



IL COSTITUZIONALISMO MULTILIVELLO NEL TERZO MILLENNIO:

SCRITTI IN ONORE DI PAOLA BILANCIA

2 FEBBRAIO 2022

Note sui principi di indipendenza e
imparzialità della magistratura in un
ordinamento democratico-
costituzionale multilivello

di Renato Balduzzi

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università Cattolica del Sacro Cuore

Note sui principi di indipendenza e imparzialità della magistratura in un ordinamento democratico-costituzionale multilivello*

di Renato Balduzzi

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università Cattolica del Sacro Cuore

Abstract [It]: Non è difficile constatare una diffusa insofferenza verso la magistratura anche negli Stati democratico-costituzionali, unitamente a una diminuzione significativa del consenso e della fiducia attorno alla medesima, in particolare quella ordinaria, che è poi la più esposta e delicata. Ciò induce o dovrebbe indurre a riportare la riflessione sui principi di fondo che presiedono alla funzione giurisdizionale. Quello dell'indipendenza è proprio uno di questi principi di fondo, circa il quale è necessario chiederci in quale misura il cambiamento del contesto giuridico, economico e sociale abbia comportato e comporti ricadute sul suo significato. Insieme all'indipendenza, saranno necessariamente presi in considerazione, ancorché più di sfuggita, altri principi di fondo, con questa variamente collegati, quali l'autonomia e l'imparzialità, sotto il particolare angolo di osservazione che consiste nel chiederci se e in quale misura tali principi e la loro concreta applicazione siano influenzati dall'affermarsi dei c.d. ordinamenti multi-livello.

Abstract [En]: It is not difficult to observe widespread intolerance towards the magistrature even in democratic-constitutional states, together with a significant decrease in consensus and confidence in the court, particularly in the ordinary courts, which are the most exposed and delicate. This leads or should lead us to reflect on the basic principles governing the judicial function. Independence is precisely one of these basic principles, and we need to ask ourselves to what extent the change in the legal, economic and social context has had an impact on its meaning. Together with independence, other basic principles, which are variously connected with it, such as autonomy and impartiality, will necessarily be taken into consideration. It will be examined whether and to what extent these principles and their concrete application are affected by the emergence of so-called multi-level systems.

Parole chiave: Indipendenza; imparzialità; magistratura; ordinamenti multi-livello; dialogo tra Corti

Keywords: Independence; impartiality; Courts; multi-level systems; Courts' cooperation

Sommario: Premessa. **1.** Una prima scelta di valore: il modello unitario di magistratura e di giurisdizione. **2.** Una seconda scelta di valore: il contesto dello Stato democratico-costituzionale. **3.** Una società divisa entra nelle Costituzioni: la risposta delle magistrature. **4.** Un'indipendenza diversa e rafforzata. **5.** Il rapporto di coesistenzialità tra indipendenza e autonomia. **6.** La sinergia tra normazione e giurisdizione negli ordinamenti multilivello. **7.** Alcuni significati ed esempi del c.d. dialogo tra le Corti: a) quando il dialogo è finalizzato al ... dialogo. **8.** (*segue*): b) quando il dialogo è in realtà uno scontro duro. **9.** Alcune (provvisorie) conclusioni.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Premessa

Una premessa: non è difficile constatare una diffusa insofferenza verso la magistratura anche negli Stati democratico-costituzionali¹, unitamente a una diminuzione significativa del consenso e della fiducia attorno alla medesima, in particolare quella ordinaria, che è poi la più esposta e delicata. Ciò induce o dovrebbe indurre a riportare la riflessione sui principi di fondo che presiedono alla funzione giurisdizionale. Quello dell'indipendenza è proprio uno di questi principi di fondo, circa il quale è necessario chiederci in quale misura il cambiamento del contesto giuridico, economico e sociale abbia comportato e comporti ricadute sul suo significato. Insieme all'indipendenza, saranno necessariamente presi in considerazione, ancorché più di sfuggita, altri principi di fondo, con questa variamente collegati, quali l'autonomia e l'imparzialità, sotto il particolare angolo di osservazione che consiste nel chiederci se e in quale misura tali principi e la loro concreta applicazione siano influenzati dall'affermarsi dei c.d. ordinamenti multi-livello².

1. Una prima scelta di valore: il modello unitario di magistratura e di giurisdizione

Il titolo prescelto denota almeno due scelte di valore, diffuse, ancorché non unanimi, nel nostro contesto giuridico-culturale, e che mi trovano – lo dico subito – assolutamente consenziente.

La prima scelta di valore sta nel riferire l'indipendenza non soltanto alla magistratura nel suo insieme, come ordine-potere, ma ai magistrati, e non ai soli giudici, e dunque scegliere decisamente nel senso dell'unitarietà della giurisdizione e della cultura giurisdizionale, cioè di un modello unitario di magistratura e di magistrato: giudicanti e requirenti, giudici e pubblici ministeri, sono chiamati a condividere un medesimo orizzonte di indipendenza, almeno quanto al nucleo essenziale della nozione.

Non si tratta di una scelta scontata, l'indipendenza del pubblico ministero essendo guarentigata diversamente persino in un ordinamento come il nostro³, che pure la prevede anche per i requirenti presso le giurisdizioni speciali⁴; inoltre, l'indagine comparata ci mostra diverse tipologie di rapporti tra pubblico ministero e indipendenza.

¹ Nelle cosiddette democrazie illiberali, tale insofferenza è da considerarsi connaturata, in quanto provocata dal potere politico: v. le considerazioni di C. Landfried, *Introduction*, in C. Landfried (ed.), *Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformation*, Cambridge, 2019, pp. 3 ss.; più di recente, R. Balduzzi, *Politica e magistratura. Lezioni ad uso degli studenti del corso di Diritto pubblico comparato*, Milano, EDUCatt, 2021, pp. 125 ss.

² Sulla nozione di ordinamento multi-livello e sulle sue conseguenze con riferimento alla situazione dell'Unione europea, v. P. Bilancia, *Il modello europeo di multilevel governance*, in A. Papa (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 1-12.

³ Ancora utili sul punto sono alcune riflessioni di A. Pizzorusso, *La posizione ambigua del pubblico ministero nella Costituzione: necessità di una revisione*, in *Atti del III Convegno dei Comitati di azione per la Giustizia*, Roma, Jasillo, 1967, pp. 122 ss.

⁴ Analogo ragionamento vale per la nozione di imparzialità: poiché la revisione costituzionale introdotta dalla l. cost. 2/1999 ha aggiunto, al comma 2 dell'art. 111, che ogni "giusto processo" deve "svolgersi davanti a un giudice terzo e imparziale", e ha dunque per la prima volta previsto in Costituzione tale qualità per il giudice, si potrebbe derivarne che siffatto carattere non valga per il pubblico ministero, pacificamente non "terzo" e dunque neppure, a rigore – si potrebbe

2. Una seconda scelta di valore: il contesto dello Stato democratico-costituzionale

La seconda scelta di valore implicita nel titolo sta nel richiamo alla forma di Stato democratico-costituzionale.

Non si tratta di un mero ossequio formale a categorie della scienza giuridica, quanto piuttosto dell'affermazione secondo cui tanto l'indipendenza, quanto l'imparzialità del magistrato, le quali sono nozioni risalenti nel diritto costituzionale (si pensi, per la seconda, al riferimento alla *impartial jury* del VI emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, che riprendeva peraltro formule già contenute nella Costituzioni delle preesistenti colonie, radicate nella tradizione del *common law* ispirata, a partire dal *Bonham case* del 1614, dal principio *nemo iudex in causa propria*; ma già il libro del Siracide, ventidue secoli fa, rammentava che “il Signore è giudice, non è parziale a danno del povero”...), vanno rideterminate secondo i principi della forma di Stato democratico-costituzionale.

Non deve sfuggire l'oscillazione, tra gli studiosi, nella qualificazione della forma di Stato affermatasi nel Novecento in molti Paesi europei: “democratica”, “democratico-costituzionale”, “costituzionale”, “democratico-pluralista”, “democratico-sociale”, “costituzionale di diritto”. Tale oscillazione è dovuta principalmente alla diversità dei profili che si vogliono mettere in evidenza (quello del sistema delle fonti del diritto ovvero quello della rappresentanza politica e della garanzia delle minoranze, o entrambi). Preferisco l'espressione democratico-costituzionale, sia perché il solo richiamo del termine democratico, ove interpretato riduttivamente come mera democrazia elettorale, non includerebbe taluni contenuti rientranti nella qualificazione di “costituzionale” (è il caso, palesemente, delle cosiddette democrazie illiberali, le quali non a caso muovono i primi passi limitando l'indipendenza e, mediamente, l'imparzialità del magistrato), sia soprattutto perché essa rende bene quanto è avvenuto a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, cioè l'ingresso, nelle carte costituzionali di molti Paesi, anche al di fuori dell'area occidentale, del *demos* in tutte le sue sfaccettature (e non soltanto, in quelle concernenti la partecipazione politica): dunque della società, con le sue tensioni e contrapposizioni, e della vita quotidiana con i temi della famiglia, del lavoro, della salute e dell'istruzione, con il conseguente

dire -, tenuto all'imparzialità. Si aggiunga che gli istituti processuali volti ad assicurare l'imparzialità del magistrato requirente sono, nel nostro come in altri ordinamenti, più elastici di quelli che si riferiscono al giudice (il p.m. può astenersi per gravi ragioni di convenienza, ai sensi dell'art. 52 c.p.p.; per lui non è prevista la ricusazione). Appare tuttavia evidente che ad una tale conclusione non sia corretto pervenire, in quanto, nella misura in cui non è terzo, ma parte, il p.m. deve essere ancora di più imparziale. Anzi, proprio perché tale imparzialità può essere, in ragione delle circostanze in cui si svolgono il lavoro del pubblico ministero e la costruzione di un'ipotesi di accusa, più difficile, essa è ancora più necessaria; d'altronde, di questa necessità è riflesso e conferma la disposizione del codice di rito che prevede che il p.m. debba svolgere altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini (art. 358 c.p.p.). Dall'indagine comparata traiamo che l'azione del pubblico ministero viene sovente qualificata come imparziale: particolarmente importante, tenuto conto della peculiarità dello status giuridico del *parquetier*, è la disposizione contenuta nel codice di procedura penale francese (art. 31), secondo cui il pubblico ministero esercita l'azione pubblica e richiede l'applicazione della legge, nel rispetto del principio di imparzialità al quale è sottoposto.

mutamento della funzione della legge e la necessità di assicurare un controllo sulla conformità a Costituzione dei bilanciamenti di interessi che la legge è chiamata ad assicurare. Ora, la sola qualificazione come “costituzionale” non riesce a dare conto pienamente di questa peculiarità dell’attuale forma di Stato. Quanto alle altre qualificazioni sopra ricordate, esse o enfatizzano una parte per il tutto (“democratico-pluralista”, “democratico-sociale”), oppure includono un’evidente ridondanza (“costituzionale di diritto”).

