Constitucionalismo: diálogos intergeneracionales entre España e Italia

Vol. I

Directores:

Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano, Silvia Romboli, Giacomo Palombino

Derecho Constitucional Europeo

CEPC

BOE

CONSTITUCIONALISMO: DIÁLOGOS INTERGENERACIONALES
ENTRE ESPAÑA E ITALIA

COLECCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea

Consejo Asesor

Eugeni Gay Montalvo, abogado y exmagistrado del Tribunal Constitucional

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED y exmagistrada del Tribunal Constitucional

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y exmagistrado del Tribunal Constitucional

Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena

Nuno Piçarra, professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa y juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos y magistrado del Tribunal Constitucional

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, ad personam, de la UE

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE y Presidente de la Fundación «Jean Monnet pour l`Europe»

Miguel Recuerda Girela, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Martín Díz, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca

María José Ciáurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares

Emilio Jiménez Aparicio, abogado

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y exmagistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de CUNEF Universidad

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense

CONSTITUCIONALISMO: DIÁLOGOS INTERGENERACIONALES ENTRE ESPAÑA E ITALIA

VOLUMEN I

ANTONIO PÉREZ MIRAS, GERMÁN M. TERUEL LOZANO,
SILVIA ROMBOLI, GIACOMO PALOMBINO (DIRS.)

COLECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO 3

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
MADRID, 2025

Primera edición: mayo de 2025.

Esta publicación se ha realizado en el marco de las Acciones Jean Monnet EUCONS: The Constitutional Bases of Europe: «Towards the Citizens of Europe» (621157-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-PROJECT) y The Constitutional Bases of Europe: «Towards a Sustainable Democracy» (101127701-ERASMUS-JMO-2023-HEI-TCH-RSCH).

El apoyo de la Comisión Europea para la producción de esta publicación no constituye una aprobación del contenido, el cual refleja únicamente las opiniones de los autores, y la Comisión no se hace responsable del uso que pueda hacerse de la información contenida en la misma.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones,* se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

Todos los trabajos han sido sometidos a revisión por parte del Comité científico del Seminario Ítaloespañol.
Tutti i contributi sono stati sottoposti a valutazione da parte del Comitato scientifico del Seminario Italospagnolo

© De los trabajos, sus autores.
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales para esta edición.

Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO BOE: 144-25-019-X (edición en papel)
144-25-020-2 (edición en línea, PDF)
144-25-021-8 (edición en línea, ePUB)
NIPO CEPC: 145-25-015-5 (edición en papel)
145-25-016-0 (edición en línea, PDF)
145-25-017-6 (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-3021-3
Depósito legal: M-28174-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

Páginas

VOLUMEN I

¿QUÉ CONSTITUCIONALISMO?

1. Le prospettive attuali del costituzionalismo, *Giuseppe de Vergottini* 15

2. Sopravvivenza e adattamento del costituzionalismo: percorsi, innovazioni e limiti, *Roberto Toniatti* 23

3. El constitucionalismo en tiempos difíciles, *Pablo Lucas Murillo de la Cueva* 43

4. El futuro del constitucionalismo en el mundo reglobalizado: mediaciones negativas en la globalización fragmentada, *Francisco Balaguer Callejón* 75

5. ¿Constitucionalismo?, ¿qué constitucionalismo? Por un constitucionalismo complejo y ponderado, *Juan Francisco Sánchez Barrilao* 91

6. Dal costituzionalismo ambientale a un costituzionalismo per le generazioni future: le nuove dimensioni dell'art. 9 della Costituzione italiana, *Giacomo Palombino* 107

CONSTITUCIONALISMO, GLOBALIZACIÓN E INTEGRACIÓN EUROPEA

7. L'Europa dei diritti, fra luci e ombre, *Marilisa D'Amico* 127

8. La constitución de la Unión Europea como respuesta del constitucionalismo a la autocracia, *Andrea Morrone* 143

Páginas

9. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte Constitucional italiana ante la protección de valores, principios y derechos fundamentales: ¿colaboración o disputa?, *Silvia Romboli* 149

10. La Sovranità attraverso (e dopo) la globalizzazione. Dalla piramide alla rete?, *Ivan Daldoss* 171

11. Constitutional Pluralism and *Verfassungsgerichtsverbund*: the Progeny of European Constitutional Identity, *Nicola Abate* 191

12. Luces y sombras de la Conferencia sobre el Futuro de Europa: ¿Un paso más en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea?, *Alejandro Villaluenga Garrido* 217

