PASQUINO

termini del nostro vocabolario politico e costituzionale, è polisemica e inevitabilmente ambigua.

Da un punto di vista concettuale è necessario innanzitutto distinguere fra, da un lato, classificazione (presunta essere descrittiva) delle «funzioni», che vengono esercitate dall'autorità politica (nazionale e possibilmente sovranazionale), e, dall'altro, l'attribuzione della suprema funzione legislativa² ad una «pluralità» di agenti, organi, istanze o istituzioni (*corps, branches, Organe*), che è più chiaro definire come «potere diviso». Nell'art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti è scritto che in una società in cui non è definita la separazione dei poteri non c'è costituzione³, dove è evidente l'ambiguità del plurale «poteri», che indica al tempo stesso le funzioni e la divisione del legislativo (come, ad esempio, nella prima costituzione francese del 1791 dove il legislativo è attribuito all'*Assemblée législative* e al re, titolare del veto).

La distinzione delle funzioni che vengono esercitate dal governo di una comunità politica, nel senso lato del termine governo, risale nel pensiero politico occidentale per lo meno ad Aristotele. Questi nel libro IV della *Politica* distingueva: le tre parti [funzioni] di «tutti» i regimi politici, che sono secondo lui quella esercitata dall'organo deliberante (*to bouleuomenon*), quella relativa alle cariche politico-amministrative (*to peri tas archas*) e la funzione giudiziaria, che consiste nel dire la giustizia (*to dikazon*)⁴. Ma si può pensare anche alla dicotomia medievale *gubernaculum* — *iurisdictio* (Henry de Bracton).

Nel caso di Aristotele siamo di fronte ad una classificazione che non discrimina fra diversi regimi. Infatti, essa è ortogonale alla tassonomia di questi ultimi. Tuttavia, nella valutazione normativa dei diversi regimi (*politeiai*) appare un tratto che sarà tipico della cultura politica europea classica⁵, la quale considera migliore o per lo meno preferibile — dal punto di vista normativo — le forme di «regime misto», nel linguaggio dello Stagirita la *memigmene politeia* — la costituzione mista, nel senso

il volume di C.H. MOELLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

² La tesi che la funzione-autorità legislativa sia superiore alle altre risale a Bodin ed è stata in genere accettata dalla dottrina della separazione dei poteri.

³ Qui l'ultimo termine è un verbo e prescrittivo.

FEDERICO FABBRINI

LA SEPARAZIONE DEI POTERI NELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Istituzioni. — 2.1. Il Parlamento europeo. — 2.2. Il Consiglio europeo. — 2.3. Il Consiglio. — 2.4. La Commissione europea. — 2.5. La Corte di giustizia europea. — 2.6. La Banca centrale europea. — 3. I poteri. — 3.1. Il potere legislativo. — 3.1.1. Il procedimento legislativo ordinario. — 3.1.2. I procedimenti legislativi speciali. — 3.2. Il potere esecutivo. — 3.2.1. Elementi parlamentaristici. — 3.2.2. Elementi presidenzialistici. — 3.3. Il potere giudiziario. — 4. Conclusione.

13

1. *Introduzione.* — L'Unione europea (UE) è un'organizzazione complessa. Nel corso di settant'anni, il processo di integrazione europeo è molto avanzato e l'UE ha progressivamente assorbito svariate competenze di governo che erano precedentemente nelle mani degli Stati membri¹. Tramite una serie di riforme dei trattati fondativi, e sulla spinta di pressioni esogene e endogene, gli Stati membri dell'UE (che sono essi stessi quasi quintuplicati dal 1956 al 2013, passando da 6 a 28, e ora 27 in seguito a *Brexit*²) hanno passo dopo passo attribuito all'UE competenze sempre più ampie — dall'economia alla moneta, dall'agricoltura all'industria, dalla concorrenza alla tecnologia, dalla giustizia agli affari interni, fino alla politica migratoria, estera, di sicurezza e difesa. In risposta

¹ Si veda J.H.H. WEILER, *The transformation of Europe*, in 100 *Yale Law Journal* (1991), 2403.

² Si rinvia a F. FABBRINI, *Brexit: tra diritto e politica*, Bologna, il Mulino, 2021.

FEDERICO FABBRINI

alla recente pandemia di Covid-19, con l'istituzione del fondo per la ripresa *Next Generation Ev*, l'UE ha altresì acquisito poteri di indebitamento, spesa e tassazione analoghi a quelli di una federazione³. Di conseguenza, l'UE necessita di un sistema di governo, di organi di controllo giurisdizionale, ed altresì di autorità indipendenti specificamente istituite per eseguire determinate funzioni tecniche⁴.

Ma quale è la forma di governo dell'UE? E quale sistema di separazione dei poteri ne regge il funzionamento? Come è noto, nella forma pura risalente a Montesquieu, il principio della separazione dei poteri distingueva un potere legislativo, incaricato di fare le leggi, da un potere esecutivo, incaricato di eseguirle, e da uno giudiziario, preposto a verificarne il rispetto. Com'è altrettanto noto, tuttavia, il modello montesqueviano è puramente teorico, nel senso che nessun sistema costituzionale obbedisce nella realtà alla suddetta rigida tripartizione. Anche la Costituzione degli Stati Uniti d'America — che pure istituisce un potere legislativo (il Congresso), un potere esecutivo (il Presidente) ed un potere giudiziario (la Corte Suprema) — in realtà non si basa sulla semplice separazione tra istituzioni, bensì sul controllo e bilanciamento reciproco tra istituzioni indipendenti tra loro, per cui la nozione di *checks & balances* meglio riflette il funzionamento di tale sistema⁵. Detto ciò, tuttavia, la teoria della separazione dei poteri continua ad avere una profonda influenza sulle nostre categorie concettuali⁶, e, *faute de mieux*, rimane una delle principali chiavi interpretative per esplicitare il funzionamento di un sistema istituzionale che si ispira ai valori liberal-democratici di rispetto dei diritti umani, democrazia e stato di diritto.

Lo scopo di questo articolo è analizzare la separazione dei poteri nell'UE. Specificamente, questo articolo si concentra sulla questione della separazione «orizzontale» dei poteri nell'UE, ovvero quella relativa alle funzioni delle istituzioni dell'UE e al loro rapporto reciproco. In questo scritto invece non si analizza la questione, di pari rilevanza

³ Si rinvia a F. FABBRINI, *Next Generation Ev: il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, il Mulino, 2022.

⁴ Si veda più nel dettaglio F. FABBRINI, *Introduzione al diritto dell'UE*, Bologna, il Mulino, 2018, cap. 2.

⁵ Sul modello americano si rinvia a L. FISHER e K. HARRINGER, *American Constitutional Law. Constitutional Structures: Separated Powers and Federalism*, Durham, Carolina Academic Press, 2019.

⁶ Si veda P. PASQUINO, *Introduzione. Il costituzionalismo e le sue parole*, in *Grammatica del costituzionalismo*, a cura di C. Caruso e C. Valentini, Bologna, il Mulino, 2021.

LA SEPARAZIONE DEI POTERI NELL'UNIONE EUROPEA

teorica, della separazione «verticale» dei poteri nell'UE, che concerne la relazione tra il livello di governo europeo e quello degli Stati membri, incluso il riparto delle competenze e il rapporto tra l'ordinamento giuridico sovranazionale e quelli nazionali. Quest'ultimo tema, che è propriamente al centro del dibattito sul «federalismo», è analizzato altrove ⁷ (anche in questo numero speciale ⁸). Questo scritto, invece, affronta uno dei temi centrali del «costituzionalismo», riflettendo sull'architettura istituzionale dei poteri pubblici nel quadro costituzionale dell'UE, al fine di mettere in luce le funzioni attribuite alle varie istituzioni comunitarie e la loro relazione reciproca.