Da qui la scelta dell’espressione democratico-costituzionale, cui non è estranea neanche la circostanza, davvero non casuale, che l’art. 1 della Costituzione italiana veda compresenti i due tratti della democraticità e della costituzionalità (“una Repubblica democratica”; “nelle forme e nei limiti della Costituzione”). La propensione per la locuzione “democratico-costituzionale” deriva infine da un altro motivo: a fronte delle ricorrenti discussioni circa la legittimazione democratica della magistratura, quella comune e quella costituzionale, sottolineare nella stessa denominazione della forma di Stato il legame tra l’ampiezza semantica del vocabolo “democratico” e l’ampiezza semantica dell’aggettivo “costituzionale” è coerente con l’approccio che personalmente reputo preferibile, quello che intende sottolineare la circolarità tra il momento della rappresentanza politica e il momento della giurisdizione (costituzionale e comune)⁵.

Da quanto detto, consegue che l’indipendenza del magistrato nello Stato democratico-costituzionale è qualche cosa di differente rispetto a quanto poteva significare in altri momenti storici.

Restano naturalmente importanti i richiami di Montesquieu alla *puissance de juger, si terrible parmi les hommes*, e alla necessità che funzione legislativa e funzione giurisdizionale non si cumulino in capo allo stesso soggetto, poiché, se così fosse, il potere sulla vita e sulla libertà del cittadino si porrebbe come arbitrario perché il giudice sarebbe il legislatore, mentre la libertà politica risiede nella circostanza che un cittadino non possa temere un altro cittadino. Richiami che oggi risuonano ancora più incisivamente, in quanto il magistrato, presidio contro l’arbitrio, deve curare in ogni modo che l’esercizio concreto della giurisdizione non costituisca e non venga percepito come arbitrario (chi ci potrà garantire da quelli che ci devono garantire?), e che non devono essere emarginati dalla nostra attenzione: si può oggi sorridere di fronte ad espressioni come la *bouche qui prononce les paroles de la loi*⁶, ma non si può eluderne, al netto del profilo prescrittivo evidente nella formula del barone di Montesquieu, il significato di fondo, consistente nell’accentuare, comunque, la terzietà del magistrato.

⁵ Si veda, *infra*, § 9.

⁶ Salvo comunque coglierne il profilo non descrittivo, ma prescrittivo: Montesquieu era molto consapevole, in quanto componente del *Parlement* di Bordeaux, della natura e delle possibilità della funzione di *ius dicere*...

Come si vedrà più avanti, per osservare una Costituzione che è intrisa di società e dunque di conflitti, il magistrato viene a fare i conti con una condizione di indipendenza (e, dunque, di imparzialità) diversamente connotata rispetto allo Stato liberale.

3. Una società divisa entra nelle Costituzioni: la risposta delle magistrature

Il punto è cruciale e merita un breve approfondimento.

Il cambiamento del rapporto tra istituzioni e società non fu un fenomeno improvviso, ma venne preparato dai fermenti e dai sommovimenti, ora più evidenti, ora più nascosti, che percorsero l'Europa continentale tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento, riassunti mirabilmente da Santi Romano nella celebre formula della crisi dello Stato moderno: voluto come compatto e unitario, impassibile di fronte alle richieste provenienti dal basso, trova i fattori della propria crisi «precisamente in una piattaforma sociale che rivendica un proprio ruolo, organizzandosi e articolandosi in coagulazioni collettive, ora sindacali, ora corporative, ora assistenziali, ora cooperative, tutte lesioni della vecchia compattezza, tutte testimoni di una complessità prima soffocata e ora capace di esprimersi fronteggiando l'apparato di potere dello Stato borghese»⁷.

L'ingresso dei temi sociali ed economici comportò naturalmente ingresso delle diseguaglianze di fatto, appunto di quegli ostacoli di ordine economico e sociale (come saranno scolpiti nell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana, una delle clausole internazionalmente più note in tema di diritti sociali) che è compito della Repubblica tutta rimuovere: dunque di tutti gli organi costituzionali che la compongono, ma anche delle articolazioni sociali dove si sviluppa la personalità individuale. Da questa impresa di trasformazione dei rapporti economici e sociali, che ha per obiettivo la partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale (sempre arg. *ex* art. 3, comma 2, Cost.), non soltanto non viene evidentemente esentata la giurisdizione, ma, poiché ad essa spetta di garantire il godimento dei diritti e l'adempimento dei doveri costituzionali nel quadro della legalità ordinaria e costituzionale, su di essa si sono appuntate e si appuntano molte speranze.

Perché la giurisdizione potesse corrispondere alla mutata domanda sociale era tuttavia necessario un passaggio, che la resistenza degli antichi equilibri sociali e politici inutilmente avrebbe cercato di impedire: la creazione di un'istanza, esterna al circuito politico tradizionale, capace di mettere in bilanciamento le divisioni e le tensioni tra diversi interessi e valori che l'ingresso della società nelle Costituzioni aveva appalesato come problema dell'ordinamento giuridico. Un soggetto capace cioè di controllare, direttamente o indirettamente attraverso la promozione della questione di legittimità costituzionale in via

⁷ La frase virgolettata è di P. Grossi, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020, p. 85, tratta dalla rievocazione, un secolo dopo, della prolusione che Santi Romano tenne nel 1909 all'Università di Pisa con il titolo "Lo Stato moderno e la sua crisi". Per sviluppi su quanto affermato nel testo v. il mio *Politica e magistratura*, cit., pp. 155 ss.

incidentale (che comporta il coinvolgimento “politico” del giudice comune nell’attuazione della legalità costituzionale e dei “valori” costituzionali), il modo con cui la legge⁸ effettua il bilanciamento tra quegli interessi e quei valori. L’avvento delle Corti costituzionali costituisce appunto la risposta a questa esigenza, e mette in condizione la giurisdizione tutta di partecipare all’immane intrapresa di *saisir la politique par le droit*, secondo l’espressione meritatamente nota del *doyen* Louis Favoreu: un *droit* che ha cambiato pelle rispetto alla stagione codicistica, che lascia sullo sfondo l’ancoraggio alla fattispecie e si organizza sempre più attorno a principi e a valori, intesi questi ultimi come i generatori dei primi⁹.

In questo percorso storicamente delineabile, vi sono dunque tutte le premesse per una più forte tensione tra magistratura e politica, che all’alba del nuovo millennio si colora di risvolti e caratteri ancora diversi. Infatti, alla fioritura dei corpi intermedi che il Novecento aveva conosciuto, anche in reazione a due conflitti mondiali, si sostituisce una forte accentuazione dell’individuo inteso come *homo faber*, al quale le risorse della tecnologia permettono una, almeno apparente, autodeterminazione e una riduzione dei limiti quale mai in precedenza rese possibili, e rispetto al quale il legame sociale si presenta meno cogente e meno robusto: un individuo sempre meno persona (nel senso di soggetto qualificato dalla relazione con l’altro) e sempre più segnato dall’indebolimento dei legami di autorità, sempre più tentato di sfuggire ad una globalizzazione di cui fatica a percepire le virtualità positive, sempre meno capace di radicamento territoriale e forse proprio per questo facile preda delle sirene della chiusura, della secessione, del “prima me”, sempre più insicuro rispetto al futuro e sempre meno radicato nel passato, oltre che sempre più attratto da un presentismo ludico o di mera evasione¹⁰. La crisi della rappresentanza, verificabile in tutti i settori (dal sociale all’economico, al professionale, al religioso), e che non poteva risparmiare l’esperienza politica e le sue forme parlamentari e partitiche, la compresenza di spinte verso forme di democrazia apparentemente più immediata e di tentazioni di delega totale al capo del momento, unitamente alla disintermediazione generalizzata e alla destrutturazione di legami familiari e di gruppo, concorrono a creare un paesaggio sociale sempre più frammentato e “liquido”, in cui le ragioni e i meriti dello Stato di democrazia costituzionale e dei suoi istituti fondanti sono assoggettati a un logoramento progressivo e ad una caduta di fiducia che le fiammate di interesse verso questo o quel tema del momento, invece di compensare, rendono ancora più acuti.

In tale contesto, non stupisce che la magistratura nel suo insieme possa essersi reputata investita di compiti ulteriori rispetto a quello tradizionalmente affidatole e che le Corti costituzionali in particolare si pongano, consapevolmente o meno, come bastioni dello Stato democratico-costituzionale: in un

⁸ *Procédé de gouvernement* (secondo la nota formula di G. Burdeau, *Essai sur l’évolution de la notion de loi en droit français*, in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, nn. 1-2/1939, pp. 7 ss, spec. p. 47), prima e più ancora che astratta espressione di una volontà generale ancora più astratta.

⁹ Così ancora P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., pp. 96-97.