13. L'Italia di fronte alla guerra in Ucraina. Tra principio pacifista e sistema delle «fonti belliche», *Antonello Lo Calzo* 237

FORMA DE ESTADO, FORMA DE GOBIERNO Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA

14. ¿Están en crisis la democracia y el parlamentarismo?, *Gregorio Cámara Villar* 261

15. ¿Está el parlamentarismo en crisis?, *Juan Fernando López Aguilar* 295

16. È in crisi il parlamentarismo? Riflessioni sullo stato attuale del parlamento italiano, *Paola Bilancia* 319

17. Democrazia e responsabilità politica nel parlamentarismo europeo, tra Unione e Stati membri, *Nicola Lupo* 331

18. La forma di Stato e di governo italiana alla prova del PNRR, *Carlo Colapietro* 343

19. La participación política de grupos vulnerables a través de cuotas electorales: el caso mexicano, *Yessica Esquivel Alonso* 349

20. Le istituzioni del futuro (e i c.d. *future studies*) nei processi decisionali, *Luca Bartolucci* 371

21. La partecipazione dei cittadini all'elaborazione delle politiche pubbliche: il caso italiano, *Valentina Capuozzo* 393

22. La partecipazione dei cittadini europei al processo legislativo: riflessioni e prospettive di un dialogo incompleto, *Claudio Di Maio – Giuseppe Laneve* 407

Páginas

23. Los problemas en la investidura del Presidente de Castilla y León tras las elecciones de febrero de 2022, *Andrés Iván Dueñas Castrillo* 427

24. La forma de gobierno en los ayuntamientos, *Ángel Fernández Silva* ... 439

25. Forma di Governo e rappresentanza politica: modelli populisti e Governi di coalizione, *Luigi Sica* 461

26. La dinamica coalizionale nell'evoluzione della forma di governo spagnola, *Alessandro Fricano* 481

27. La democracia interna de los partidos políticos en Italia: *il dolce far niente, Alicia González Moro* 499

28. Un grave ilícito constitucional: La doctrina del TC en torno a la admisión de iniciativas parlamentarias por parte de la mesa de los parlamentos, *Francisco Ortega Candela* 521

29. La erosión de la democracia salvadoreña y la pérdida de calidad en la representatividad, ante el discurso de reelección presidencial inmediata, *Karla Georgina Martínez Herrera* 539

ESTADO DE DERECHO Y SUS MECANISMOS DE DEFENSA

30. Cosa debba intendersi per *rule of law* e Stato di diritto nell'epoca della globalizzazione. Il tortuoso percorso semantico di due nozioni politico-giuridiche dallo Stato liberale allo Stato costituzional-democratico, *Emanuele Gabriele* 557

31. El *continuum* de los criterios de Copenhague en un contexto de crisis del Estado de Derecho, *Bettina Steible* 581

32. Stato di diritto e condizionalità finanziaria. Spunti di riflessione per il futuro dell'Unione, *Carlo Alberto Ciaralli* 603

33. El Reglamento 2020/2092 como instrumento protector del presupuesto de la UE y del Estado de Derecho: ¿un verdadero avance en el proceso de integración?, *Andrea Garrido Raya* 623

SISTEMA DE NORMAS Y REFORMA CONSTITUCIONAL

34. El principio de eficacia de la Constitución y las relaciones de aplicabilidad/validez entre normas constitucionales, *Leonardo Álvarez Álvarez* 647

35. Le decisioni relative alla «sala de máquinas»: un fallimento della Costituente cilena?, *Rosa Iannaccone* 671

Páginas

36. Una concepción democrática de los límites al poder de reforma constitucional, *Iago Pacetti Blanco* 695

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

37. El uso de argumentos de oportunidad en la reciente jurisprudencia constitucional española, *Marta F. León Alonso* 709

38. El recurso de amparo contra decisiones judiciales: una propuesta de mejora, *Ana López Navío* 731

39. Tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali: spunti di diritto costituzionale nel quadro europeo, *Ander Maglica Murua* 747

40. Gli effetti negativi della mancata cooperazione tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia: riflessioni a partire dal caso rumeno (Corte di Giust., sent. 22/2/2022 RS, C-430/21), *Paolo Gambatesa* 767

41. Notas sobre el arbitraje en la doctrina del Tribunal Constitucional, *Antonio José Vélez Toro* 789

42. La stabilità lavorativa nella giurisprudenza costituzionale. L'apporto del Giudice delle leggi all'individuazione, e alla garanzia, di un diritto costituzionale, *Cristina Luzzi* 807

