



Terzo seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie giuridiche e pubblicistiche

Università Roma Tre, Sala del Consiglio (I piano del dipartimento di Giurisprudenza), Via Ostiense, 161

Seconda sessione

CORTE COSTITUZIONALE E CORTI EUROPEE

RAFFAELE BIFULCO

Come articolerò il mio ruolo di discussant? Visto che si tratta di lavori in progress (e devo dire che almeno in un caso la differenza tra la versione agostana e quella settembrina è rilevante), i miei rilievi – che di vere e proprie critiche non parlerei – sono 'relativi', provvisori, in attesa di essere superati parallelamente all'avanzamento della ricerca, sempre ammesso che essi abbiano un fondamento.

1. DOTT. FABIO FRANCESCO PAGANO, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*

Impostazione del lavoro

- molto apprezzabile. Essa prende in considerazione gli ordinamenti principali di riferimento, che sono quello tedesco e quello unionale.

Individuazione degli ambiti di analisi

- anche in questo caso il lavoro mostra chiarezza di idee (anche se indubbiamente possono individuarsi ulteriori ambiti di analisi)

Suggerimenti

- Direi che lo scritto rivela ancora una corretta (in questa fase) ansia di rimanere ancorato alla giurisprudenza e alle elaborazioni dottrinali dalle quali prende le mosse. Aggiungerei però che il lavoro potrà acquistare in originalità se riuscirà a elaborare una prospettiva nuova. Come provarci? Con una maggiore integrazione dei livelli ordinamentali di analisi e una maggiore integrazione del principio di l.a. con altri istituti giuridici. Provo a spiegarmi meglio
- Maggiore integrazione

- nella relazione l'A. prende in considerazione i principali ordinamenti di riferimento, se non contrapponendoli tra loro, mettendoli in regime di separazione. A motivo di ciò vi sarebbe la differente concezione dell'atto legislativo, che porrebbe le posizioni della CG e della Corte EDU in tensione col principio democratico.

Forse su questa scelta può essere opportuno riflettere ulteriormente. In particolare è la posizione della Corte di Giustizia, più disponibile ad un'accezione più aperta del principio di affidamento, che merita attenzione. E' infatti evidente che questa posizione non può essere elusa nelle fattispecie di applicazione del diritto UE. Inoltre l'accezione unionale del principio può essere un utile stimolo anche a ripensare l'ambito concettuale dell'affidamento accolto, al momento, dall'A.: l'affidamento si radica solo nei casi in cui l'intervento legislativo retroattivo incide negativamente su posizioni giuridiche soggettive maturate ovvero anche nei casi in cui l'intervento legislativo, pur privo dell'effetto retroattivo, è in grado di ledere legittimi affidamenti.

Forse questa riflessione potrebbe trovare un utile punto di partenza nei più recenti contributi sulla motivazione della legge, tema che, ancora una volta, deriva soprattutto dal diritto dell'Unione.



Anche la giurisprudenza della Corte EDU, nell'economia complessiva del lavoro, dovrebbe essere rivalutata, senza dare troppo spazio a quelle posizioni dottrinali critiche nei confronti di una sua obbligatoria ricezione attraverso l'art.117.1 Cost.

- Maggiore integrazione con altri istituti
 - Aprirsi a queste diverse visioni del l.a. implica naturalmente un'analisi che prenda in considerazione le situazioni soggettive lese. Qui si aprono spazi per un incrocio tra l'analisi dedicata all'effetto temporale dell'atto legislativo lesivo dell'affidamento (effetto retroattivo/effetto pro futuro) e quella dedicata al tipo di situazione soggettiva lesa. E' chiaro che, se attraverso la lesione del l.a. si incide su una situazione giuridica rientrante tra i diritti fondamentali, le conseguenze saranno le più gravi (in particolare illegittimità dell'atto legislativo); ma anche nel caso in cui l'incisione del l.a. dovesse tradursi in una lesione di situazioni meno strutturate, vi è lo spazio per chiedersi se tale lesione possa considerarsi legittimamente assorbita nella discrezionalità del legislatore. Su questo converrebbe riflettere ancora.
- In ausilio, a questo proposito, soccorre la riflessione giuspubblicistica sul danno e sulla responsabilità da atto lecito, che ho personalmente utilizzato nello studio della responsabilità per il fatto del legislatore. Ora, pur essendo chiaro che ci muoviamo su ambiti molto diversi, è utile chiedersi se, anche quando siamo fuori dalla sfera della responsabilità perché non è ravvisabile lesioni di diritti ma, ad es., solo di l.a., ciò implichi che l'azione dei pubblici poteri e nel caso del legislatore debba svolgersi senza considerazione delle situazioni giuridiche comunque toccate. Perché non provare a immaginare di collegare, in questi casi, il principio del l.a. a principi nuovi, già in uso in altri settori disciplinari, come il principio di compensazione?