¹⁰ Utili spunti in G. De Rita, A. Galdo, *Prigionieri del presente*, Torino, Einaudi, 2018, spec. pp. 24 ss.

momento nel quale i “palazzi” della Repubblica sono sempre meno oggetto di venerazione e di fiducia, le Corti, ciascuna secondo la propria storia e le peculiarità dell’ordinamento in cui sono inserite, sono spinte a occupare una posizione intermedia tra palazzo e società, diventando un canale di trasmissione delle buone (dal punto di vista della lettura costituzionale che le Corti danno) decisioni dei palazzi del potere alla base sociale, e per converso cercando di filtrare le istanze sociali e di ritrasmetterle nel circuito istituzionale, depoliticizzando i conflitti e neutralizzandoli (pensiamo all’ingresso dell’*amicus curiae* nel processo costituzionale). Il tutto avendo quale punto di riferimento un “breviario” (per dirla ancora con Paolo Grossi) cioè la Costituzione, nei confronti della quale e delle cui interpretazioni, al fine di non cortocircuitare la corretta trasmissione del legame sociale e politico, le Corti sono tenute a professare una deferenza non formale e superficiale. Ma quello che vale per le Corti costituzionali vale, in qualche misura, anche per le altre Corti. E dunque la loro indipendenza, specialmente quella percepita, entra in una tensione.

4. Un’indipendenza diversa e rafforzata

Studiosi, politici ed operatori non si rendono sempre conto del quadro completamente diverso entro cui si muove, oggi, l’antico principio dell’indipendenza. Certo, esso sta sempre in premessa a ogni ragionamento sull’ordinamento giudiziario e sull’esercizio delle relative funzioni¹¹, ma quanto la sua portata di significato sia diversa rispetto a ieri rischia di perdersi nel solco delle idee ricevute. Così, non è difficile trovare, nella manualistica e nella letteratura specializzata, un *continuum* di questo tenore: in primo luogo vengono le garanzie di autonomia e di indipendenza (compreso il garante di queste, il Consiglio superiore della magistratura); in secondo luogo viene l’imparzialità, cui quelle garanzie sono funzionali; infine, come terzo momento, il principio di eguaglianza, cui l’imparzialità è preordinata.

Sembra uno schema semplice, lineare e inappuntabile¹². Tuttavia, c’è un “ma”: di quale eguaglianza parliamo? Quella del 1° comma dell’art. 3 Cost., come divieto di discriminazioni arbitrarie o ingiustificate, o del 2° comma, come eguaglianza sostanziale? A seconda della risposta che diamo alla domanda, lo scenario cambia.

Proprio perché, come si è accennato nei §§ 2 e 3, le costituzioni hanno incorporato i conflitti della vita sociale e il legislatore non ha più il monopolio della loro soluzione, in quanto il suo bilanciamento è

¹¹ Non soltanto in Italia: si veda, tra gli innumerevoli esempi, la decisione del *Conseil constitutionnel* 2021-829 DC del 17 dicembre 2021, dove si afferma espressamente che il principio di indipendenza è “indissociabile dall’esercizio di funzioni giudiziarie”.

¹² Si veda sul punto, ad es., Corte cost., sent. n. 215 del 2016 (red. Barbera), a proposito della Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, dove si afferma che l’indipendenza del giudice, essendo finalizzata ad impedire collegamenti istituzionali capaci di incidere sull’autonomia decisionale del giudice, costituisce lo strumento per garantirne l’imparzialità.

controllabile ai sensi della costituzione stessa, la condizione della magistratura, e del giudice in particolare, non è più quella della sola e semplice soggezione alla legge - per cui dunque la sua indipendenza serviva a garantire che soltanto a quella egli fosse soggetto - ma, potendo e/dovendo il giudice sindacare, sia pure con i limiti e le strettoie delle regole concernenti il processo costituzionale, l'operato del legislatore stesso, la sua indipendenza dovrà essere (ed essere percepita) al tempo stesso diversa e rafforzata. Diversa, perché non potrà prescindere dal confronto con i valori e i principi costituzionali, ai quali dunque egli è ugualmente soggetto, e rispetto ai quali non potrà fare professione di indifferenza (non nel senso di capovolgere il senso delle regole di fonte primaria - non si sta riproponendo l'uso alternativo del diritto ... -), a maggior ragione in presenza di clausole quale quella dell'eguaglianza sostanziale, dalla quale promana un indirizzo interpretativo evidente, ancorché non partigiano. Rafforzata, per evitare che il giudice possa essere od essere percepito come l'amico o come l'avversario della maggioranza parlamentare che tempo per tempo ha approvato la legge o che la mantiene in vita. Da qui un duplice imperativo: per il legislatore (si potrebbe dire anche aggiungere "e per il Governo"), di approvare leggi e atti equiparati che non incentivino l'incertezza e dunque la discrezionalità dell'interprete quanto ai termini e alla portata dei bilanciamenti effettuati; per il giudice, di individuare modalità e percorsi in grado di rafforzare, all'interno e all'esterno della magistratura, la realtà e la percezione dell'indipendenza. È a quest'ultimo proposito che il tema dell'indipendenza si può ricollegare con quello degli ordinamenti multilivello, in quanto il giudice nazionale può essere indotto, come vedremo, a rafforzare realtà e immagine della sua indipendenza attraverso un rapporto stretto con il giudice sovranazionale, e in una certa misura può valere anche l'inverso.

5. Il rapporto di coesistenzialità tra autonomia e indipendenza

Il ragionamento sinora fatto può essere esteso alla coppia autonomia-indipendenza di cui all'art. 104 Cost., in ordine alla quale, come per altre nozioni costituzionalmente rilevanti che hanno a che fare con il nostro tema¹³, non è sempre facile individuare la portata: in particolare, essa può essere letta sia come

¹³ È il caso della tensione tra terzietà e imparzialità del giudice: si tratta di un'endiadi, oppure, come affermato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 241 del 1999 (rel. Mezzanotte), terzietà è lo *ius dicere*, mentre imparziale, ma non spersonalizzato, è il magistrato? Sul punto, si nota una certa oscillazione della Corte, come può facilmente arguirsi dalla successiva sent. n. 240 del 2003, che richiama tali concetti come intercambiabili, come se la terzietà fosse semplicemente una forma più intensa di imparzialità. La risposta potrebbe andare proprio nel senso della sentenza Mezzanotte: la terzietà costituisce un modo d'essere della giurisdizione nel suo insieme, l'imparzialità una connotazione dei singoli magistrati. Si spiegherebbe così meglio perché sia possibile la seconda anche in assenza della prima, come sembra attestare Corte cost., sent. n. 135 del 1975 (rel. Crisafulli) e la seguente notissima citazione: "La fondamentale esigenza che il giudice sia disinteressato rispetto alla controversia sulla quale deve decidere, e perciò realmente imparziale, non può essere intesa in modo così lato e generico da farvi rientrare anche l'interesse che egli, come privato cittadino, possa avere a una determinata soluzione di problemi di principio inerenti a quella controversia, non essendovi giudice che non sia, al tempo stesso, elettore, pubblico dipendente, proprietario od affittuario, creditore o debitore, e via dicendo, ed

endiadi, sia come locuzione composta da due concetti reciprocamente distinguibili. Nella giurisprudenza costituzionale convivono entrambe le letture e, a ben vedere, vi sono ragioni per riconoscere sia una dimensione di significato unitario della coppia concettuale, sia una dimensione di significato differenziabile dei due termini. Più problematica, per contro, è la lettura secondo cui in questa disposizione il termine autonomia non sarebbe impiegato in senso tecnico, venendo di fatto a coincidere con quello di indipendenza, in quanto, prima di contravvenire a un criterio così generale nell'interpretazione delle disposizioni normative e in particolare di quelle costituzionali quale il *magis ut valeat* (nel senso che l'interprete deve cercare di conferire il massimo di significato possibile al testo medesimo), è necessario verificare con attenzione che nessun'altra diversa lettura sia praticabile.

Ora, l'indipendenza è anzitutto un principio già presente nell'art. 101, secondo comma, nel momento in cui, come già accennato, la Costituzione stabilisce, con una formula che ritroviamo in altri testi costituzionali¹⁴, il principio della sottoposizione del giudice soltanto alla legge. Si tratta del nucleo tradizionale del principio di indipendenza, che viene a qualificarsi anzitutto come portatore di prerogative e condizioni soggettive in capo al singolo magistrato, tali da garantirne, attraverso la non dipendenza da altri poteri e, segnatamente, dal potere esecutivo, l'effettivo godimento di una posizione di imparzialità e terzietà all'interno del processo¹⁵.

L'indipendenza è quindi, *in primis*, indipendenza individuale, che concerne tanto la persona del giudice (con l'attribuzione sia di diritti sia di doveri: ad es., dal diritto all'inalienabilità se non in ipotesi tassativamente riconosciute all'art. 107, primo comma, secondo periodo, fino al divieto di iscrizione a partiti politici o alle regole di incompatibilità con l'esercizio di determinate attività o l'assunzione dei determinate cariche) quanto appunto la sua posizione nell'esercizio della funzione (imparzialità, terzietà). L'indipendenza viene poi in rilievo nel rapporto del giudice con gli organi titolari degli altri poteri dello Stato. Infatti, il giudice è pur sempre un "funzionario" dello Stato e, come tale, appartiene ad un corpo burocratico che si organizza e agisce in base alla legge, e che pertanto, ove non fosse diversamente stabilito, ricadrebbe sotto la direzione del potere esecutivo e normalmente dovrebbe organizzarsi su base anche gerarchica.

È qui che possiamo notare il punto di raccordo tra indipendenza e autonomia, poiché l'indipendenza del singolo magistrato è tale non soltanto ove gli siano garantite condizioni personali idonee ad un esercizio della giurisdizione che sia dipendente dalla sola legge – che è chiamato ad applicare fino a quando non

insomma inserito in situazioni e rapporti della vita associata regolati dal diritto oggettivo dello Stato, al quale, nell'esercizio della potestà giurisdizionale conferitagli, deve dare concreta attuazione".

¹⁴ Per una rassegna dei quali, v. N. Zanon, L. Panzeri, *Art. 101*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. III, Torino, Utet, 2006, pp. 1965-66.