43. La corsa al trilogo ovvero la prima parola è quella che conta (recenti tendenze a partire da Corte cost. sentt. nn. 54 e 67 del 2022), *Francesco Torre* 823

44. Legalità penale e sentenze monito nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, *Ilaria Giugni* 839

45. Gli effetti delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte costituzionale sull'Ordinamento penitenziario, *Valentina Mondello* 857

46. Il (difficile) dialogo tra le Corti sull'ordine pubblico applicato alla filiazione da tecniche di procreazione vietate, *Stefania Pia Perrino* 875

47. Il mandato d'arresto europeo nella giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola. Integrazione interordinamentale e tutela dei diritti fondamentali in un *judge-made system*, *Angelo Raffaele Salerno* 897

SOPRAVVIVENZA E ADATTAMENTO DEL COSTITUZIONALISMO: PERCORSI, INNOVAZIONI E LIMITI

ROBERTO TONIATTI
Università di Trento

SOMMARIO: 1. *Introduzione*.–2. *Le origini del costituzionalismo*.–3. *Sopravvivenza e adattamento del costituzionalismo originario*.–4. *Alcune criticità del costituzionalismo contemporaneo: nuove sfide per l'adattamento e la sopravvivenza*.–5. *Rilievi finali: il «fenomeno costituzionale mondiale» e il costituzionalismo euro-atlantico.*

1. INTRODUZIONE

Una riflessione sull'evoluzione del costituzionalismo che non intenda avvalersi di improbabili tecniche di divinazione non potrebbe non affidarsi al rigore del metodo scientifico applicato a dati reali, sottoposti alle opportune valutazioni critiche, elaborate ed applicate nella prospettiva sia della sua sopravvivenza che dell'adattamento.

I dati rilevanti, accanto alle fonti formali di natura normativa, alla giurisprudenza e ai contributi della dottrina, sono costituiti anche dall'insieme dell'esperienza storica pregressa: quest'ultima, infatti, testimonia delle varie fasi di adattamento già maturate e che si pongono quali condizioni che hanno assicurato, nel tempo, la sopravvivenza del costituzionalismo e, come avremo modo di accennare, una certa sua espansione nel mondo, con le doverose precisazioni che si dovranno articolare.

Sulla base di tali premesse e del fondamento di relativa certezza che esse offrono alla riflessione critica del giurista e del comparatista, i dati giuridici e storici si prestano a valutazioni ulteriori, ricavate dal passato per essere proiettate non solo nel presente –del quale costituiscono una preziosa chiave interpretativa– ma anche nel futuro.

L'ipotesi di fondo è che l'adattamento sia funzionale alla sopravvivenza e, dunque, che il costituzionalismo sia riuscito a sopravvivere proprio in virtù della sua capacità di adattamento: ai fini tanto dell'uno quanto dell'altra, sarà opportuno osservare che entrambi i processi si sono svolti nella salvaguardia dei suoi tratti connotativi tipici e proprio in ragione di tale continuità ideale può fondatamente parlarsi di sopravvivenza, non come reliquia inerte del passato, pertanto, ma come patrimonio vivo e vitale.

Se le origini storiche e ideologiche del costituzionalismo possono agevolmente collocarsi tra la fine del '600 –con il consolidamento degli esiti politici e giuridici della *Glorious Revolution* inglese– e la fine del '700, con le rivoluzioni nordamericana e francese, è ben evidente che i suoi successivi sviluppi, sino al terzo millennio tuttora in corso, ne offrono una rappresentazione ben distinta oggettivamente apprezzabile; e tuttavia in essa si può cogliere la continuità con i tratti connotativi delle origini.

In tale prospettiva, occorre ricavare le opportune argomentazioni da una definizione critica del fenomeno «costituzionalismo» e dall'interpretazione della diffusione della prassi planetaria seguita da parte di pressoché ciascun ordinamento statale di dotarsi di una legge scritta, caratterizzata come fondamentale da parte dell'ordinamento stesso, idonea a rappresentare il parametro di validità di altre fonti del diritto.

Tuttavia, proprio la generalità della prassi in questione impone di qualificare il fenomeno alla luce della constatazione empirica delle profonde diversità dei contesti storici, politici, ideologici che si riscontrano nell'ambito della prassi generica, generale e generalizzata qui sopra richiamata. Ne consegue che la mera presenza di una costituzione non implica che essa sia necessariamente una manifestazione del costituzionalismo e che essa sia in grado di assicurare quella continuità con esso che permetta di individuare gli stessi profili tematici presenti in alcuni ordinamenti e assenti, invece, da altri.