Nonostante l'importanza del tema, sino ad oggi la scienza giuridica ha, salvo alcune eccezioni ⁹, per lo più trascurato la questione della separazione dei poteri «nell'UE». Da un lato, gli studiosi di diritto costituzionale interno si sono largamente disinteressati al funzionamento del sistema istituzionale dell'UE, percepita erroneamente come una semplice organizzazione internazionale. Dall'altro, pochi studiosi di diritto dell'UE hanno dedicato attenzione al tema, prediligendo altri campi di ricerca quali la giurisprudenza comunitaria e l'analisi di competenze specifiche, ad esempio in materia di concorrenza e mercato interno. Di conseguenza, lo studio del funzionamento dell'UE è stato quasi interamente rimesso agli scienziati politici ¹⁰, o più genericamente agli studiosi d'integrazione europea, che però hanno sovente approcciato la questione da una prospettiva idiosincratca. Esempio di quest'approccio *sui generis* è la discussione sulle alternative forme di legittimità dell'UE — *input legitimacy*, *output legitimacy*, ed ora altresì *throughput legitimacy* ¹¹ —

⁷ Sul tema si veda M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE e J.H.H. WEILER (a cura di), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, I, Berlino, De Gruyter, 1986; R. SCHUETZE, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁸ C. FASONE e N. LUPO, *La separazione tra poteri nei raccordi tra Unione europea e Italia*, in questo numero speciale.

⁹ Si vedano F. FABBRINI, E. HIRSCH BALLIN e H. SOMSEN (a cura di), *What form of Government for the Eu and the Eurozone?*, Oxford, Hart, 2015 e N. LUPO e R. IBRIDO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e stati membri*, Bologna, il Mulino, 2019.

¹⁰ Si veda per esempio D. HODSON e J. PETERSON, *Institutions of the European Union*⁴, Oxford, Oxford University Press, 2017; S. FABBRINI (a cura di), *L'Unione europea: le istituzioni e gli attori di un sistema sovranazionale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

¹¹ Al riguardo, si veda V. SCHMIDT, *Democracy in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

FEDERICO FABBRINI

nonché la contrapposizione tra sovranazionalismo e intergovernativismo, su cui pure torneremo più avanti in quest'articolo.

Come in tutte le forme di Stato che si ispirano ai principi liberal-democratici¹², invece, anche la forma di governo dell'UE deve essere analizzata, e valutata, in base al criterio costituzionalistico classico della separazione dei poteri¹³. Il costituzionalismo, infatti, è teoria politica e filosofica che si fonda sul riconoscimento assiologico dei diritti dell'uomo e prevede la costruzione di istituzioni distinte finalizzate a preservare tali libertà fondamentali attraverso l'autogoverno dei cittadini¹⁴. La separazione dei poteri è un elemento cardine del costituzionalismo, in quanto, come sottolineato da M.J.C. Vile, la costruzione di un sistema politico-istituzionale caratterizzato da diverse funzioni, strutture e processi di governo è indispensabile per il mantenimento della libertà¹⁵. Vista la natura del progetto europeo, pertanto, l'UE «oggi è una realtà che va studiata in primo luogo e soprattutto con gli strumenti offerti dal diritto costituzionale»¹⁶, incluso il prisma della separazione dei poteri. L'analisi delle diverse funzioni svolte da ciascuna istituzione comunitaria e della loro interazione reciproca, d'altro canto, è d'importanza non solo *de lege lata*, ma anche *de lege ferenda* — nella prospettiva del dibattito sul futuro dell'Europa e della riforma dell'UE¹⁷.

Questo articolo affronta il tema della separazione dei poteri nell'UE da una prospettiva di diritto dell'UE, usando una duplice lente d'ingrandimento. Da un lato, l'articolo descrive sinteticamente le istituzioni dell'UE, mettendo in luce in modo «statico» le funzioni che i Trattati attribuiscono ai vari organi costituzionali dell'UE. Dall'altro, l'articolo ricostruisce analiticamente i poteri dell'UE, evidenziando in modo «dinamico» le tendenze di funzionamento dei poteri legislativo, esecutivo e

¹² Si veda G. AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Manuale di diritto pubblico*³, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, il Mulino, 1991, 37.

¹³ Per un'analisi della forma di governo dell'UE alla luce delle esperienze composite degli imperi, si rinvia invece a S. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, in *Quad. fior. per la st. del pensiero giur.*, 2002, 109.

¹⁴ Si veda A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

¹⁵ M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*², Indianapolis, Liberty Fund, 1998, 14 e 347.

CRISTINA FASONE E NICOLA LUPO

LA SEPARAZIONE TRA POTERI NEI RACCORDI
TRA UNIONE EUROPEA E ITALIA (*)

SOMMARIO: 1. Una lettura «procedurale» della separazione dei poteri tra UE e Stati membri. — 2. Il potere legislativo nell'Unione dalla prospettiva dei Parlamenti nazionali. — 2.1. In origine: i Parlamenti nazionali come legislatori «perdenti», tanto nei rapporti con l'UE quanto negli ordinamenti degli Stati membri. — 2.2. L'*early warning mechanism* e il dialogo politico: il coinvolgimento dei Parlamenti nazionali (e regionali) in Europa. — 2.3. Il controllo dei Parlamenti nazionali sui «triloghi». — 2.4. Le tante asimmetrie nell'esercizio del potere legislativo nell'Unione e lo sviluppo della cooperazione interparlamentare nelle materie «di confine». — 3. L'esecutivo «frammentato» dell'Unione e i suoi effetti. — 3.1. L'art. 10 TUE, la legittimazione democratica indiretta dell'UE e la connessione tra le forme di governo. — 3.2. Gli effetti dell'UE sulle dinamiche endogovernative in Italia. — 3.3. Il dissolversi della responsabilità politica e le «aritmie» nel ciclo politico-elettorale. — 4. Il potere giudiziario europeo, tra Corte di giustizia e giudici nazionali. — 4.1. La Corte di giustizia e i limiti del suo *judicial review*. — 4.2. I giudici nazionali come giudici di diritto europeo: giudici costituzionali v. giudici comuni? — 4.3. Le molteplici virtualità e alcune criticità del rinvio pregiudiziale: verso una maggiore integrazione tra le corti? — 5. Conclusioni: procedure composite e interdipendenze.

45

1. *Una lettura «procedurale» della separazione dei poteri tra UE e Stati membri.* — L'articolazione dei poteri costituzionali nell'Unione europea (UE) e in ciascuno Stato membro difficilmente può essere compresa oggi guardando soltanto ad un livello di governo. In altri termini, all'interno dell'Unione europea la separazione dei poteri, per il

(*) Il lavoro è frutto dell'elaborazione congiunta dei due autori; in particolare, i paragrafi 1, 2, e 4 sono stati scritti da Cristina Fasone, mentre i paragrafi 3 e 5 da Nicola Lupu.

CRISTINA FASONE e NICOLA LUPO

legislativo, l'esecutivo e il giudiziario, si alimenta e deve essere esaminata alla luce dalle interdipendenze e interconnessioni che connotano in particolare i rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti statali.

In senso trasversale rispetto a questi poteri si staglia il riparto di competenze tra UE e Stati membri, il quale dopo il Trattato di Lisbona è incardinato su lunghe liste di materie — specie per quelle non esclusive — indicate dal TFUE. Tuttavia, poco si comprenderebbe di questo riparto se non si facesse riferimento ai principi «orizzontali», rispetto all'esercizio dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, enunciati dal TUE, ovviamente per come interpretati dalla Corte di giustizia: il principio delle competenze di attribuzione (art. 4, par. 1, TUE), il principio di sussidiarietà (art. 5, par. 3, TUE), il principio di proporzionalità (art. 5, par. 4, TUE) e il principio di leale collaborazione (art. 4, par. 3, TUE).