¹⁵ Il collegamento tra soggezione soltanto alla legge e indipendenza è ancora più esplicito in alcuni testi costituzionali contemporanei: si v., ad es., l'art. 97, abs. 1, *Grundgesetz*.

ne rilevi un contrasto con la Costituzione: anche la sottoposizione del magistrato alla legge trova dunque un temperamento nello Stato democratico-costituzionale – ed estraneo alla *res iudicanda* nel singolo processo, bensì anche ove ciò avvenga in un contesto organizzativo adeguato. È in effetti sul piano dell'organizzazione istituzionale della magistratura, nei rapporti con gli altri poteri e al suo interno, che può meglio apprezzarsi la specificità del principio dell'autonomia, che attiene all'esistenza di una organizzazione autonoma (ovvero caratterizzata da strumenti e dinamiche di auto-organizzazione) della magistratura nello Stato. Non è un caso, infatti, che nella stessa disposizione che sancisce l'indipendenza e autonomia della magistratura da ogni altro potere trovi disciplina anche il Consiglio superiore della magistratura, garante dell'autonomia della magistratura specialmente dal governo, giacché l'attribuzione a tale organo delle competenze di cui all'art. 105 corrisponde alla sottrazione delle medesime al Ministro della giustizia, che, in questo “ribaltamento”, si trova ad essere un organo a competenza limitata (v. artt. 107, comma 2, e 110 Cost.)¹⁶.

Inoltre, l'autonomia, come si alludeva poc'anzi, non si manifesta soltanto nella riconduzione dei poteri di amministrazione della giurisdizione a un organo espressione in larga parte di appartenenti all'ordine giudiziario (cioè il Csm), ma si manifesta altresì nella garanzia che la posizione del singolo magistrato all'interno degli uffici giudiziari non sia d'ostacolo alla sua indipendenza: da qui il versante c.d. interno dell'autonomia, che trova il proprio principio chiave nell'art. 107, terzo comma, Cost. («I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni»). Essi, dunque, non sono tra loro vincolati da rapporti gerarchici anche quando l'assegnazione di funzioni direttive comporta l'attribuzione di poteri di organizzazione degli uffici giudiziari (tribunali, procure, corti d'appello, ecc.) ai cosiddetti “capi” degli uffici medesimi.

Questa impostazione rende evidente come indipendenza e autonomia, seppur distinguibili, siano concepiti dalla Costituzione italiana come reciprocamente coesenziali: il riconoscimento dell'autonomia è funzionalizzato ad una garanzia piena dell'indipendenza, la quale, a sua volta, costituisce la condizione di praticabilità istituzionale della prima. Una delle peculiarità dell'ordinamento italiano (rispetto, ad esempio, all'ordinamento francese o a quello tedesco¹⁷) risiede proprio nella sottolineatura di questa

¹⁶ Sviluppì, sul punto, in R. Balduzzi, *La posizione costituzionale del Csm tra argomenti di ieri ed effettività dell'organo*, in *Jus-online*, 1/2020.

¹⁷ Quanto alla Francia, l'assenza della qualificazione di autonomia viene sovente sottolineata adesivamente in dottrina: si v., ad es., B. MATHIEU, *Justice et politique: la déchirure*, Paris, L.G.D.J., 2015, p. 13: “(...) *la séparation des pouvoirs ne peut se comprendre comme conduisant à l'autonomie du pouvoir judiciaire, qui en serait par ailleurs le seul bénéficiaire, au risque d'une déstabilisation de l'État e de l'intérêt général dont il est porteur*”. Nella Repubblica federale tedesca, mentre l'indipendenza è predicata dal *Grundgesetz* per tutti i giudici, la legge relativa al *Bundesverfassungsgericht* qualifica tale Tribunale come una giurisdizione federale autonoma e indipendente rispetto agli altri organi costituzionali: stante il rapporto tra esso e gli altri giudici, soprattutto in forza della possibilità di questi ultimi di attivare il *Konkrete Normenkontrolle* previsto dall'art. 100 *Grundgesetz*, si può concludere che l'ordinamento tedesco, a differenza di quello francese, riconosce l'autonomia della magistratura,

coesistenza, che rende ancora più pregnante l'imperativo dell'imparzialità: ma un'imparzialità, così come l'indipendenza, non formale, non asettica, ma intrisa dei principi e dei valori dell'ordinamento costituzionale, che essa deve aiutare a manifestare. L'indipendenza (e la connessa imparzialità) del magistrato si connettono strettamente ai principi e alle norme costituzionali, in misura diversa rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento, e in particolare alle pubbliche amministrazioni: proprio perché le p.a. sono vincolate dalle leggi che devono applicare, ancorché di dubbia legittimità costituzionale, e per converso il magistrato-giudice è tenuto a non applicarle ove abbia dei dubbi e ad investire il giudice delle leggi, esercitando obbligatoriamente un'interpretazione costituzionalmente orientata, la sua indipendenza-imparzialità vengono a costituire sia l'ipostasi, la personificazione quasi, della rispondenza dell'ordinamento ai propri valori fondanti, sia l'occasione per inverarli attraverso l'esercizio dello *ius dicere*. In questo contesto, un possibile percorso di riduzione della tensione tra politica e magistratura, immanente a ogni ordinamento¹⁸, sta proprio nel rafforzamento dell'indipendenza-imparzialità percepita. Come già accennato, in un ordinamento multilivello, è di qualche interesse considerare il ruolo svolto dai collegamenti tra giudici posti a differenti livelli ordinamentali, e verificare se essi possano, e a quali condizioni, svolgere la funzione di rafforzamento dell'indipendenza, reale o percepita.

6. La sinergia tra normazione e giurisdizione negli ordinamenti multilivello

L'intensificarsi della cooperazione transnazionale nel corso del Novecento e, specialmente, nella seconda metà del secolo, ha portato, com'è largamente noto, anche alla creazione, da parte degli Stati nazionali, di organizzazioni dotate di organi direttivi di tipo politico e, a volte, anche di organi giurisdizionali.

Nella maggior parte dei casi, si tratta di entità che gli Stati istituiscono attraverso trattati al fine di imputare loro il perseguimento di finalità di interesse comune e che agiscono sul piano internazionale¹⁹. Anche quando gli atti costitutivi di tali organizzazioni prevedono organi "politici" (formati dai rappresentanti degli Stati membri, titolati a richiamare gli Stati al rispetto dei trattati istitutivi o degli accordi addizionali nel tempo intervenuti, a formulare orientamenti circa la loro attuazione, a produrre veri e propri atti normativi vincolanti nei confronti delle parti), ma anche veri e propri organi giurisdizionali internazionali (formati in modo da assicurare l'imparzialità e la terzietà dei componenti e incaricati di dirimere controversie in ordine al rispetto dei trattati medesimi o degli atti prodotti dall'organizzazione attraverso

almeno per quella parte del potere giurisdizionale affidato al *BVerfG* (sviluppi sul punto in R. Balduzzi, *Politica e magistratura*, cit., pp. 115 ss.).

¹⁸ Rinvio al mio *Politica e magistratura*, cit., pp. 7 ss.

¹⁹ Tipico esempio di tale trasformazione è naturalmente l'Organizzazione delle Nazioni Unite. L'esperienza della pandemia ci ha fatto conoscere meglio un'organizzazione che avremmo tutti i vantaggi a trasformare in sovranazionale, cioè la WHO: sul punto v. le considerazioni di N. Denticò, E. Missoni, *Geopolitica della salute. Covid-19, OMS e la sfida pandemica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2021, *passim*.

un'applicazione obiettiva delle norme in essi contenute), questi ultimi possono attivare la responsabilità internazionale degli Stati membri, ma non provocare effetti diretti sui soggetti di diritto interno dei rispettivi ordinamenti.

Esistono tuttavia organizzazioni di diritto internazionale i cui trattati istitutivi dotano, a certe condizioni, gli organi suddetti della capacità di produrre atti e decisioni direttamente valide ed efficaci all'interno dello Stato membro, senza necessità di un qualsiasi atto di recepimento o esecuzione²⁰.

Delle due principali organizzazioni che rispondono rispettivamente all'uno e all'altro tipo nello spazio *lato sensu* europeo, l'Unione europea e il Consiglio d'Europa, è certamente la prima quella che più ha inciso nell'evoluzione del nostro ordinamento, giungendo a coinvolgere in un percorso di armonizzazione delle legislazioni nazionali oggetti tradizionalmente reputati di stretta competenza "statale", quali gli affari penali e la giustizia, tanto da pervenire all'istituzione dello *European Public Prosecutor's Office* (EPPO, o "Procura europea"), organo dell'Unione indipendente dagli altri organi e dalle istituzioni dell'UE, nonché dagli Stati membri²¹: l'entrata in funzione dell'EPPO, che opera mediante propri procuratori europei (con prevalenti funzioni di coordinamento dell'attività inquirente e requirente), e per il tramite di procuratori delegati appartenenti alle giurisdizioni dei singoli Stati membri (incaricati delle indagini e dell'esercizio dell'azione penale nei singoli ordinamenti), viene per lo più considerata come un ulteriore tassello del c.d. dialogo tra le Corti²², poiché contribuirà all'interpretazione e all'applicazione del diritto nazionale e del diritto europeo entro un ambito, come quello penale, che, toccando più da vicino le garanzie dei diritti fondamentali dell'individuo e principi costitutivi della forma di Stato degli ordinamenti appartenenti all'Unione, presenta zone sia di armonizzazione del diritto nazionale a quello europeo, sia di conflitto e, in ragione della natura costituzionale di tali garanzie e principi, di necessario reciproco adattamento. Ora,

²⁰ Le organizzazioni del primo tipo generalmente si definiscono internazionali, quelle del secondo tipo sovranazionali, e costituiscono un'eccezione ai normali principi del diritto internazionale. Una parte della dottrina comparatistica, stipulativamente, comprende questi due tipi di organizzazioni sotto la qualificazione di transnazionali. Si tratta, appunto, di una qualificazione stipulativa, prevalente nella dottrina tedesca e angloamericana (sviluppi nel mio *Politica e magistratura*, cit., pp. 139 ss.), qualificazione che, dunque, può applicarsi anche ai rispettivi organi, e pertanto si può dire che anche i giudici (tribunali, corti) transnazionali si dividono in internazionali e sovranazionali: mentre le corti internazionali hanno quali diretti destinatari esclusivamente gli organi politici che detengono i poteri di governo dello Stato, quelle sovranazionali possono fare insorgere in capo a soggetti di diritto interno effetti azionabili e sanzionabili anche da parte dei giudici interni allo Stato.