In altre parole, l'allargamento mondiale dei confini geopolitici entro i quali porsi il problema della sopravvivenza e dell'adattamento del costituzionalismo richiede una operazione di selezione e qualificazione delle varie e distinte epifanie del fenomeno in questione.

In particolare, conviene osservare come la passata sopravvivenza del costituzionalismo abbia consentito di superare le potenti reazioni al suo avvio

originario e ai suoi sviluppi successivi ben avanti nel tempo: gli avversari del costituzionalismo, infatti, non sono da annoverare solo fra gli antichi sostenitori dell'*ancien régime* e della sua visione tradizionalista del mondo e della società ma debbano includere anche ogni scuola politica e ideologica di stampo premoderno che si ispiri ad una *weltanschauung* illiberale e autoritaria, come si verifica nelle contemporanee cosiddette democrazie illiberali. In tal senso, pertanto, la problematica della sopravvivenza del costituzionalismo è questione altamente rilevante anche ai giorni nostri.

Allo stesso modo, anche la capacità di adattamento, quale sperimentata nel corso dei secoli 19º e 20º, dopo due conflitti mondiali, la (prima) guerra fredda, la globalizzazione e gli straordinari sviluppi tecnologici non può non essere ritenuta altrettanto necessaria alla fine del primo ventennio del 21º secolo a fronte di sfide correnti di gravità non meno impegnativa.

Una riflessione collettiva in proposito s'impone, dunque, allo scopo di contribuire al governo razionale dei fenomeni di aggressione al costituzionalismo in atto.

2. LE ORIGINI DEL COSTITUZIONALISMO

Si è accennato all'esigenza di precisare il concetto espresso dal sostantivo «costituzionalismo» in conseguenza della diffusione mondiale del termine stesso e soprattutto di quello di «costituzione» ad esso correlato.

In tale contesto, giova impostare due ordini di considerazioni: in primo luogo, la riflessione dovrà indugiare sulle origini del costituzionalismo e sulla formalizzazione dei suoi contenuti nel testo delle prime costituzioni scritte; successivamente, sarà opportuno soffermarsi sulle implicazioni della vastissima circolazione della relativa terminologia.

Il costituzionalismo nasce come riflesso sul piano storico e politico del patrimonio ideale e ideologico elaborato dai filosofi del diritto nel corso dei secoli 17º e 18º: si è trattato di un movimento di contrasto agli assetti sociali e proprietari di natura cetuale e alla loro manifestazione sul piano della titolarità del potere, accentrato nella monarchia assoluta e articolato in una struttura istituzionale fondata sul clero, sull'aristocrazia e sulla borghesia mercantile, posta a fondamento del sistema assembleare degli «stati». Il sistema *d'ancien régime* era fondato su un corpo normativo differenziato in ragione del ceto di

appartenenza degli individui, corrispondente a privilegi e diritti speciali negoziati e concessi in base a valutazioni discrezionali del sovrano [1].

Il costituzionalismo è, di per sé, un movimento politico intensamente ideologico, portatore dell'obiettivo di acquisire una costituzione quale strumento di limite e regolamentazione del potere pubblico e idoneo ad esprimere altresì i valori delle libertà individuali fondamentali sostenuti dal pensiero liberale. Il costituzionalismo liberale si fonda e si sviluppa lungo due assi essenziali: la protezione giurisdizionali dei diritti da parte di un giudice indipendente e la separazione dei poteri quale principio ordinatore della forma di governo, ossia dei criteri della separazione dei poteri della sovranità in tre organi distinti, integrato da una rete di *checks and balances*.

Nonostante la diversità delle circostanze storiche e soprattutto delle rispettive tradizioni giuridiche, il sistema inglese di *common law* e quelli dell'Europa continentale – a partire dalla Francia rivoluzionaria – convergono nella configurazione del *limited government* (lo stato originariamente limitato dal common law ovvero lo stato che autolimita la propria piena sovranità), dello stato legale, la cui volontà si esprime attraverso un atto tipico (la legge parlamentare che il monarca non ha il potere di sospendere) e dello stato di diritto, subordinato alle fonti legislative da esso prodotte la cui applicazione è assicurata dagli organi giurisdizionali cui sono destinate, peraltro, norme sull'interpretazione che ne limitano la discrezionalità ermeneutica [2].