La separazione dei poteri interna agli Stati membri, in teoria, non rientra certamente nella competenza dell'Unione, che anzi in più casi dichiara di prescindere, in coerenza con la sua originaria natura internazionalistica. Tuttavia, l'avvicinarsi dei Trattati di riforma (si pensi alla formulazione dell'art. 10, par. 2, TUE, su cui si cfr. il par. 3.1.), da un lato, e la giurisprudenza europea, specie sul principio del primato e, da ultimo, sulla protezione dei diritti fondamentali (ad esempio, si pensi all'uso del combinato disposto tra artt. 2 e 19 TUE e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali), dall'altro, hanno consentito numerose «incursioni» in questo ambito¹. Pur alimentando alcuni conflitti di competenza, tale sviluppo nella codificazione del diritto primario e nella giurisprudenza UE ha svolto un ruolo di contrappeso rispetto all'art. 4, par. 2, TUE, secondo cui l'Unione rispetta l'identità degli Stati membri «insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali» e nel quale, pertanto, sembra potersi ricomprendere anche il regime nazionale di separazione dei poteri².

¹ Si cfr., ad esempio, A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, C. GRABENWARTER, M. TABOROWSKI e M. SCHMIDT (a cura di), *Defending checks and balances in the EU Member States: Taking Stock of Europe's Actions*, Berlino, Springer, 2022.

² Sull'interpretazione da dare all'art. 4, par. 2, TUE, tra i tanti, si cfr. B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, Giappichelli, 2013, F.-X. MILLET, *L'union européenne et l'identité constitutionnelle des états membres*, Parigi, LGDJ, 2013 e P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2015, 174 ss.

LA SEPARAZIONE DEI POTERI TRA UNIONE EUROPEA E ITALIA

Il presente contributo mira ad analizzare se e in che modo il processo di integrazione europea influisca sul concreto operare dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario negli ordinamenti nazionali, in particolare nelle loro reciproche interazioni con le istituzioni europee titolari di analoghi poteri, per quota parte. Ovviamente, al fine di procedere in tal senso occorre tenere conto che la separazione dei poteri a livello UE segue piuttosto un criterio funzionale che, specie per quanto concerne il legislativo e l'esecutivo, presenta numerosi profili di originalità rispetto alla configurazione istituzionale tradizionalmente propria di tali poteri negli Stati membri³.

La prospettiva con cui in questo contributo si esamina la separazione dei poteri è di tipo «procedurale», con l'obiettivo cioè di evidenziare il peso esercitato dalle istanze di raccordo e di collaborazione, nonché dai punti di congiunzione tra livelli di governo, ma anche, evidentemente, tra i diversi poteri. Così, si proveranno a fornire talune coordinate che guardino a ciascuno di questi poteri nel disegno e nello sviluppo delle procedure di collegamento tra UE e Stati membri, con particolare riferimento al caso italiano.

2. *Il potere legislativo nell'Unione dalla prospettiva dei Parlamenti nazionali.* — La ripartizione del potere legislativo tra UE e Stati membri rappresenta una delle questioni più discusse nella *querelle* sulla legittimazione democratica dell'Unione. Da un lato, la crescente attribuzione di competenze in capo alle istituzioni europee, ad ogni revisione dei Trattati e, sovente, negli ultimi anni, sulla scorta di molteplici e ripetute emergenze (economica, pandemica, bellica, dei valori fondanti del costituzionalismo), ha fatto parlare di sottrazione surrettizia di aree di regolazione «a danno» degli Stati membri⁴, quasi sempre con l'avallo o con un ruolo attivo della Corte di giustizia⁵. Dall'altro, si è evidenziata la

³ Ad esempio, sul ruolo del Consiglio (dei ministri) dell'Unione come legislatore UE, si vedano, tra i molti, F. FABBRINI, *La separazione dei poteri nell'Unione europea*, in questo numero speciale e R. SCHÜTZE, *European Union Law*³, Oxford, Oxford University Press, 2021, cap. 7.

⁴ S. WEATHERILL, *Competence Creep and Competence Control*, in *23 Yearbook of European Law* (2004), 1 ss.

⁵ Si cfr. già M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE e J.H.H. WEILER (a cura di), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlino, De Gruyter, 1986 e A. STONE SWEET, *The judicial construction of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2004, cap. 1; e V. VĚLYVYĚ, *Judicial Authority in EU Internal Market Law. Implication for the Balance of Competences and Powers*, Oxford, Hart, 2022, 37 ss.

CRISTINA FASONE e NICOLA LUPO

marginalizzazione dei Parlamenti nazionali, sottolineandosi le (apparentemente) scarse credenziali democratiche del Consiglio (dei ministri) e del Parlamento europeo, ai quali, gradualmente e in modo asimmetrico tra loro, quote di potere legislativo sono state conferite ⁶.

I due filoni di riflessione, si badi bene, sono comunque intimamente collegati. Infatti, la separazione verticale del potere legislativo tra Comunità e Paesi membri, secondo le categorie, ormai codificate nel diritto primario europeo, delle competenze esclusive, concorrenti e, poi, di coordinamento, supporto e completamento a quelle nazionali, si riverbera inevitabilmente sulla separazione orizzontale tra poteri: non solo o non tanto, come è agevole osservare, a livello sovranazionale, quanto all'interno degli Stati. È noto, infatti, come il conferimento di competenze all'Unione abbia più o meno direttamente avvantaggiato gli esecutivi, rispetto alle assemblee legislative, un po' a tutti i livelli di governo, proprio per le caratteristiche strutturali e temporali tipiche delle procedure decisionali europee ⁷.

2.1. *In origine: i Parlamenti nazionali come legislatori «perdenti», tanto nei rapporti con l'UE quanto negli ordinamenti degli Stati membri.* — Il conferimento di poteri a livello sovranazionale, in generale, è avvenuto a discapito delle assemblee parlamentari ⁸. In parallelo al *trend*, in atto già dal secondo dopoguerra, del rafforzamento degli esecutivi ⁹, il processo di integrazione europea ha determinato una «traslazione» di competenze, anche e soprattutto in ambito legislativo, dal livello nazionale a quello sovranazionale, ove per diversi decenni e almeno fino all'Atto unico europeo (1986), tali competenze sono state esercitate da istituzioni come il Consiglio (dei ministri) e la Commissione europea. Di conse-

⁶ Si cfr. B. RITTBERGER, *Building Europe's Parliament. Democratic Representation Beyond the Nation State*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 120 ss. e M. OLIVETTI, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, in *Dig. disc. pubbl. - Agg.*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, 2012, spec. 492-496.

⁷ D. CURTIN, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, in *32 Modern Law Review* (2014), 1 ss. e *Executive-Legislative (im)balance in the European Union*, a cura di D. Fromage e A. Herranz-Surallés, Oxford, Hart, 2020.

⁸ A. MAURER, *National Parliaments in the European Architecture: From Latecomers' Adaptation towards Permanent* *Parliaments on their Way to*

GIACOMO D'AMICO E DILETTA TEGA

LA COSTITUZIONE ITALIANA
E LA SEPARAZIONE DEI POTERI: LE SCELTE
DELL'ASSEMBLEA COSTITUENTE TRA
MODELLI STORICI E CONTESTO POLITICO (*)

89

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari: una formula superata per un principio immanente? — 2. La separazione dei poteri come garanzia di democrazia del sistema. — 3. Il dibattito costituente sulla separazione dei poteri. — 4. L'organizzazione dei poteri tra complesso del tiranno e contesto politico. — 5. Il dibattito sulla forma di governo. — 6. Il governo «debole». — 7. La configurazione dell'indipendenza del potere/ordine giudiziario. — 8. I poteri di garanzia. — 9. In conclusione.