²¹ Istituita nell'ambito di una cooperazione rafforzata specificamente prevista nell'art. 86 TFUE ed attivata con il Regolamento n. 1939/2017/UE (il cui art. 4 le attribuisce il compito di "individuare, perseguire e portare in giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione previsti dalla direttiva (UE) 2017/1371 e stabiliti dal presente regolamento, e i loro complici. A tale proposito la Procura europea svolge indagini, esercita l'azione penale ed esplica le funzioni di pubblico ministero dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri fino alla pronuncia del provvedimento definitivo"), la Procura europea è il frutto della convergenza di due percorsi interni allo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, cioè l'istituzione di organi comuni per la cooperazione giudiziaria e l'armonizzazione del diritto penale sostanziale: per sviluppi, v. L. De Matteis, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, in *Questione giustizia*, n. 2/2021, pp. 11 ss., che giustamente sottolinea i profili di indipendenza dell'organo rispetto sia alle istituzioni eurounitarie, sia alle autorità politiche nazionali.

²² Per esempi che confermano quanto sostenuto nel testo, v., *infra*, § 7.

il riavvicinamento tra le legislazioni ha rappresentato, com'è noto, un veicolo decisivo per l'integrazione europea, ed è stato affidato proprio alla peculiare sinergia tra normazione e giurisdizione, della quale sono state protagoniste la Commissione europea e la Corte di giustizia: quest'ultima, essendo sin dall'inizio caratterizzata da un intreccio tra elementi propri dei sistemi di *common law* e di quelli di *civil law*, è risultata protagonista della progressiva tendenza a rapporti sempre più stretti con le giurisdizioni nazionali, favorita ovviamente da alcuni strumenti processuali, in particolare quello del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE. Se negli ordinamenti di *common law* ciò ha contribuito a un riassetto delle fonti più coerente con quello dei sistemi continentali, in questi ultimi sono constatabili sia l'aumento della cultura del precedente nei rapporti tra le giurisdizioni poste ad un diverso livello, sia l'avvento di un sistema di controllo diffuso di conformità del diritto interno al diritto dell'Unione europea, la cui portata innovativa spicca in sistemi che, invece, organizzano la propria giustizia costituzionale secondo il modello del controllo accentrato²³. A ciò va aggiunta un'altra constatazione: negli ordinamenti multilivello, il più elevato guarda a quello sottostante come a un tutt'uno e pertanto, quando viene assunta una decisione a livello sovranazionale (istituzione politica o giudice), questa diventa rilevante in sede giurisdizionale a livello inferiore, e ciò comporta la conseguenza di un ulteriore avvicinamento tra le magistrature (il cui limite, peraltro, sta proprio nei caratteri di fondo di un ordinamento giuridico, per cui un ordinamento di *civil law* potrà avvicinarsi, ma non del tutto assimilarsi, quanto a posizione, legittimazione e poteri dell'autorità giudiziaria, a un ordinamento di *common law*²⁴).

Il controverso tema del cosiddetto "dialogo tra le Corti" trae alimento da questo scenario di fondo e si articola in una pluralità di prospettive e sottotemi, tra i quali in questa sede rileva soprattutto il rapporto con il profilo dell'indipendenza del giudice (reale e/o percepita).

²³ Anche l'adesione al Consiglio d'Europa ha concorso a determinare importanti convergenze tra gli ordinamenti nazionali circa gli standard e le forme di garanzia dei diritti sanciti all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ferma la fondamentale differenza tra i poteri assegnati alle due organizzazioni e ai due relativi giudici di riferimento, quello di Lussemburgo e quello di Strasburgo, in ordine alla portata e agli effetti dei rispettivi atti, l'interazione tra i due sistemi ha aumentato e reciprocamente favorito il riavvicinamento tra ordinamenti nazionali che ciascuno dei due sistemi ha autonomamente prodotto e, da alcuni anni a questa parte, si traduce anche in un esplicito raccordo tra di essi in ordine alla tutela dei diritti garantiti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui potenziale sarebbe destinato ad aumentare nel momento in cui venisse compiuto il percorso di una piena adesione dell'UE alla CEDU cui ha aperto la via l'art. 6.2. del Trattato di Lisbona (ai sensi del quale «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati»), sinora inверatasi soltanto parzialmente, anche in forza della celebre *Opinion* resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel senso dell'incompatibilità con i Trattati di un'eventuale adesione Corte di giustizia UE, (*Parere 2/13* del 18 dicembre 2014): su tali problemi v. F. Catalano, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla Cedu: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. Bilancia, M. D'Amico, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 233 ss.; più di recente T. Roes, B. Petrova, *Fundamental Rights in Europe after Opinion 2/13*, in C. Landfried (a cura di), *Judicial Power*, cit., pp. 223 ss.

²⁴ Così M. Luciani, *La dura realtà e il "caso Taricco"*, in *Diritto penale e processo*, n. 10/2018, p. 1287.

7. Significati ed esempi del c.d. dialogo tra le Corti: a) quando il dialogo è finalizzato al ... dialogo

L'espressione "dialogo tra le Corti" copre, com'è noto, pratiche e istituti assai diversi.

In un primo e più generale senso (meno rilevante rispetto al presente lavoro), essa comprende una varietà di pratiche cooperative tra giudici appartenenti a diversi sistemi giuridici, volta a descrivere come due Corti tentino di evitare un conflitto in una situazione nella quale rimane impregiudicato a quale delle due spetti l'ultima parola²⁵. Tali pratiche sono favorite quando esistono meccanismi di raccordo formali (come ad esempio il menzionato rinvio pregiudiziale dell'art. 267 TFUE)²⁶, ma sono comunque sempre possibili in forza della circolazione tra le Corti stesse di culture giurisprudenziali, di stili argomentativi e di soluzioni interpretative²⁷.

In un secondo senso, non incompatibile con il primo significato e del quale costituisce una specificazione, essa costituisce un modo per rintuzzare o almeno attenuare l'accusa di "governo dei giudici". Nell'esperienza dell'integrazione eurounitaria, le decisioni della Corte di giustizia aventi a che fare con l'interpretazione e la validità del diritto dell'Unione creano diritto, e dunque si impongono alle giurisdizioni degli Stati membri (con un meccanismo diverso rispetto a quello dello *stare decisis* degli ordinamenti di *common law*, ma che arriva a conseguenze pratiche molto simili), e pertanto si è diffusa, anche negli ordinamenti di *civil law*, l'idea che possa valere come diritto non solo quanto espresso dagli organi cui è espressamente attribuita la potestà di porlo, ma anche, a certe condizioni, quanto espresso

²⁵ Si tratterebbe, insomma, di una forma di "comitologia giurisdizionale": così E. D'Alterio, *From judicial comity to legal comity: a judicial solution to global disorder?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2/2011, p. 394.

²⁶ Un meccanismo per molti versi simile al rinvio pregiudiziale, in corso di attivazione nei riguardi della Corte europea dei diritti dell'uomo, è il "parere consultivo" (non vincolante) che la Corte di Strasburgo viene richiesta di emettere da un giudice dello Stato membro del Consiglio d'Europa, introdotto con il protocollo addizionale n. 16 alla Cedu. Nei confronti di questo strumento, la nostra Corte costituzionale si è espressa favorevolmente (cfr. sent. n. 49/2015), ma non sono mancate alcune perplessità, cui è stata data voce anche nel corso delle audizioni, tenutesi presso la Camera dei deputati, nell'ambito dell'esame del d.d.l. di autorizzazione alla ratifica del Protocollo (sulla mancata ratifica del Protocollo, v. R. Sabato, *L'impatto del Protocollo n. 15 sulla Convenzione europea dei diritti umani: riflessioni a valle della ratifica italiana (e della mancata ratifica del protocollo n. 16)*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2021). Rispetto al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, vi sono analogie (soprattutto in quanto consente l'instaurazione di un "dialogo" tra il giudice nazionale che pone il quesito e quello europeo che risponde con il parere, soccorrendo il giudice nazionale e favorendo la conformazione dello Stato aderente al diritto convenzionale prima di venire chiamato a rispondere per una violazione di quest'ultimo) e differenze, tra le quali, oltre al carattere non vincolante del parere, v'è la circostanza che non ogni giurisdizione è legittimata a richiedere il parere, ma soltanto «le più alte giurisdizioni» dello Stato membro. Diversa è poi la condizione di sottoposizione del giudice nazionale al diritto convenzionale e al diritto dell'Unione europea, pur essendovi segnali che manifestano la progressiva acquisizione da parte del diritto Cedu di alcuni caratteri distintivi del diritto sovranazionale, quanto a capacità di penetrare l'ordinamento e raggiungere i soggetti di diritto interno. Tali segnali sono presenti tanto nella giurisprudenza costituzionale sull'efficacia della Carta europea dei diritti dell'uomo nel nostro ordinamento (es. sentt. n. 348-349/2007, 49/2015), quanto nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia sull'interpretazione dei diritti della Carta di Nizza in conformità alla CEDU: per un approfondimento, si può utilmente consultare M. Olivetti, *Diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 73 ss.), e pertanto consentono di prevedere che il parere consultivo possa favorire una siffatta evoluzione.

²⁷ Su questo fenomeno v., per tutti, T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart, 2013.

da magistrati: in tale contesto, la saldatura con la Corte sovranazionale può rispondere all'esigenza di attenuare la carica ancora potenzialmente "eversiva" di quell'idea, facendo entrare in campo un'autorità giurisdizionale indipendente dagli organi politici interni, la quale viene a coonestare il ruolo e la posizione della Corte nazionale. Non è infrequente che siano soprattutto le Corti costituzionali a perseguire un tale dialogo, specialmente quando l'oggetto della controversia tocchi profili attinenti ai diritti fondamentali²⁸. In un terzo senso (ma qui l'impiego dell'espressione appare quanto mai eufemistico), si può fare riferimento ad essa per connotare o quelle vicende in cui un giudice nazionale e di ultima istanza, utilizza gli strumenti di cui dispone per contrastare una decisione di altro giudice posto al livello ordinamentale superiore, sul presupposto – per lo più implicito – che quest'ultimo non sia in una posizione di sufficiente indipendenza rispetto alle pressioni derivanti dall'ordinamento sovranazionale o da alcuni suoi organi, ovvero quelle vicende in cui è l'autorità giudiziaria sovranazionale che censura la mancanza di indipendenza dell'autorità giudiziaria nazionale.