La forma di governo è di tipo duale, fondato sulla relazione dialettica fra il monarca - titolare del potere esecutivo – e il parlamento, che esercita la funzione legislativa. Lo stato e, per esso, il parlamento garantiscono ai propri atti normativi l'esclusività della giuridicità, ossia dell'attitudine del diritto di produzione statale ad essere sostenuto dall'apparato coercitivo pubblico, così sostituendo il pregresso pluralismo delle fonti con il moderno monismo giuridico. La legge esprime la fonte suprema ed esclusiva della volontà normativa dello stato in ossequio al principio del primato del parlamento rispetto al monarca [3]. Nel tempo, il rapporto di fiducia che lega il monarca e il

---

[1] In materia cfr. – quanto alle premesse medioevali («è impensabile un rimedio di regole 'sovrane' autoritarie, astratte, generali, rigide», p. 152) Grossi (2017); e, sulla modernità giuridica (favorita dalla diffusione delle idee del giusnaturalismo e dell'illuminismo giuridico p. 115 ss.), cfr. Grossi (2007); cfr. inoltre Tilly (1975); Berman (2003); Fioravanti (1991).

[2] In argomento lo Statuto Albertino del Regno di Sardegna del 1848 – esteso al Regno d'Italia dopo il 1861 – aveva stabilito (art. 73) che «L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo» (interpretazione autentica) e l'art. 56 menziona i «tre poteri legislativi», alludendo verosimilmente alla formula inglese di «*the King/Queen in Parliament*».

[3] Sin dalla fine della *Glorious Revolution*, con il venir meno delle aspirazioni monarchiche al riconoscimento del potere assoluto, il parlamento inglese e poi britannico afferma il concetto non solo della

suo esecutivo si trasferisce nella relazione intercorrente fra parlamento e governo, identificato con la figura individuale del primo ministro ovvero con un organo collegiale.

Il rilievo concreto di una costituzione scritta ha modo di manifestarsi anche in un contesto di cultura giuridica di common law, come avveratosi nel 1789 negli Stati Uniti – anche a causa del patto federale sottostante e del retaggio delle carte coloniali scritte concesse dalla Corona – e proseguito poi in altri ordinamenti del Commonwealth [4].

3. SOPRAVVIVENZA E ADATTAMENTO DEL COSTITUZIONALISMO ORIGINARIO

La configurazione del costituzionalismo originario ha seguito un'evoluzione significativa in tutti i suoi contenuti essenziali, dimostrando però di essere stata in grado di seguire il senso della continuità con il passato nonostante mutamenti di contesto assai rilevanti. In tale prospettiva si rivela particolarmente utile richiamare la scansione di cicli costituzionali elaborata in dottrina [5].

In massima sintesi, tuttavia, occorre concentrare l'attenzione sugli esiti contemporanei più significativi dei percorsi indicati, sottolineando, peraltro, come entrambi i conflitti mondiali abbiano profondamente inciso sugli assetti normativi e istituzionali sia all'interno degli ordinamenti statali sia anche nel contesto di diritto internazionale e sovrannazionale [6].

Ricordiamo, ad esempio, come la forma di governo dualista sopravviva in realtà solo nella forma di governo presidenziale degli Stati Uniti, dove la rispettiva investitura elettorale del Presidente e del Congresso ha luogo all'interno di circuiti di legittimazione politica indipendenti e separati l'uno dall'altro, senza sovrapposizioni ed interferenze; e dove l'esercizio delle fun-

---

parliamentary supremacy ma della *parliamentary sovereignty*, dal quale promana il principio sul quale si fonda il rigetto dell'idea di una costituzione rigida (ossia *entrenched*).

[4] Il principio di un atto normativo fondamentale scritto denominato «*constitution*» si consolida in altri ordinamenti ex-colonie britanniche adottati dal Parlamento di Westminster, quali il *New Zealand Constitution Act* (1852), il *British North America Act (*1867), il *Commonwealth of Australia Constitution Act* (1901), la *Irish Free State Constitution* (1922), il più recente *New Zealand Constitution Act* (1986), nonché numerose costituzioni di ex-colonie africane. Il medesimo principio si afferma anche in relazione a costituzioni adottate in autonomia, una volta acquisita l'indipendenza, come nel caso della *Constitution of Ireland* (1937), dell'India (1949), etc.

[5] Sui cicli costituzionali cfr. De Vergottini (2022).