1. *Considerazioni preliminari: una formula superata per un principio immanente?* — Come spesso succede con principi e istituti di lunga tradizione, per la separazione (o divisione) dei poteri si pongono interrogativi che riguardano non solo il modo in cui questo principio si presenta negli ordinamenti costituzionali contemporanei ma anche la sua perdurante validità e financo la sua esistenza. In fondo, il testo della Costituzione italiana del 1948 non contiene una sua formale enunciazione né siffatto principio può essere desunto a chiare lettere da una disposizione costituzionale. Eppure, non può negarsi che esso sia consi-

(*) Il lavoro è frutto dell'elaborazione congiunta dei due autori; in particolare, i paragrafi 1, 2, 8 e 9 sono stati scritti da Giacomo D'Amico, mentre i paragrafi 3, 4, 5, 6 e 7 da Diletta Tega.

GIACOMO D'AMICO e DILETTA TEGA

derato un elemento portante del nostro ordinamento democratico, caratterizzante, in quanto tale, non solo il sistema costituzionale italiano ma anche quello degli ordinamenti liberal-democratici contemporanei. La sua stessa origine storica, legata inscindibilmente al sorgere dello Stato moderno ¹, è rivelatrice, più di ogni altra considerazione, della sua consustanzialità con le prime forme di riconoscimento di quelle che oggi chiamiamo libertà fondamentali.

Ciò nonostante, è singolare che la presenza di questo principio sia evocata solo quando se ne lamenti l'assenza o, per meglio dire, la mancata osservanza. In questo gioco di immagini sfocate che diventano vivide solo per un momento, il principio di separazione dei poteri balugina oggi per il tramite delle parole degli studiosi e delle decisioni della Corte costituzionale che ne stigmatizzano l'eventuale violazione ², quasi a voler marcare la sua presenza nelle fasi e nelle situazioni «patologiche» per poi tornare in ombra nel fisiologico funzionamento del sistema costituzionale.

Ad accrescere e, per certi versi, ad aggravare questo fenomeno contribuiscono le numerose incertezze definitorie e le perplessità (più sostanziali che formali) che dietro di esso si celano. Se solo si prova a esaminare i termini che compongono la formula con cui si esprime questo principio, si coglie appieno la difficoltà di abbozzarne ancora oggi una connotazione condivisa. Già la scelta del sostantivo «separazione» o «divisione» sembra il più delle volte rimessa al mero apprezzamento di «estetica linguistica» dello studioso, senza che essa preluda a una differente declinazione del principio. Eppure, non mancherebbero gli elementi per sottolineare l'utilità dell'una piuttosto che dell'altra formula ³.

¹ Non è un caso che il principio della separazione dei poteri faccia la sua prima (timida) apparizione nei *Due Trattati sul governo* di John Locke, scritti nel periodo immediatamente precedente la *Glorious Revolution* del 1688-1689 e pubblicati subito dopo.

² Al riguardo, pare utile ricordare come solo in poche occasioni (all'incirca un centinaio, in base a una ricerca fatta sulla banca dati SIGICO della Corte, in occasione del presente studio) il principio di separazione/divisione dei poteri sia stato indicato come parametro dal rimettente o ricorrente, e solo raramente (in meno di dieci decisioni) sia stato utilizzato dalla Corte per giungere a una pronuncia di accoglimento. Esso è stato, invece, tradizionalmente evocato dal giudice delle leggi (anche in assenza di una sua specifica individuazione come parametro) per giustificare decisioni di inammissibilità per rispetto della c.d. discrezionalità legislativa.

³ Volendo tentare una definizione dei due sostantivi che ne distingue la portata si potrebbe dire che nel termine «divisione» è insita l'azione del dividere due o più parti prima unite, mentre nella parola «separazione», oltre a quella anzidetta, è ricompresa anche la situazione di due componenti che sono ontologicamente separate e autonome, non frutto quindi di un'attività di scissione.

LA COSTITUZIONE ITALIANA E LA SEPARAZIONE DEI POTERI

Si consideri, poi, che lo stesso Montesquieu non parla espressamente di separazione dei poteri⁴; anzi, per dirla tutta, non utilizza il sostantivo «separazione», quanto piuttosto il verbo «separare» («Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice»⁵). Né a esiti diversi si perviene tornando ancora più indietro a John Locke e al suo *Secondo Trattato sul Governo*, nel quale si legge, tra l'altro, «And thus the legislative and executive power come often to be separated» (par. 144)⁶. Ancora più illuminanti sono i successivi passaggi in cui Locke scrive: «These two powers, executive and federative, though they be really distinct in themselves, [...], yet they are always almost united. [...]» (par. 147); e poi: «Though, as I said, the executive and federative power of every community be really distinct in themselves, yet they are hardly to be separated and placed at the same time in the hands of distinct persons. [...]» (par. 148). Poteri, quindi, «realmente distinti in sé», che però sono quasi sempre uniti e che è difficile separare. Peraltro, lo stesso utilizzo del verbo in questione non è funzionale alla dimostrazione di una rigida separazione che né Montesquieu né Locke avevano in mente. Già queste poche considerazioni paiono sufficienti a rendere ancora più complesso l'utilizzo della formula «separazione dei poteri».

Se poi si passa al concetto di «potere» e di «poteri» in particolare, il quadro si complica non poco. Già nel 1966 Franco Modugno rilevava, con specifico riguardo a quanto previsto nella Costituzione italiana, che «basta un primo panoramico sguardo per accorgersi che gli organi costituzionali esplicitamente contemplati e posti, per così dire, su un primo e più elevato piano sono almeno sei, un numero doppio rispetto a quello di tre che la teoria tradizionale richiederebbe». Lo stesso autore aggiungeva, non senza una punta di sarcasmo: «[n]è il doppio può essere considerato un semplice raddoppiamento»⁷. Se poi si pensa alla giurisprudenza costituzionale che, con specifico riguardo ai conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, ha riconosciuto siffatta qualifica anche a

⁴ Come ricorda P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in questo numero speciale.

⁵ Nel celeberrimo capitolo sesto («Sulla costituzione dell'Inghilterra») del libro undicesimo (MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1748), in Id., *Tutte le opere* (1721-1754), Milano, Bompiani, 2014, 1220).

⁶ J. LOCKE, *Trattato sul governo* (1690), a cura di L. Formigari, Roma, Editori Riuniti, 2000, 106.

⁷ F. MODUGNO, *Poteri (Divisione dei)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, 1966, 483.

soggetti esterni allo Stato-apparato, si comprende come sia davvero complicato riuscire a ricondurre la pluralità di poteri oggi esistente alla triade di Montesquieu.

Né a più chiari esiti si perviene se si passa da una prospettiva «organizzativo formale» a una «funzionale sostantiv[a]»⁸. La difficoltà di distinguere nettamente la funzione normativa da quella amministrativa o esecutiva e da quella giurisdizionale è stata evidenziata già da tempo nella dottrina costituzionalistica italiana, al punto che si è giunti alla conclusione che «[l]a nostra Costituzione non sembra contenere, se non per qualche reminiscenza sporadica e soprattutto avulsa dal contesto e dalle implicazioni della teoria tradizionale, il principio organizzativo della divisione dei poteri». Essa mostrerebbe piuttosto «la tendenza spiccata alla molteplicità e alla moltiplicazione degli organi costituzionali oltre che degli enti territoriali a rilevanza costituzionale»⁹. Di qui l'affermazione per cui nella nostra Costituzione sarebbe forse ravvisabile, «non il residuo del vecchio principio della divisione dei poteri», bensì «un principio nuovo», denominato «principio di competenza», «secondo il quale le attribuzioni proprie di ciascun potere (organo o complesso di organi costituzionali) [sono] caratterizzate dall'impossibilità di venir sindacate da altri organi che non siano la Corte costituzionale»¹⁰.

Questa teorica prende atto e porta alle estreme conseguenze il sicuro superamento del vecchio principio di gerarchia ma giunge probabilmente a degli esiti radicali negando in radice la possibilità di rinvenire nell'ordinamento costituzionale qualsiasi traccia del tradizionale principio della divisione dei poteri¹¹.