Proviamo ora ad individuare alcuni esempi di questi significati di "dialogo tra le Corti".

Per quanto attiene al primo dei significati individuati, un esempio molto noto, è rappresentato dalla c.d. saga *Taricco*²⁹, che costituisce il caso più clamoroso ed evidente di composizione di un conflitto tra autorità giurisdizionali cui era sotteso un conflitto tra ordinamenti. La Corte italiana non contesta il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione (fondato sull'art. 11 Cost., prima ancora che sulle regole dei trattati), ma, secondo un percorso giurisprudenziale consolidato³⁰, ribadisce che la condizione perché tale diritto possa essere applicato in Italia sta nell'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona: soltanto così, infatti, potrebbero essere temperati unità e pluralismo, così da "includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE)"³¹. A sua volta, la Corte europea, oltre ad escludere l'applicabilità della c.d. "regola Taricco"

²⁸ E infatti qualcosa di analogo accade anche nel rapporto con il Consiglio d'Europa. In forza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si recepiscono nell'ordinamento interno non soltanto le clausole della Convenzione, ma anche le clausole per come sono interpretate dalla Corte di Strasburgo, le cui pronunce dunque hanno un'efficacia ulteriore rispetto alle pronunce di un qualunque giudice, perché i giudici e le autorità degli Stati membri, se non vogliono violare la Convenzione, devono rispettarne non solo le clausole, ma lo devono fare nell'interpretazione da essa datane: ora, poiché la Corte ha dato un'interpretazione molto dettagliata delle clausole generiche della Convenzione, ne consegue che negli ordinamenti degli Stati membri vive un "diritto dei diritti fondamentali", in parte di derivazione convenzionale, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo, e in parte riconducibile agli ordinamenti costituzionali dei singoli Stati, al cui interno operano i rispettivi giudici costituzionali.

²⁹ In proposito, la nostra Corte costituzionale si è pronunciata nelle decisioni ord. n. 24/2017 e sent. n. 115/2018, che hanno "dialogato", rispettivamente, con Corte di giustizia UE, Grande Sez., 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, e Grande Sez., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A. S. e M. B.*

³⁰ Sentt. n. 183 del 1973; 170 del 1984; 232 del 1989.

³¹ La citazione è tratta dall'ord. n. 24 del 2017, al n. 6 del *considerato in diritto*. Da notare che in essa la Corte italiana non impiega l'espressione "identità costituzionale" (come invece farà nella successiva sent. n. 115 del 2018): per la sintesi dell'articolata vicenda, si rinvia al comunicato stampa della stessa Corte del 31 maggio 2018 e, tra i tantissimi commenti, a M. Luciani, *La dura realtà*, cit., pp. 1284 ss.

ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza che l'ha dichiarata, affida alle autorità giudiziarie nazionali il compito di saggiarne la compatibilità con il principio di determinatezza in materia penale (nel suo duplice profilo di principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano e di cardine del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 49 della Carta di Nizza).

Circa il secondo significato, vengono in rilievo due esempi recenti di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte della Corte costituzionale italiana (ordd. n. 216 e n. 217 del 2021), nell'ambito di applicazione della decisione quadro sul mandato di arresto europeo. Nel primo, oggetto del rinvio è se e in quale misura i principi e le procedure già stabiliti in relazione ad altri possibili motivi di rifiuto della consegna del soggetto interessato da un mandato di arresto europeo, non espressamente previsti dalla suddetta decisione quadro (come nelle ipotesi di sovraffollamento carcerario sistemico o di gravi problemi relativi al difetto di indipendenza del potere giudiziario all'interno dello Stato richiedente), possano estendersi anche all'ipotesi in cui la consegna potrebbe esporre l'interessato al pericolo di subire un grave pregiudizio alla propria salute. Nel secondo, la Corte chiede ai giudici di Lussemburgo se sia compatibile con il diritto fondamentale alla vita privata e familiare dell'interessato una normativa, come quella italiana, che precluda in modo assoluto e automatico di rifiutare la consegna di cittadini di Stati terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio; e, nel caso in cui ne sia ritenuta l'incompatibilità, sulla base di quali criteri e presupposti i legami della persona che si trova nel territorio italiano debbano essere considerati tanto significativi da imporre al nostro Stato di rifiutarne la consegna. In presenza di un dubbio su una questione concernente una materia così delicata (e divisiva) come l'immigrazione, la "sponda" con il giudice sovranazionale consente non soltanto di depotenziare la politicità della questione pendente davanti al giudice nazionale, ma di fare intervenire un'autorità giudiziaria di un ordinamento al cui interno la posizione delle istituzioni di governo ha sovente registrato una contrapposizione o almeno una dialettica con quella del governo italiano: la spiccata posizione di indipendenza esterna della Corte UE costituisce, in particolare, una garanzia circa una decisione non condizionata da presupposti politici³².

³² Un altro esempio potrebbe essere la vicenda originata dal rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte costituzionale italiana con ord. n. 117 del 2019, in cui, preso atto che il diritto eurounitario stabilisce l'obbligo, a carico degli Stati, di sanzionare la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza sui mercati finanziari, la Corte chiede al giudice di Lussemburgo se, ai sensi del diritto eurounitario, esso valga anche nei confronti di chi è già sospettato di avere commesso un illecito e pertanto se, in questi casi, un tale obbligo sia compatibile con il c.d. diritto al silenzio, riconosciuto dalla Costituzione italiana, oltre che a livello internazionale. A seguito della risposta della Corte di Giustizia (sent. 2 febbraio 2021, in causa C-481/19, *D.B. contro Consob*), secondo cui i principi dell'equo processo, tra i quali va annoverato il cosiddetto diritto al silenzio, operano anche nell'ambito dei procedimenti amministrativi quando questi possono sfociare nell'applicazione di sanzioni aventi carattere punitivo e che tra queste va incluso anche l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, la Corte costituzionale (sent. n. 84 del 2021) ha "chiuso" la vicenda, ammettendo il diritto al silenzio, quando non si manifesti in comportamenti ostruzionistici. L'approccio dialogico prescelto dalla Corte italiana ha condotto, in questo caso, a una tutela rafforzata di un diritto fondamentale, cui hanno concorso sia il giudice europeo sia quello nazionale, consentendo nel contempo alla Corte costituzionale italiana di riaffermare una propria centralità in tema di tutela dei diritti, potendo contare sull'appoggio della Corte sovranazionale: potremmo dire che le due legittimazioni si rafforzino mutualmente.

8. (segue): b) quando il dialogo è in realtà uno scontro duro

Quanto infine al terzo significato preso in considerazione, gli esempi sono da ricercarsi in quelle vicende in cui strumenti “dialogici” sono impiegati in situazioni di conflitto, più o meno aspro, al tempo stesso tra giurisdizioni e tra ordinamenti, nonché all’interno della medesima giurisdizione.

Un primo esempio è naturalmente quello della notissima decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio 2020³³, in tema di acquisto, che contiene una dura critica alla Corte di giustizia, le cui pronunce, quando confliggono con l’identità costituzionale tedesca, vanno considerate *ultra vires* e, come tali, non vincolanti per le autorità nazionali, compresa la *Bundesbank*. La decisione è arrivata al termine di una vicenda giurisdizionale che aveva visto la Corte tedesca promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulla validità del *PSPP* (*Public Sector Purchase Program*, il programma di acquisto di titoli del debito pubblico sui mercati secondari da parte della Banca centrale europea, per rispondere alla crisi finanziaria iniziata nel 2009/2010: c.d. “programma Draghi”) e sull’interpretazione di alcune disposizioni del TFUE poste a base delle competenze della Banca centrale europea; su tale domanda di pronuncia pregiudiziale, la Corte del Lussemburgo aveva reso la sentenza 11 dicembre 2018 (in causa C-493/17, *Weiss*), che ha riconosciuto la conformità del *PSPP* ai Trattati. La Corte tedesca, pur riconoscendo la validità del “programma Draghi” di acquisti di titoli di Stato, ha criticato la posizione assunta dalla Corte di giustizia, in quanto non avrebbe saputo chiarire in che modo il programma medesimo avrebbe dovuto essere articolato per non violare i principi e criteri di “proporzionalità”³⁴ senza trasformare i poteri affidati alla BCE per tenere sotto controllo l’inflazione in veri e propri poteri di politica economica. Da qui l’invito, da parte del *BVerfG*, all’autorità politica tedesca ad opporsi al *PSPP* e alla *Bundesbank* a uscire dal Sistema europeo delle banche centrali, a meno che la BCE, entro tre mesi dalla pubblicazione della sentenza stessa, non chiarisse la proporzione tra i benefici e i costi del programma, e in particolare il rapporto tra ciò che decide ciascuno Stato e quello che va a beneficio di altri Stati. Il *BVerfG* dedica ampio spazio a considerazioni critiche anche sul programma di acquisti di emergenza anti-pandemia (il PEPP, o “programma Lagarde”, non oggetto della decisione del 5 maggio), in tal modo intendendo rivolgere espliciti segnali alla *Bundesbank* e alle autorità politiche tedesche utili a indirizzare le decisioni che, in prospettiva, avrebbe dovuto assumere su di esso. Ancorché, successivamente alla decisione della Corte di Karlsruhe, la situazione sia sostanzialmente cambiata, in quanto, da un lato, l’autorità politica tedesca e in particolare il *Bundestag* hanno esplicitato sia la convinzione della piena validità del *PSPP* (escludendo che possa essere tacciato di

³³ *BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats, 2 BvR 859/15 (EZB-Urteil, o anche PSPP).*

³⁴ Per una critica argomentata a questo profilo della decisione, v. D. Galetta, Karlsruhe über alles? *Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi*, 7 maggio 2020; per un *excursus* sulla giurisprudenza del *BVerfG*, v. L. Violini, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: percorsi e dilemmi della sentenza sulla politica monetaria europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, pp. 425 ss.