2. DOTT.SSA MICHELA TROISI, *Accesso alla giustizia costituzionale in Italia e in Francia dopo la riforma del 2008*

Impostazione del lavoro

- la scelta di concentrare l'analisi su Italia e Francia è pienamente intuibile, soprattutto dopo la riforma del 2008, che avvicina i due sistemi di accesso alla giustizia costituzionale.
- proverei a meglio definire le ragioni e gli obiettivi della ricerca. Infatti, al di là del rituale riconoscimento della circolazione e dell'ibridazione dei modelli, vanno meglio chiarite le ragioni della scelta di comparare Italia e Francia: si sono scelti questi due sistemi perché entrambi partono da tradizioni piuttosto simili (ad es. la forte ascendenza della onnipotenza del legislatore) oppure perché interessa verificare più da vicino la riforma francese del 2008? Quanto agli obiettivi, conviene precisare meglio se si fa propria un'analisi di diritto costituzionale interna (reciproche influenze tra i due sistemi, tendenze di entrambi i sistemi verso forme di sindacato diffuso) ovvero se si vuole verificare l'impatto della pluralità ordinamentale sui due sistemi di giustizia costituzionale.

Individuazione degli ambiti di analisi

- anche in questo caso l'analisi andrà rafforzata. Se infatti la parte della relazione dedicata all'Italia è giustamente limitata, anche gli ambiti dell'analisi dedicata alla Francia risultano ancora alquanto ristretti al dettato del testo costituzionale (ciò si spiega bene con lo stadio iniziale della ricerca). Sicuramente l'approfondimento dello studio potrà indicare all'A. aspetti di interesse da indagare più dettagliatamente.

Suggerimenti

- Riforma costituzionale francese del 2008 e forma di Stato
Un aspetto di sicuro interesse, che potrebbe fare da sfondo alla ricerca e alla sua impostazione, è il rapporto tra la riforma del 2008 e la forma di Stato.
Dal punto di vista della modellistica delle forme di Stato, la Francia rappresenta uno dei grandi modelli del costituzionalismo. Un modello che, come è noto, si è sviluppato lungo percorsi profondamente differenti dall'altro suo grande antagonista, il modello statunitense, e che, proprio per questo, finora fatica ad essere inquadrato tra le c.d. democrazie costituzionali, se con questo termine intendiamo quegli ordinamenti giuridici che, pur facendo



proprio il principio democratico, impongono al potere politico (e alle sue legittime manifestazioni di volontà) limiti esterni, derivanti direttamente dalla norma costituzionale.

Partendo da questa differenza, uno studio dedicato all'analisi della riforma costituzionale del 2008 può rappresentare una indubbia novità in quanto ho idea che l'introduzione di un sistema di accesso al giudice costituzionale rimesso al potere giurisdizionale è destinato a lasciare il segno, anche se solo in senso negativo (nel senso, cioè, di un rigetto delle innovazioni da parte del sistema). Nel caso in cui, invece, le innovazioni saranno piano introiettate, è molto probabile che gli equilibri della forma di stato siano destinati a mutare. Da questo punto di vista segnalo due aspetti: 1) mi pare di estremo interesse che la riforma costituzionale del 2008 sia stata intesa come un atto di riaffermazione della supremazia del diritto costituzionale francese rispetto alla primauté del diritto unionale; 2) la Corte di cassazione ha già investito la Corte di giustizia della conformità della riforma al diritto dell'Unione e la Corte di giustizia ha già risposto in maniera eloquente subordinando la detta conformità al mantenimento del potere del giudice di disapplicare il diritto francese non conforme al diritto dell'UE.

Questo secondo evento mi pare un chiaro segno della difficoltà di interpretare la riforma costituzionale come una riaffermazione della sovranità e della superiorità della Costituzione. Se l'analisi dovesse confermare questa tendenza, allora, oltre a dover registrare un profondo riassetto della forma di Stato, saremmo davanti a un interessante caso costituzionale di eterogenesi dei fini.