Si tratta quindi di verificare se e fino a che punto siano condivisibili le tesi di cui sopra, chiedendosi, *in primis*, se dai lavori dell'Assemblea costituente emergano indizi di una perdurante validità della tradizionale dottrina della separazione dei poteri. In altre parole, occorre chiedersi se dietro la formula della «separazione dei poteri» si celi un principio immanente agli ordinamenti liberal-democratici, rispetto al quale la sola

⁸ Per riprendere la terminologia utilizzata da F. MODUGNO, *Poteri (Divisione dei)*, cit., 483 e 487.

⁹ F. MODUGNO, *Poteri* **Termine estratto capitolo**

SARA SPUNTARELLI

IL PARLAMENTO AMMINISTRATORE

SOMMARIO: 1. Ipotesi da sottoporre a verifica. — 2. Realtà giuridica. — 3. Delimitazioni lessicali e concettuali. — 4. Piano ordinamentale. — 5. Casi e questioni. — 6. Ragioni del fenomeno del Parlamento amministratore.

121

1. *Ipotesi da sottoporre a verifica.* — L'ipotesi da sottoporre a verifica in merito a quantità, qualità e limiti del fenomeno è se il Parlamento svolga anche un ruolo di amministrazione. L'oggetto dell'indagine riguarda, perciò, i casi in cui la legge ordinaria perde il suo contenuto generale e astratto a favore di un contenuto che per il momento definisco «provvedimentale», di regola del caso, contrapposto al «prevedere» come attività tipicamente normativa volta a disporre in linea preventiva e, dunque, rivolta al futuro. In questi casi le rubriche e i contenuti delle disposizioni legislative denotano l'urgenza del provvedere e un'inclinazione a disciplinare il caso singolo che assomiglia all'adozione di «misure» amministrative¹.

Lo scritto, nell'esaminare il ruolo del Parlamento nell'amministrare,

¹ Il termine «misura» con riferimento agli atti legislativi è utilizzato da C. ESPOSITO, *Gli art. 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, (1962), ora in *Scritti giuridici scelti, IV. Note di giurisprudenza*, a cura di J.P. Berardo, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Camerino, Napoli, Jovene, 1999, 198 e da M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 1775; il termine è anche usato da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 44; inoltre in Francia la *mesure administrative* è contrapposta alla *loi*.

SARA SPUNTARELLI

tiene in doverosa considerazione anche il fenomeno del progressivo spostamento del baricentro della produzione normativa dalla sede parlamentare a quella governativa e, dunque, il crescente ricorso da parte del governo all'approvazione di decreti-legge a carattere provvedimentale². In queste circostanze il Parlamento amministra nella misura in cui è chiamato a convertire in legge, eventualmente con modifiche, decreti-legge a contenuto provvedimentale³ o, come anche definiti in maniera efficace dalla dottrina, provvedimenti-legge⁴.

2. *Realtà giuridica.* — Una verifica sullo stato della legislazione a partire dalla X legislatura (ovvero dal 1987), presenta alcuni risultati utili per muovere all'indagine⁵. Le leggi-provvedimento — che nei Rapporti sullo stato della legislazione sono definite quali leggi «finalizzate alla disciplina di situazioni specifiche o alla realizzazione di singoli interventi» ovvero leggi che «recano un contenuto puntuale e/o si rivolgono ad una platea di beneficiari estremamente limitata» — e le leggi di manutenzione normativa — qualificate come atti che «recano disposizioni di puntuale modifica o di proroga di disposizioni legislative vigenti» — rappresentano tra gli atti legislativi emanati una percentuale che oscilla tra il 76,2 per cento (nella X legislatura) e il 54,9 per cento (nella XIV, ovvero dal 2001 al 2007)⁶.

I dati dell'Osservatorio sulla legislazione presentano un costante riferimento al contenuto provvedimentale nelle successive legislature: 49 per cento (nella XVII) fino al secondo anno della XVIII legislatura (marzo 2020) ove continuano a persistere consistenti elementi di continuità (il 42 per cento).

² Si v. ad esempio la vicenda della proroga per legge delle concessioni demaniali marittime a fini turistico-ricreativi (art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77 e successivamente abrogato dall'art. 5, comma 2, lett. b), l. 5 agosto 2022, n. 118), sulla quale: Cons. St., Ad. Pl., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18 e il commento di A. GIANNELLI e G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 723 ss.

³ M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015, 4 e 73, a questo proposito parla di «amministrazione per atti aventi forza di legge».

⁴ Ha registrato il fenomeno del provvedimento-legge C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁵ I dati sono tratti dai *Rapporti annuali sullo stato della legislazione* dell'Osservatorio sulla legislazione, consultabili all'indirizzo internet www.camera.it.

⁶ Le percentuali sono indicate con riferimento alle leggi, ad eccezione delle leggi costituzionali, le leggi di conversione dei decreti-legge, le leggi di bilancio e collegate alla manovra finanziaria e le leggi di ratifica dei trattati internazionali.

IL PARLAMENTO AMMINISTRATORE

Discorso in parte diverso va condotto con riferimento agli ultimi due Rapporti sulla legislazione (2019-2020 e 2021) che, in ragione dell'emergenza causata dalla gestione degli effetti della pandemia da Covid-19, confermano e, anzi, registrano un incremento della disciplina di aspetti minuti della vita sociale. Il diritto dell'emergenza appare caratterizzato inevitabilmente da un contenuto provvedimentale costituito dal ricorso a istituti quali deroghe e proroghe, regimi speciali e transitori, sospensione di leggi e, problematicamente, di diritti.

Nei due Rapporti menzionati appare accentuata la spinta alla «verticalizzazione» delle decisioni, attraverso un iniziale forte ricorso all'utilizzo di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (dPCM)⁷, cui è seguita una crescente parlamentarizzazione dell'emergenza attraverso la successiva «legificazione» degli atti amministrativi emanati in un primo momento. La normazione emergenziale si è tradotta, inoltre, nell'aumento del numero delle leggi di conversione di decreti-legge, a testimonianza del progressivo incremento, già avviato prima della pandemia⁸, del peso preponderante dell'iniziativa governativa nella legislazione, destinato ad ulteriore incremento nell'attuazione del PNRR⁹.

3. *Delimitazioni lessicali e concettuali.* — Il fenomeno da verificare non è nuovo, trovando matrici teoriche importanti che meritano di essere menzionate per il corretto inquadramento della riflessione che si intende condurre, con la necessaria sottolineatura del diverso contesto storico,

⁷ Molto è stato scritto sulla natura dei dPCM e sulla loro riconducibilità o meno al potere di ordinanza: si v., ad esempio, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista Aic*, 2020; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *Federalismi.it*, 2021; L. BARTOLUCCI e L. DI MAJO, *La prassi delle istituzioni in pandemia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022; in generale sul potere di ordinanza da ultimo E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, Bologna University Press, 2019.

⁸ Da ultimo per un'indagine accurata sui fenomeni di trasformazione delle fonti non tanto come risposta emergenziale quanto come complesso di fattori di «crisi» del sistema si v.: A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, in www.osservatoriosullefonti.it.

⁹ D. DE LUNGO, *Contributo allo studio dei rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022, in www.osservatoriosullefonti.it, sottolinea il ruolo fino ad oggi centrale della decretazione d'urgenza, tramite cui si sono realizzati profondi interventi in settori strategici quali le semplificazioni, il reclutamento, le infrastrutture e i servizi pubblici e si è edificata la stessa *governance* del PNRR. A tal proposito l'autore rileva un ulteriore sintomo della progressiva normalizzazione del decreto-legge come fonte di produzione del diritto.

SARA SPUNTARELLI

culturale e giuridico attuale che porterà necessariamente a differenti considerazioni.