violazione del principio di proporzionalità³⁵, sia la piena adesione alla decisione del Consiglio sul *Recovery Plan*, e, dall'altro, il *BVerfG* non soltanto ha preso atto positivamente delle risposte della BCE, ma ha altresì negato qualunque seguito alla decisione del maggio 2020³⁶ e, pur tenendosi aperta per il futuro la possibilità di giudicare il programma *Next Generation UE* contrario al *Grundgesetz*, ha evitato di bloccarne l'iter³⁷, la situazione resta alquanto tesa ed evidenzia un contrasto non soltanto tra giudice sovranazionale e giudice nazionale, ma tra giudice nazionale e autorità politica, sia nazionale, sia sovranazionale³⁸, quasi un'applicazione del noto proverbio *Den Sack schlägt man, und den Esel meint man*. Insomma, siamo di fronte a una variante particolare del rapporto tra magistratura e politica³⁹, non all'interno dello stesso ordinamento, ma tra magistratura nazionale e politica sovranazionale (non senza coinvolgere la politica nazionale): una tensione che potremmo chiamare *multilevel* ... A conferma di ciò, è intervenuto, da parte della Commissione UE, l'avvio del procedimento di infrazione mediante costituzione in mora della Repubblica federale tedesca per violazione dei principi fondamentali del diritto dell'Unione europea a seguito della menzionata sentenza *EZB-Urteil* del *BVerfG*⁴⁰. Intrecciata alla tensione tra giurisdizioni poste a diverso livello ordinamentale, l'orientamento del *BVerfG* fa dunque emergere una tensione più profonda, quella tra autorità politiche e autorità giurisdizionali: anche ammesso che la sentenza della Corte di giustizia 11 dicembre 2018 (in causa C-493/17, *Weiss*, contro cui si sono diretti gli strali della Corte di Karlsruhe) avesse voluto genericamente chiarire i confini tra interventi di politica monetaria e interventi di politica economica, siamo sicuri che spetti agli organi giurisdizionali tracciare questi confini? E se la risposta fosse che questo compito spetta in primo luogo alle autorità politiche dell'Unione europea, con l'ausilio tecnico della BCE, come qualificare, se non in termini di *political question*, la domanda di pronuncia pregiudiziale rivolta dal *BVerfG* alla Corte di giustizia? Così ragionando, tuttavia, non si finisce per dovere ammettere che la sentenza *Weiss* è stata espressione di corretto esercizio della funzione giurisdizionale (non avendo imputato al "programma Draghi" una manifesta e macroscopica violazione, da parte della BCE, dei compiti assegnatili dai Trattati) e che sarebbe stata per contro, questo sì, tacciabile di essere andata *ultra vires* una pronuncia che avesse sovrapposto la valutazione della Corte di giustizia alle

³⁵ Si veda la risoluzione del *Bundestag* in data 2 luglio 2020.

³⁶ *BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats* del 29 aprile 2021 – 2BvR 1651/15.

³⁷ *BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats* del 15 aprile 2021 – 2BvR 547/21, su cui v. il commento di A. Ferrari Zumbini, *Il Recovery Plan e la Corte costituzionale tedesca*, in *DPCE online*, 3/2021, pp. 3265 ss.

³⁸ Il contrasto è anche sulla stessa nozione di sovranazionalità, poiché l'ideologia sottesa alla giurisprudenza del *BVerfG* è orientata, a partire dal *Maastricht-Urteil* del 1993, a considerare l'Unione come semplice *Staatenverbund*, in netta antitesi con la lettura in chiave di *integration by law* e di *federalizing process*; si v., assai significativo anche per la qualità degli autori, così da potere assurgere a una sorte di interpretazione autentica della menzionata giurisprudenza, C. Grabenwarter, P. M. Huber, R. Knez, I. Ziemele, *The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network*, in *European Public Law*, 1/2021, pp. 43 ss.

³⁹ Sul punto, rinvio ancora al mio *Politica e magistratura*, cit., *passim*.

⁴⁰ Se ne veda il testo all'interno del Pacchetto di infrazioni pubblicato il 9 giugno 2021. In *European Public Law*, 1/2021, pp. 43 ss.

valutazioni della Banca centrale europea, del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea? Detto in altri termini: posto lo stretto legame tra indipendenza e soggezione alla legge, e anche volendo intendere la nozione di legge in senso ampio⁴¹, non si dà vera indipendenza senza un convinto e autentico rapporto con l'autorità politica che, in democrazia, ha titolo di essere rispettata nella sua dignità, al livello dell'ordinamento sovranazionale come a quello nazionale⁴².

Un secondo esempio, in cui il contrasto tra l'utilizzazione di strumenti "dialogici" e la durezza del confronto è ancora più evidente, è costituito dai rapporti tra la Corte di giustizia UE e la Corte suprema polacca, in cui interviene il profilo della insufficienza delle garanzie di indipendenza del giudice nazionale⁴³. Alla base delle numerose decisioni della Corte di giustizia che, in sede di rinvio pregiudiziale o di giudizio d'inadempimento, hanno censurato la violazione dei principi di indipendenza ed effettività della giurisdizione da parte della legislazione polacca sull'ordinamento giudiziario, troviamo il principio per cui i giudici degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione, in quanto vincolati all'applicazione del diritto di quest'ultima (secondo il principio del primato dello stesso su quello interno e alle condizioni che consentono tale primato), sono a pieno titolo anche giudici dell'ordinamento eurounitario⁴⁴, e come tali devono rispettare il paradigma di magistrato indipendente che la Corte di Giustizia ricava dal diritto dell'Unione. La "risposta" della politica e della giurisdizione polacche è andata (secondo un *trend* consueto, come già si è accennato, alle c.d. democrazie illiberali all'interno della Unione europea) nel senso di sorvolare sul profilo dell'indipendenza e di incentrare lo scontro sul tema generale dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamento nazionale. Così, una recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco, distortendo il principio del primato del diritto dell'Unione, è arrivata ad affermare che l'art. 19 TUE, da solo e in combinato con l'art. 2 del Trattato, consentirebbe ai giudici nazionali di eludere le disposizioni della Costituzione polacca, e che il diritto dell'Unione, con il pretesto del principio di effettività della tutela giurisdizionale, sottrarrebbe i giudici nazionali dal rispetto della propria costituzione e delle proprie leggi⁴⁵. Certamente, la pronuncia del Tribunale costituzionale, fortemente

⁴¹ Comprensivo di una qualche forma di partecipazione da parte della giurisdizione alla concreta posizione della norma, maturata anche attraverso l'approfondimento dei precedenti: su questi temi v., da ultimo, M. Vogliotti, *Indipendenza del giudice e rispetto del precedente*, in *La legislazione penale*, 10/2020, pp. 32 ss.

⁴² Ciò vale anche per l'ordinamento tedesco-federale, in cui l'art. 97, § 1, *Grundgesetz* stabilisce che i giudici sono indipendenti e soggetti soltanto alla legge, mentre la legge sul *Bundesverfassungsgericht* lo qualifica come giurisdizione federale autonoma e indipendente rispetto agli altri organi costituzionali: v., *retro*, nota 17.

⁴³ Sul punto v., da ultimo, i puntuali rilievi di A. Perduca, *Il caso Polonia*, in *Rocca*, 15 gennaio 2022, pp. 38-39.

⁴⁴ Principio affermato sin dalla sentenza *Simmenthal* (CGUE, 9 marzo 1978, in causa C-166/77).

⁴⁵ Tribunale costituzionale polacco, 7 ottobre 2021 (K 3/21). In particolare, secondo il Tribunale, i trattati UE consentono di eludere le disposizioni della Costituzione polacca, di giudicare sulla base di disposizioni non più in vigore, in quanto revocate da Parlamento polacco o dichiarate incostituzionali, di sindacare la legittimità della nomina dei giudici, di controllare la legittimità delle risoluzioni del Consiglio nazionale della magistratura nel procedimento di nomina dei giudici e di determinare i vizi del procedimento di nomina dei giudici (così la sintesi di C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polesxit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Federalismi*, 2021, n. 24). Non sono necessarie molte parole per commentare l'abnormità di tali affermazioni e la completa distorsione

sollecitata dal governo di Varsavia, nell'intenzione di quest'ultimo dovrebbe ulteriormente scoraggiare i giudici nazionali dal ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia per far valere la contrarietà ai principi dell'indipendenza e dell'effettività della giurisdizione delle sempre più numerose norme polacche che hanno moltiplicato i condizionamenti degli organi politici su quelli giudiziari, ivi comprese quelle che puntano ad inibire proprio l'esercizio del potere di rinvio pregiudiziale⁴⁶.

9. Alcune (provvisorie) conclusioni

L'autonomia e l'indipendenza-imparzialità dell'autorità giudiziaria trovano uno dei loro presupposti nella sua soggezione soltanto alla legge, e questa stretta embricazione tra indipendenza e soggezione costituisce uno degli elementi dell'identità costituzionale degli Stati nazionali che si è riprodotta nell'identità europea, secondo la lettura più corretta dell'art. 4 TUE. Se ciò è vero, ne viene depotenziata la domanda, che ancora risuona, su chi sia il custode, se cioè questo vada individuato nel giudice sovranazionale, nelle Corti costituzionali nazionali, nel loro insieme oppure nelle autorità politiche⁴⁷? La risposta più corretta, alla luce della suddetta embricazione, non può che essere la seguente: giudici e politica sono entrambi chiamati a custodire (il verbo denota non soltanto una conservazione, ma al tempo stesso una valorizzazione-attuazione) l'identità europea come confluenza delle identità costituzionali nazionali, secondo la posizione costituzionale e la specificità di ciascuno; il giudice sovranazionale e quello nazionale concorrono a tale compito, non in modo indifferenziato, bensì secondo i percorsi di leale collaborazione che le regole dei trattati hanno individuato e che non pongono le identità costituzionali nazionali come un a priori e quella europea come una diluizione di esse in una sorta di minimo comune denominatore, ma chiamano il giudice sovranazionale a intraprendere con quelli nazionali un percorso di dialogo la cui risultante verrà a costituire progressivamente un nucleo di principi fondamentali sempre più condiviso anche da ordinamenti storicamente e positivamente diversi; nel contempo, al giudice sovranazionale spetta il compito, arduo ma indispensabile, di porsi come guardiano dell'indipendenza dei giudici nazionali.

cui assoggettano l'ordinamento eurounitario; sarà interessante verificare quali argomentazioni verranno portate dal Tribunale a supporto di una simile decisione che, al momento, è nota nella sola parte dispositiva, benché il termine per il deposito delle motivazioni sia da tempo spirato.