- Rapporto tra giudici comuni e Cassazione.

Altro aspetto, che mi piacerebbe trovare approfondito, riguarda il rapporto tra i due giudici 'a quo' francesi, Corte di cassazione e Consiglio di Stato, e i rispettivi giudici di riferimento. In particolare sarebbe interessante capire se e in qual modo il filtro esercitato dalla Cassazione sulle questioni prioritarie di costituzionalità andrà a sovrapporsi con la funzione di nomofilachia della medesima Corte. In altre parole non si fatica ad immaginare che il procedimento elaborato per l'accesso al Conseil pare strutturare in senso gerarchico il sistema giudiziario, ponendo Cassazione e Consiglio di Stato in una posizione di sicura sovraordinazione nei confronti dei giudici comuni. Pare di poter dire, insomma, che l'interpretazione della legge fatta propria da Cassazione e Consiglio di Stato rappresenterà il parametro di conformità dei giudici comuni.

3. DOTT.SSA ALESSIA FUSCO, *Garanzie d'indipendenza dei giudici delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo*

Impostazione del lavoro

- In questo caso il tema appare ben specificato. Del resto, le garanzie d'indipendenza del giudice rappresentano elementi fondamentali della struttura e delle funzioni del potere giudiziario in uno Stato democratico. Per questo motivo non mi soffermerò sugli ambiti di analisi, che mi paiono più o meno chiaramente identificabili, quanto sull'inquadramento dogmatico nel quale esso va inserito. Sempre con riferimento agli ambiti di analisi, in Italia esiste un solo studio pubblicato, quello di R.Toniatti, che appare un ottimo punto di partenza.

Individuazione degli ambiti di analisi

-

Suggerimenti

- Stato di diritto, democrazia e indipendenza.
Necessità di sviluppare, anche in questo caso, il contesto dogmatico nel quale si inserisce. Opportunamente l'A. fa iniziale riferimento al carattere polisemico dell'indipendenza del giudice, alla dimensione interna ed esterna dell'indipendenza. Vanno forse meglio tematizzati, nell'ambito di un ripensamento di una categoria classica del diritto costituzionale (per riprendere le parole dell'A.), i nessi con i principi costituzionali che l'indipendenza mira a garantire: mi riferisco, in particolare, a Stato di diritto e democrazia.
Provo a specificare: nessuno dubita che l'indipendenza del giudice serve alla realizzazione del principio dello Stato di diritto e del principio democratico. Cosa accade, però, quando ci si trasferisce sul piano internazionale e



sovranaazionale e si vanno a verificare questi nessi? Si scopre che, rispetto al passato, il giudice, l'istituzione giudiziaria è divenuta una figura centrale nell'ambito dei trattati internazionali di maggiore rilievo. Mi riferisco alla circostanza per cui, non solo nel caso dell'UE e della CEDU, ma in molti casi recenti, la stipula di importanti trattati internazionali prevede, fin dall'inizio, l'istituzione del giudice chiamato ad applicare le norme di quell'ordinamento. Ciò rappresenta un'indubbia novità. Nello specifico, ciò significa che attraverso la figura del giudice si manifesta quel fenomeno di costituzionalizzazione del diritto internazionale, sul quale la dottrina internazionale richiama da tempo l'attenzione (v. mio articolo sull'ultimo numero della Rivista internazionale di filosofia del diritto). Allo stesso tempo, però, mentre il legame tra indipendenza del giudice e stato di diritto appare trasponibile sul piano internazionale e sovranazionale, molto più lasco appare il nesso dell'indipendenza col principio democratico all'interno di questi ordinamenti.

Sempre nella speranza di esemplificare il contenuto del mio rilievo, direi che la trasposizione della categoria dell'indipendenza sui livelli ordinamentali in esame è l'occasione per un ripensamento anche della categoria della legittimità/legittimazione della giurisdizione. Se i processi di costituzionalizzazione del diritto internazionale proseguiranno, saremo costretti a chiederci se l'essenza della legittimità/legittimazione risieda ancora ed esclusivamente nel legislatore democratico, cioè nell'attività di posizione della norma democraticamente conformata. Se quest'accezione classica di legittimità/legittimazione dovesse continuare a mostrare difficoltà, allora essa andrà ripensata (nel senso che la legittimità/legittimazione non è una caratteristica esclusiva del legislatore democratico) e la figura del giudice e delle garanzie di cui gode, sempre ai margini della riflessione giuridica in questo ambito ma sempre più incidente sui processi democratici, rappresenta un'occasione imperdibile per tale rinnovata riflessione.