Giovi ricordare che l'indagine sulla funzione amministrativa del Parlamento è svolta dalla dottrina italiana che, già a cavallo tra Ottocento e Novecento¹⁰, definisce atti amministrativi del Parlamento quelli che servono «per il raggiungimento dei fini dello Stato e per la tutela dei suoi interessi»¹¹. Il carattere amministrativo di questi atti, oltre che dall'analisi del loro contenuto, si ricava dal ricorrere della circostanza che accanto ad essi ne esistono altri di carattere identico attribuiti ad autorità governative e di natura indiscutibilmente amministrativa¹².

Tuttavia, la dottrina ha progressivamente concentrato l'analisi sui contenuti dell'atto legislativo che, laddove difforme dall'ideale di generalità ed astrattezza tipico della costruzione teorica Stato liberale¹³, è qualificato dapprima legge «impropria»¹⁴ e poi legge-provvedimento¹⁵.

A riprova della direzione imboccata dagli studi sul fenomeno non è

¹⁰ S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, (1898), ora in *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Zanobini, Milano, Giuffrè, 1950, 86; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960, 22, rileva che il Parlamento esercita funzioni di amministrazione attiva in forma di legge.

¹¹ F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, Milano, Società editrice libraria, III, 1907, 92; l'autore, *ivi*, 93 ss., cita le leggi sulla leva militare e marittima mediante le quali il Parlamento fissa i contingenti annuali; le leggi che importano circoscrizioni amministrative; le leggi di concessione di cittadinanza; le leggi di classificazione di opere pubbliche, quali strade nazionali, acque navigabili, opere idrauliche e monumenti nazionali; le leggi di concessione di opere pubbliche, quali le ferrovie; le leggi di dichiarazione di pubblica utilità per lavori pubblici o espropriazione; le leggi che ordinano un'inchiesta; le leggi che approvano atti amministrativi di qualsiasi natura che importino spese nuove straordinarie; le leggi di approvazione di contratti che importano onere alle finanze dello Stato non compreso nel bilancio e contratti per cui il governo chiede discarico di responsabilità.

¹² Questa circostanza è sottolineata da F. CAMMEO, *op. cit.*, 99, ad evidenziare che la funzione amministrativa spetta in queste ipotesi al Parlamento per autorizzazione legislativa e riguarda i casi di maggiore importanza; inoltre l'autore, *ivi*, 99, rileva, come elemento idoneo a qualificare tali atti come amministrativi, la tendenza a delegare le stesse funzioni riservate al Parlamento alle autorità governative.

¹³ Secondo J.J. ROUSSEAU, *Du contract social ou principes du droit politique*, (1762), trad. it. *Il contratto sociale*, Milano, Rizzoli, 2001, Libro II, cap. II, 74: «La volontà è generale o non esiste: essa è quella del corpo del popolo o non esiste: essa è quella del corpo del popolo o solamente una parte. Nel primo caso questa volontà dichiarata è un vero e proprio atto di sovranità e fa legge, nel secondo è soltanto una volontà particolare o un atto della magistratura; tutt'al più può essere un decreto».

¹⁴ A. MALGARINI, *Della* Termine estratto capitolo *», in Arch. giur.*, 1884, 159;

LORENZO CASINI

IL GOVERNO LEGISLATORE

«Man mag den parlamentarischen Betrieb
hassen oder lieben,
beseitigen wird man ihn nicht» (*).

149

SOMMARIO: 1. Il governo «legislatore» nella separazione dei poteri. — 2. La produzione legislativa del governo. — 2.1. La resistibile ascesa dei decreti-legge. — 2.2. Il lento declino dei decreti legislativi (ma non delle deleghe). — 2.3. La prevalenza dei disegni di legge con iniziativa governativa. — 2.4. Uno strapotere esecutivo? — 3. Il governo legislatore e gli altri poteri dello Stato. — 3.1. L'esondazione legislativa e l'utopia della legge auto-applicativa. — 3.2. La fuga dal regolamento per via legislativa. — 4. Da potere eccezionale a potere di carattere ordinario: quale futuro per il Leviatano?

1. *Il governo «legislatore» nella separazione dei poteri.* — «Si les mêmes personnes détiennent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, il n'y a pas de liberté, le pouvoir peut faire des lois tyranniques et les exécuter tyranniquement»¹. Anche sulla base di questa riflessione,

(*) «Si può amare o odiare l'istituzione parlamentare; abolirla non si può»: M. WEBER, *Parlamento e Governo nel nuovo ordinamento della Germania. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti* (1918), in *Id.*, *Parlamento e Governo e altri scritti*, trad. it., Torino, Einaudi, 1982, 64 ss., qui 103. Si ringraziano Paolo Aquilanti, Anna Crevaroli, Bernardo Giorgio Mattarella e Nicola Selvaggi per i loro commenti a una prima versione di questo scritto.

¹ «Quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non vi è libertà, poiché si può temere che lo stesso monarca, o lo stesso senato, facciano leggi tiranniche per eseguirle tirannicamente»: MONTESQUIEU, *Lo spirito*

LORENZO CASINI

scritta da Montesquieu a metà del XVIII secolo, un principio fondamentale affermatosi negli Stati moderni, insieme con la teoria della separazione o divisione dei poteri, è che l'organo esecutivo, il governo, non debba esercitare la funzione legislativa, riservata al Parlamento, eletto del popolo².

Nelle prime costituzioni di fine 1700, il principio della separazione è sancito in modo netto. Nella costituzione degli Stati Uniti del 1787, per esempio, l'articolo I stabilisce che tutti i poteri legislativi sono affidati al Congresso, mentre l'articolo II attribuisce a un altro organo, il Presidente, il potere esecutivo³. Nella costituzione francese del 1791, la prima

delle leggi (1748), I, trad. it., Milano, Rizzoli, 1996, 310 (da 309 ss. la celebre indicazione dei tre poteri, riferita alla costituzione inglese). Prima ancora, John Locke nel *Secondo Trattato sul governo* (1690), in ID., *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, trad. it., Torino, Utet, 2010, 337 ss. Una ricostruzione storica, con riguardo al governo come potere tra i poteri, può leggersi in P. COLOMBO, *Governo*, Bologna, il Mulino, 2003, 83 ss. Si v., sul punto, P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo da Montesquieu a Madison*, e G. D'AMICO e D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico*, in questo numero speciale, e la bibliografia ivi citata.

² Il presente scritto è incentrato sull'attività legislativa del governo in Italia, nell'ambito della teoria della separazione dei poteri. Le modalità con cui tale separazione è realizzata in ambito statale, naturalmente, mutano da un ordinamento all'altro, a seconda del contesto, come evidenziato da B. ACKERMAN, *The New Separation of Powers*, in 113 *Harvard Law Review* (2000), 33 ss. (trad. it. *La nuova separazione dei poteri: presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma, Carocci, 2003), e da M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, trad. it., Napoli, Editoriale Scientifica, 2007. Nella letteratura italiana, una ricostruzione storica è in F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 17 ss., e F. MODUGNO, *Poteri (Divisione dei)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, 1966, *ad vocem*; sull'importanza del principio negli ordinamenti moderni, i due volumi di G. SILVESTRI, *La separazione di poteri*, Milano, Giuffrè, rispettivamente 1979 e 1984 (il primo incentrato sul periodo dal pensiero greco fino a Montesquieu; il secondo su quello dagli Stati Uniti all'età contemporanea), nonché, in precedenza, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*², Padova, Cedam, 1952, e, ancora oggi fondamentali, C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it., Milano, 1984, 244 ss., sulla «distinzione (cd. divisione) dei poteri», e H. KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato* (1923-1924), trad. it., in ID., *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, 77 ss., e anche ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 260 ss. Si leggano, inoltre, C. MOELLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2013, ed E. CAROLAN, *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State*, Oxford, Oxford University Press, 2009. Sulla separazione delle funzioni fondamentali oltre lo Stato, J.H.H. WEILER, *La geologia del diritto internazionale. I paradigmi dell'amministrazione e della governance*, in *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, a cura di L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2016, 233 ss.