⁴⁶ Si segnala che il ricorso governativo, all'origine della sentenza del Tribunale costituzionale, era stato proposto pochi giorni dopo una nuova pronuncia della Corte di giustizia che, resa in via pregiudiziale, censurava alcune norme polacche le quali, privando di garanzie adeguate i magistrati che fossero stati penalizzati da provvedimenti del Consiglio nazionale della magistratura sulle nomine e finendo per sottrarre loro giudizi pendenti nei quali erano state sollevate questioni pregiudiziali, sortivano l'effetto di impedire alla Corte di giustizia di risolvere tali questioni (CGUE, sent. 2 marzo 2021, C-824/18).

⁴⁷ La domanda costituisce il nucleo implicito del menzionato lavoro di C. Grabenwarter, P. M. Huber, R. Knez, I. Ziemele, *The Role of the Constitutional Courts*, cit.; problematica (e forse provocatoria) appare la proposta, ivi contenuta, di introdurre una sorta di rinvio pregiudiziale a parti invertite, ogniqualvolta il giudice sovranazionale incontra l'identità costituzionale dello Stato membro: se la nozione di identità costituzionale è quella, estensiva e totalizzante, fatta propria dal *BVerfG*, non rimarrebbe spazio alcuno per la giurisprudenza sovranazionale.

Con questa premessa, è più agevole leggere le vicende di questi decenni come un processo di adattamento ordinamentale caratterizzato da un approccio graduale e che cerca sempre una condivisione. In tale processo, una cosa è dire che l'adesione ai Trattati ha come conseguenza una limitazione della sovranità, ma che questa non può essere senza limiti (secondo, ad es., la dottrina italiana dei c.d. controlimiti⁴⁸) e che, in particolare, l'adesione alla sovranazionalità non può comportare compressione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili, perché in tal caso non saremmo in presenza di limitazione della sovranità, ma di sostituzione di una sovranità a un'altra. Altra cosa è invece sostenere che decisioni adottate in base ai Trattati si pongono in contrasto con il principio di democrazia accolto da una determinata costituzione nazionale e pertanto violano l'identità costituzionale dello Stato membro, sia perché la sottolineare dell'identità come valore a sé stante nel contesto di un'entità più ampia di carattere sovranazionale rappresenta una sorta di contraddizione logica che mina il senso stesso dell'adesione a tale organizzazione, sia perché la genericità della nozione di identità costituzionale, tanto più se riconnessa alla nozione di "democrazia" fatta propria da una determinata costituzione nazionale, conduce inevitabilmente, in assenza di precisazioni, ad abbandonare alla discrezionalità (ma forse sarebbe più proprio parlare di arbitrio, incompatibile con la sua posizione di indipendenza) del giudice costituzionale la declinazione di tali nozioni⁴⁹.

Parimenti da reimpostare è la domanda, talvolta ossessiva, su a chi spetti l'ultima parola, se alla giurisdizione o alla politica, se al giudice sovranazionale o a quello nazionale. Si tratta, già in partenza, di una domanda problematica, poiché in uno Stato democratico-costituzionale, a rigore, non c'è un titolare del *dernier mot* o *final word*, in quanto è dall'interazione tra i poteri costituzionali che si traggono le risposte istituzionali: ne consegue una necessaria circolarità, nel senso che non è il giudice (neanche quello costituzionale) che ha l'ultima parola nel bilanciamento, e non è neppure il legislatore costituzionale *tout court*, ma l'assetto delle questioni controverse è dato da un continuo gioco di azione e reazione. Una tale situazione non è riducibile a «ordinamento a sovranità indecisa»⁵⁰, in quanto (al di là dell'opportunità di scomodare il pesante armamentario della nozione di sovranità) semplicemente la società reticolare supera la sovracostruzione in termini di sovranità e recupera l'autonomia, la competenza, la leale collaborazione, il coordinamento. In altre parole, una società civile e una società politica così frammentate e molecolari quali quelle che constatiamo oggi non richiedono (e forse neppure tollerano) un organo istituzionale di chiusura dato una volta per tutte, ma si sostengono attraverso l'equilibrio e il bilanciamento tra pesi e

⁴⁸ Per un esempio, Corte cost., sent. n. 238 del 2014.

⁴⁹ Sul carattere polisemico della nozione di identità costituzionale v. R. Toniatti, *Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained*, in A. Saiz Arnaiz, C. Alcobarro Llivina (eds), Intersentia, Cambridge-UK, 2013, pp. 64 ss., e, oggi, il numero monografico 3/2021 di *European Public Law*, a cura di D. Fromage e B. de Witte, con introduzione dei curatori *National Constitutional Identity Ten Years on: State of Play and Future Perspectives* (ivi, pp. 411-424).

⁵⁰ Così invece M. Fioravanti, *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, Carocci, 2018, p. 79.

contrappesi, secondo un'immagine che risale al XVIII secolo, ma non per questo appare superata. Ragionare in termini di circolarità tra politica e giurisdizione significa anche superare i limiti del particolarismo della via giurisdizionale e ricondurre a sistema l'irriducibile nucleo della parzialità dell'applicazione giudiziale del diritto⁵¹.

Proprio l'immagine della circolarità permette di afferrare meglio il senso di una categoria conosciuta nella pubblicistica e nella giurisprudenza internazionali, quella di *political question*, o, per usare la terminologia dell'art. 28 della nostra legge n. 87 del 1953, del divieto di ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento. Già si è avuto modo di accennare alla possibile lettura in tale chiave della vicenda concernente il PSPP⁵². Non si tratta di individuare muri invalicabili a tutela di una discrezionalità sul cui adeguato esercizio è possibile, alla luce dell'esperienza, avanzare più di una riserva. Si tratta piuttosto di riaffermare, anche per l'autorità giudiziaria, il senso del limite insito nella stessa attività dello *ius dicere* e che la categoria dell'indipendenza aiuta ad approfondire: sei indipendente perché trovi altrove che in te stesso il paradigma della funzione che svolgi. È comprensibile che oggi, in un contesto di disorientamento diffuso e di perdita di fiducia nell'istituto della rappresentanza (anche) politica, le Corti siano tentate di andare oltre al limite accennato. Proprio la crisi della rappresentanza, verificabile in tutti i settori (dal sociale all'economico, al professionale, al religioso), e che non poteva risparmiare l'esperienza politica e le sue forme parlamentari e partitiche, insieme alla compresenza di spinte verso forme di democrazia apparentemente più immediata e di tentazioni di delega totale al capo del momento, e alla disintermediazione generalizzata e alla destrutturazione di legami familiari e di gruppo, concorrono a creare un paesaggio sociale sempre più frammentato e "liquido", in cui le ragioni e i meriti dello Stato di democrazia costituzionale e dei suoi istituti fondanti sono assoggettati a un logoramento progressivo e ad una caduta di fiducia che le fiammate di interesse verso questo o quel tema del momento, invece di compensare, rendono ancora più acuti.

In questo contesto, non stupisce che la magistratura nel suo insieme possa reputarsi investita di compiti ulteriori rispetto a quello tradizionalmente affidatole e che le Corti costituzionali in particolare si pongano, consapevolmente o meno, come bastioni dello Stato democratico-costituzionale: in un momento nel quale i "palazzi" della Repubblica sono sempre meno oggetto di venerazione e di fiducia, le Corti costituzionali, ciascuna secondo la propria storia e le peculiarità dell'ordinamento in cui sono inserite, sono spinte a occupare una posizione intermedia tra istituzioni e società, diventando un canale di trasmissione delle buone (dal punto di vista della lettura costituzionale che le Corti danno) decisioni dei

⁵¹ Per esemplificare traendo spunto da un problema annoso, la decisione sull'incostituzionalità di una legge di revisione costituzionale viene a trovare il proprio *pendant* nel potere del legislatore di conformare il giudizio e i poteri del giudice, ma anche, eventualmente e in situazioni estreme, di incidere sulla durata in carica o lo stato giuridico dei giudici: sviluppi nel mio *Politica e magistratura*, cit., pp. 159 ss.

⁵² *Retro*, § 8, *in fine*.

palazzi del potere alla base sociale, e per converso cercando di filtrare le istanze sociali e di ritrasmetterle nel circuito istituzionale, depoliticizzando i conflitti e neutralizzandoli⁵³.

Quest'ultima considerazione permette di spiegare la difficoltà che incontra il giudice sovranazionale, il quale si trova a subire la concorrenza di giudici nazionali supremi che (anche al di fuori delle ipotesi in cui non si trovano nella condizione di indipendenza che la funzione richiede) sono facilmente tentati di assumere una veste intermediaria tra istituzioni e società civile. Una tale veste poco si addice al giudice sovranazionale, per via della perdurante insufficienza della realtà di un popolo europeo e della sua auto-percezione come vero e proprio *demos*, da cui consegue l'attuale sfasatura tra giudice sovranazionale e giudice nazionale per quanto attiene alle ricadute della loro attività sui popoli degli Stati membri, nettamente più evidenti per il secondo, assai contenute per il primo. Ma l'approfondimento di quest'ultima considerazione ci condurrebbe lontano rispetto all'orizzonte del presente lavoro.

⁵³ A conferma di quanto detto nel testo, possono essere lette, nell'esperienza italiana, le modifiche alle "Norme integrative" approvate nel gennaio 2020, che hanno: a) introdotto la figura dell'*amicus curiae* (formazioni sociali senza scopo di lucro e soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, che possono presentare opinioni scritte); b) aperto alla possibilità di ascoltare esperti di chiara fama al fine di acquisire informazioni su particolari discipline; c) ammesso, codificando una prassi giurisprudenziale, l'intervento di soggetti titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio (v. artt. 4, comma 7, 4-*bis*, 4-*ter* e 14-*bis* delle Norme integrative).