- **Pluralismo e giurisdizione**

Un altro aspetto di contesto da tener presente nello studio dell'indipendenza del giudice di Lussemburgo e Strasburgo riguarda il principio del pluralismo, che pure connota fortemente la storia del costituzionalismo. E' infatti noto che i 'giuristi del pluralismo', soprattutto ad inizio del Novecento, usarono i giudici e la giurisdizione come argomento di grande effetto polemico per sostenere una tesi di fondo dirompente per l'epoca in cui fu formulata, sintetizzabile così: per capire il fenomeno giuridico non bisogna guardare solo al diritto applicato dai tribunali perché questi sono organi voluti dallo Stato per affermare la propria supremazia attraverso la garanzia dell'applicazione del 'proprio' diritto; per capire il diritto bisogna guardare alla società nel suo complesso e alla sua capacità normogenetica. In estrema e forzata sintesi, è questa l'essenza del pluralismo giuridico.

Se così è, non può colpire l'attenzione di chi studia la posizione del giudice il fatto che anche l'esistenza e lo sviluppo degli ordinamenti dell'UE e della CEDU sono fortemente legati al ruolo che i giudici hanno in essi svolto. Eppure attenzione perché qui pare verificarsi una torsione del concetto di pluralismo: uno dei motti costituzionali più in voga in questo periodo per caratterizzare la coesistenza di più ordinamenti è appunto il *legal pluralism*, nella forma del *constitutional pluralism*. Forse conviene interrogarsi se questo uso della categoria pluralistica rappresenti un tradimento del suo fine originario, che era quello di porre su nuove basi il rapporto Stato/società, oppure se il *constitutional pluralism* non sia altro che il pluralismo delle Corti apicali di questi ordinamenti. Mi pare di poter dire, in ogni caso, che il pluralismo costituzionale sia una formula di tipo orizzontale, diretta cioè a leggere i rapporti interordinamentali, piuttosto che verticale, come era in origine e diretta a ripensare la relazione Stato/società.

Che ricadute ha tutto ciò sul giudice e sulla sua posizione di indipendenza? Da un lato il giudice di Lussemburgo e Strasburgo continua a svolgere quella funzione di applicazione del diritto dell'ordinamento di riferimento, che ne garantisce esistenza, stabilità ed evoluzione; dall'altro il giudice del pluralismo costituzionale sa, fin dal momento della sua scelta, di dover garantire non solo l'applicazione del diritto dell'ordinamento di riferimento ma soprattutto sa che il suo *jus dicere* è diretto alla coesistenza di più ordinamenti. Da questo punto di vista lo studio delle garanzie di indipendenza acquista un interesse rinnovato.

- **opinioni separate**

E vengo così a un ultimo aspetto. L'attenzione che l'A. intende dedicare alle opinioni separate appare più che giustificato. In questo ambito sarà però molto interessante lavorare sulle differenze. Perché l'opinione separata, nelle



sue varie forme, è prevista all'interno della Corte di Strasburgo e non è invece prevista in quella del Lussemburgo? Queste differenze possono essere molto utili nel capire la funzione del giudice all'interno dell'ordinamento.

E' plausibile ragionare di un giudice con funzione di integrazione (sia rispetto a un tessuto sociale disomogeneo sia rispetto a un ordinamento che non ha ancora raggiunto lo stadio della piena unità)? In questo caso è forse opportuno che il giudice di vertice parli con una sola lingua, anche a garanzia dello stesso giudice nei confronti dello Stato che lo ha nominato. Non così nell'ipotesi di strutture sociali più omogenee ovvero di ordinamenti che fanno proprio un insieme di diritti che si ritiene condiviso.

Insomma, mi pare che di nuovo il giudice possa essere utilizzato come il termometro dei mutamenti del pluralismo. E' plausibile la seguente ipotesi: mentre la garanzia dell'opinione separata serve a far emergere un pluralismo che, richiamando quello delle origini, lascia spazio a una società plurale, a differenti se non contrastanti visioni etiche, l'assenza di opinioni separate è funzionale a quella nuova dimensione del pluralismo, che è il pluralismo degli ordinamenti?