³ Art. I, section I, della Costituzione del 1787, approvata nella Convenzione di Filadelfia ed entrata in vigore nel 1789: «All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives»; art II, section I: «The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his Office during the Term of four Years [...]». Ciò non toglie che il

dopo la rivoluzione, il «Pouvoir législatif» spetta all'Assemblea nazionale, il «Pouvoir exécutif» è delegato al re⁴. In Italia, se si guardano le costituzioni delle Repubbliche pre-unitarie formatesi a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo, il potere legislativo è attribuito a un corpo legislativo o assemblea (talora formata da due consigli, uno maggiore e uno minore, come nella Costituzione della Repubblica di Bologna del 1796, in quelle della Repubblica Cispadana, della Repubblica Cisalpina e del popolo ligure del 1797, in quella della Repubblica romana del 1798, in quella della Repubblica di Napoli del 1799), mentre il potere esecutivo è attribuito a un altro organo, come un magistrato dei consoli, un direttorio di tre o cinque membri nominato dal corpo legislativo, un determinato numero di consoli o un arcontato⁵.

Tuttavia, emerse presto l'esigenza di consentire all'esecutivo, soprattutto in circostanze emergenziali, di adottare atti muniti della stessa forza della legge: basti citare le dichiarazioni di stato d'assedio, non infrequenti nella seconda metà del 1800 a partire da quella di Genova del 1849 fino a quella di Milano del 1898. Così, nel 1931, Costantino Mortati poté rilevare che «[o]ltre al potere normativo del Governo, di carattere ordinario, v'è da considerare l'attività, anch'essa legislativa nella sostanza, attribuita al Governo in via eccezionale, senza limite di materia e con assoluta efficacia formale, subordinatamente alla condizione della sussistenza di un'urgente necessità o del bisogno di rimuovere un pericolo imminente»⁶.

In Italia, già nel 1900 la Corte di cassazione si era dovuta occupare in più occasioni della legittimità costituzionale dei decreti reali con forza di legge⁷; più tardi, nel 1926, nel silenzio dell'allora vigente Statuto alber-

Presidente esercita un potere normativo di rilievo: D. RENAN, *Presidential Norms and Article II*, in 131 *Harvard Law Review* (2018), 2187 ss.

⁴ Titolo III, artt. 3 e 4 della Costituzione del 1791; l'art. 5 attribuisce invece il «Pouvoir judiciaire» a giudici «élus à temps» dal popolo. Rileva C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., citando Duguitt, che nella Costituzione francese per la prima volta si parla di «*séparation des pouvoirs* invece di *division*» (248).

⁵ Per i testi, si v. *Le costituzioni italiane 1796-1848*, a cura di E. Fimiani e M. Togna, L'Aquila, Textus, 2015.

⁶ C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano, Giuffrè, 2000, 133.

⁷ M.S. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, Bulzoni, 1984, 83. Ricordava L. PALADIN, *Art. 76-77*, in AA.VV., *La formazione delle leggi*, II, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. Foro italiano, 1979, 1 ss., specialmente 44 ss., che, mentre il numero di decreti-legge «appariva ancora esiguo sino al 1890, non superando nell'intero complesso una settantina di casi (alcuni dei quali contestati),

LORENZO CASINI

tino, costituzione flessibile, la legge n. 100 prevede che «[c]on decreto Reale, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, possono emanarsi norme aventi forza di legge: 1° quando il Governo sia a ciò delegato da una legge ed entro i limiti della delegazione; 2° nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgente ed assoluta necessità lo richiedano. Il giudizio sulla necessità e sull'urgenza non è soggetto ad altro controllo che a quello politico del Parlamento»⁸. Veniva in tal modo disciplinata l'ipotesi sopra sintetizzata da Mortati, ossia l'esercizio «in via eccezionale» di attività sostanzialmente legislativa da parte del Governo, «subordinatamente alla condizione della sussistenza di un'urgente necessità». È noto, tuttavia, l'uso eccessivo dei decreti-legge fatto dal regime fascista⁹, tanto che in Assemblea costituente fu messa in discussione la possibilità per il Governo di adottare atti con forza di legge, con Einaudi e Mortati e non pochi altri membri contrari a questa ipotesi¹⁰; dopo diverse sedute della seconda sottocommissione, si scelse però di seguire la linea proposta da Calamandrei, per il quale era «più provvido disciplinare e limitare» la legislazione d'urgenza «piuttosto che ignorarla»¹¹: si giunse così agli

152

il ricorso a questa forma di legislazione si accrebbe quindi progressivamente, per quantità ed importanza, sino al raggiungere l'apice dei 1043 decreti emanati nel 1919!» (p. 45).

⁸ Art. 3, legge 31 gennaio 1926, n. 100. I commi seguenti stabilivano che: «Nei casi indicati nel numero 2° del precedente comma il decreto Reale deve essere munito della clausola della presentazione al Parlamento per la conversione in legge, ed essere, a pena di decadenza, presentato, agli effetti della conversione stessa, ad una delle due Camere, non oltre la terza seduta dopo la sua pubblicazione. Della presentazione viene data immediata notizia nella Gazzetta Ufficiale. Il disegno di legge per la conversione del decreto in legge è considerato di urgenza. In caso di chiusura della sessione, all'apertura della nuova sessione, il disegno di legge per la conversione si ritiene ripresentato dinanzi alla Camera, presso cui era pendente per l'esame. Quando una delle due Camere approvi il disegno di legge, il suo presidente lo trasmette entro cinque giorni, alla Presidenza dell'altra Camera; questa trasmissione vale come presentazione del disegno stesso. Se una delle due Camere rifiuta la conversione in legge, il presidente ne dà notizia nella Gazzetta Ufficiale, e il decreto cessa di aver vigore dal giorno della pubblicazione della notizia. Se il decreto è convertito in legge con emendamenti, l'efficacia degli emendamenti decorre dalla pubblicazione della legge. Se entro due anni dalla sua pubblicazione il decreto non sia stato convertito in legge, esso cessa di aver vigore dal giorno della scadenza di questo termine».

⁹ G. MELIS, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2018, 330 ss., dove si ricostruisce l'attività legislativa del governo fascista, con un Parlamento «emarginato»; si v. **Termine estratto capitolo** (Bologna, il Mulino, 2016).

NAUSICA PALAZZO

LA CORTE COSTITUZIONALE LEGISLATORE (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'attività legislativa della Corte costituzionale. — 2. La Corte-legislatore: produzione normativa entro i limiti della disposizione. — 3. La Corte-legislatore: produzione normativa al di fuori dei limiti della disposizione. — 4. La Corte co-legislatore. — 5. L'attività legislativa della Corte costituzionale a livello costituzionale. — 5.1. Norme procedurali in tema di accesso al giudizio di legittimità costituzionale. — 5.2. Ridefinizione della gerarchia delle fonti a livello costituzionale. — 6. La Corte costituzionale italiana legislatore. Una prima analisi. — 7. Conclusioni.

189

1. *Introduzione: l'attività legislativa della Corte costituzionale.* — Tra i numerosi compiti svolti della Corte costituzionale, la principale rimane il controllo di costituzionalità delle leggi¹. Si tratta di un compito più circoscritto e allo stesso tempo specifico rispetto alla generale attività volta a garantire il rispetto della Costituzione². Il controllo di cui qui si

(*) Il presente contributo è una rielaborazione dei risultati di ricerca presentati nel capitolo *Law-Making Power of the Constitutional Court of Italy*, in *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, a cura di M. Florczak-Wątor, Abingdon, Routledge, 2020, 46 ss., elaborato all'interno del progetto finanziato dal Polish Narodowe Centrum Nauki - National Science Centre (decisione n. 2015/18/E/HS5/00353). Ringrazio Alessandro De Nicola per il prezioso supporto editoriale.

¹ F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile et al., Bologna, il Mulino, 1982, 19.

² Quest'ultima comprende tutti i casi in cui una Corte costituzionale — o una corte suprema, o ancora i giudici ordinari, a seconda del modello di giustizia costituzionale — assicura il rispetto della Costituzione, per esempio, esaminando l'ammissibilità di un referendum popolare o la costituzionalità dei comportamenti e degli atti delle istituzioni.

NAUSICA PALAZZO

discute può essere letto come una forma di compartecipazione all'esercizio dell'attività legislativa affidata al Parlamento dalla nostra Costituzione. Sebbene una simile affermazione possa sollevare una certa preoccupazione sulla tenuta del principio di separazione dei poteri e più in generale sulla tenuta del principio democratico («the mighty problem»)³, tale preoccupazione si attenua se si considera che la piena attuazione della Costituzione è compito complesso che richiede molteplici contributi da parte di una serie di attori⁴.

Talora, tuttavia, è innegabile che possano verificarsi conflitti tra la Corte e il Parlamento relativamente all'esercizio di detta funzione, anche a causa di alcune caratteristiche proprie del modello di giustizia costituzionale italiana e del suo funzionamento in concreto. Tali caratteristiche includono la deliberata vaghezza di una serie di disposizioni costituzionali, il frequente richiamo a meta-principi e valori afferenti alla sfera del morale e del politico nell'ambito del giudizio costituzionale, e il riferimento normativo a obiettivi di carattere sociale in Costituzione (come ad esempio la «funzione sociale», l'«interesse generale» e le «relazioni sociali eque») che consentirebbero al legislatore di esercitare un ampio margine di manovra quanto alla scelta dei mezzi per raggiungerli⁵. Questa breve introduzione dimostra quanto possano essere labili i confini tra il giudizio costituzionale e l'attività legislativa del Parlamento.

La preoccupazione, ricorrente in dottrina, anche in ottica comparata, riguarda dunque la possibilità che, attraverso il giudizio costituzionale, i giudici della Consulta possano invadere una sfera di competenza del Parlamento. Ciò ha spinto insigni costituzionalisti a riflettere sul tema dell'inquadramento e collocazione della Corte all'interno della forma di governo in conseguenza proprio dell'esercizio del ruolo di co-determinatore dell'indirizzo politico. Si ricordino, in tal senso, le riflessioni di Gustavo Zagrebelsky e Franco Modugno, raccolte nel volume del 1982 intitolato *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*.

³ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984; M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, coll. «Droit public positif», Aix et Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 1990. Il problema è assai più attenuato nel contesto europeo rispetto al contesto americano: M. CARTABIA, *Mauro Cappelletti: One of the "precious few" of our generation*, in 14 *International Journal of Constitutional Law* (2016), 464 ss., 469. In definitiva, Cappelletti si definiva in favore dell'espansione inevitabile del ruolo dei giudici e della creatività giudiziale proponendo un «sistema equilibrato di controlli reciproci». M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 23 (traduzione mia).

⁴ Si veda F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 45.

⁵ *Ibidem*, 47.

LA CORTE COSTITUZIONALE LEGISLATORE

Come ben spiegato, tali riflessioni «costituiscono un momento importante nella definizione del ruolo della Corte costituzionale nell'ordinamento costituzionale italiano, segnando la contrapposizione tra chi affida a tale organo il ruolo di co-determinatore dell'indirizzo politico e chi, invece, vede nella Corte anzitutto un giudice che deve tenersi lontano dalla decisione politica»⁶. Per valutare la misura del coinvolgimento della Corte nel processo legislativo e il suo inquadramento nella forma di governo italiana, il presente contributo farà riferimento a una classificazione proposta da Gustavo Zagrebelsky, da questi in parte riveduta, ma che si ritiene utile ai fini delle riflessioni che si avvanzeranno nel paragrafo 6. In base a tale classificazione, la Corte costituzionale può esercitare il ruolo di: *a*) garante esterno di costituzionalità (non legislatore); *b*) legislatore; *c*) co-legislatore⁷.

Quanto alla categoria *sub a*), l'attività non legislativa si concretizza attraverso l'emanazione di sentenze con cui la Corte agisce quale garante esterno della costituzionalità della legislazione. In simili casi, la Corte si limita a «spazzare via» le norme considerate incostituzionali, in armonia con la visione kelseniana di una Corte costituzionale che agisce in qualità di mero «legislatore negativo». In altri termini, il legislatore negativo si limiterebbe ad eliminare le norme incostituzionali senza interferire con l'esercizio della funzione legislativa, che sarebbe rimessa al legislatore. Nel contesto italiano, la tipologia di decisione che meglio riflette tale approccio è la sentenza di accoglimento pieno. Con le sentenze di accoglimento pieno, infatti, la Corte si limita ad annullare una disposizione senza sostituirla con disposizioni o interpretazioni alternative. Un altro esempio riguarda le sentenze di puro rigetto, con le quali la Corte rigetta appunto la questione dopo essersi addentrata nel merito⁸. L'insieme delle pronunce facenti parte della categoria *sub a*) (garante esterno di costituzionalità) non rende giustizia, tuttavia, alla grande varietà di pronunce emesse dalla Corte, né terrebbe conto dei preoccupanti vuoti

⁶ F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2020, 115.

⁷ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 103.

⁸ Gli effetti di questo tipo di pronunce sono *inter partes*, in quanto vincolano solo le parti della controversia. Conseguenza di ciò è che la Corte rigetta la questione sì come sollevata dal giudice rimettente, senza che ciò comporti che motivazioni diverse o un diverso profilo della questione possano portare a una futura declaratoria di incostituzionalità.

NAUSICA PALAZZO

legislativi di un accoglimento puro e semplice (descritti in dottrina in termini di *horror vacui*)⁹.

Con riguardo alla seconda ipotesi (Corte legislatore), gli esempi più ricorrenti dell'esercizio di attività legislativa da parte della Corte costituzionale riguardano le sentenze che non richiedono la collaborazione di altri attori istituzionali per raggiungere il loro obiettivo. Tali decisioni, talvolta definite «sentenze legge»¹⁰, comprendono le sentenze interpretative di accoglimento, le sentenze additive, le sentenze sostitutive e le sentenze manipolative in generale. Pur nell'evidente diversità di effetti e *quantum* dell'interferenza con l'attività legislativa, si tratta di pronunce che manifestano una creatività e desiderio di intervenire al di fuori delle situazioni «più classiche» da parte della Corte. A tal proposito è necessaria una precisazione. Nel parlare di attività legislativa della Corte costituzionale, il presente contributo non fa riferimento a una attività di produzione normativa «in senso stretto», che consiste nella produzione da parte della Corte costituzionale di fonti del diritto quali leggi o regolamenti. Tale espressione fa invece riferimento alla capacità della Corte di adottare (e persino imporre) una delle possibili interpretazioni all'interno della gamma di alternative che il testo offre e la modifica per via giudiziaria della legge, tale da apportare significati non immediatamente desumibili dalla disposizione legislativa e che si collocano talvolta ben al di là di essa¹¹. Il primo scenario rientra in quella che la dottrina giuridica tedesca chiama *gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*, nella misura in cui l'interpretazione proposta è «immanente» e già presente nel testo normativo. Il secondo scenario è invece denominato *gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*, nella misura in cui viene adottata un'interpretazione che si spinge «al di fuori» del testo di legge¹². Di tali categorie si parlerà più diffusamente nei paragrafi 2.1 e 2.2.

Infine, esiste una peculiare funzione co-legislativa in base alla quale la Corte si spinge a partecipare all'interno del processo legislativo. Per comprendere tale ultima categoria, non ci si può limitare a pensare che la creazione di una norma legislativa consista semplicemente in un

⁹ R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *Termini estratto capitolo*, 105.