[6] Per gli Stati Uniti, dove l'impatto della conduzione della guerra è stato particolarmente visibile, si veda, ad esempio, Corwin (1947).

zioni richiede invece forme di coordinamento e condivisione, in conformità con la celebre formula di «*separated institutions sharing powers*» [7].

La forma di governo parlamentare ha invece assunto un assetto di tipo monista, con un'unica e omogenea linea di legittimazione politica che parte dal corpo elettorale e, attraverso il parlamento, designa (per lo più) indirettamente il titolare dell'organo esecutivo. Il rapporto di fiducia fra parlamento e governo ha vissuto un'importante stagione di «razionalizzazione parlamentare» che ha portato nell'ambito del diritto costituzionale positivo determinati rapporti interistituzionali che nella seconda metà del secolo XIX erano invece regolati da consuetudini o prassi. Nell'ordinamento del Regno Unito, invece, questa operazione ha avuto luogo attraverso *conventions of the constitution* –ossia attraverso regole politiche non giustiziabili– le quali hanno dato stabilità ad una forma di governo ancora dualista nella forma, ma sicuramente monista nella sostanza.

L'omogeneità del circuito di legittimazione politica del legislativo e dell'esecutivo nella forma di governo parlamentare monista ha peraltro trovato una compensazione dialettica nell'emersione e nella valorizzazione del ruolo dell'opposizione: all'originario rapporto dialettico intercorrente fra parlamento ed esecutivo (monarchico) si è sostituita la contrapposizione fra governo e maggioranza parlamentare, da un lato, e, dall'altro, opposizione–, ossia minoranza (o minoranze)– parlamentare. Il consolidamento di tale assetto, confermato da innovazioni costituzionali e legislative nel solco della razionalizzazione parlamentare, ha determinato la configurazione di una «forma di governo ad opposizione garantita» [8].

Nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, il costituzionalismo non solo ha conservato ma ha anzi perfezionato il fondamento liberale della sua ispirazione originaria: osserviamo come si sia passati dall'unicità della legge formale alla pluralità garantista delle forme [9], dalla riserva di legge alla riserva di legge costituzionale o organica [10], alla riserva di legge qualificata e rinforzata [11].

---

[7] La formula si deve a Neustadt (1964).

[8] Cfr. De Vergottini (*cit*., 509 ss.).

[9] Ricordiamo che, in materia, la Costituzione francese del 1958 prevede la legge organica (art. 46 Cost.), la legge costituzionale di revisione (art. 89 Cost.), la legge referendaria (art. 11 Cost. che, dopo la revisione del 2008, corrisponde all'iniziativa legislativa scaturente dal c.d. référendum d'initiative partagée basata sull'intervento congiunto di un quinto di parlamentari e un decimo degli elettori). La legge organica è prevista anche dalla Costituzione spagnola del 1978 (art. 81) e da quella della Romania del 2003 (art. 73, che enumera le numerose materie nelle quali si pone una riserva di legge organica).

[10] Così la Costituzione italiana all'art. 116, 1º comma («Il Friuli Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e la Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale»).

[11] Così, ad esempio, la Costituzione spagnola, art. 19 ult. comma («*Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos*»); e la Costituzione italiana del 1948, che vincola in parte la discrezionalità politica del legislatore ordinario (ad esempio la riserva di legge in materia di diritto a non

Inoltre, la previsione costituzionale di diritti civili e politici propri delle costituzioni liberali del secolo 19º si estende ai diritti economici e sociali –seguendo il modello della Costituzione di Weimar del 1919– e incidendo sulla forma di stato che non è più qualificata solo dall'ideologia liberale ma risente anche dell'attribuzione allo stato di obblighi positivi di intervento in favore dei settori più deboli della società [12].

La forma di stato sociale non dà necessariamente origine alla giustiziabilità dei diritti sociali soprattutto negli ordinamenti di *common law*, nei quali, tuttavia, si manifesta una prassi importante e consolidata di elaborazione e attuazione di politiche sociali [13].

Occorre evocare anche la trasformazione dello stato di diritto nella forma di stato costituzionale di diritto: i limiti funzionali già applicati al potere esecutivo vengono adottati anche nei confronti dell'assemblea rappresentativa (in prevalenza nelle costituzioni del secondo dopoguerra) anche come reazione all'uso nefasto del principio maggioritario nei regimi autoritari e totalitari del fascismo e del nazionalsocialismo nel periodo fra le due guerre ma anche oltre. Particolare rilievo, in tale contesto, assume il controllo di legittimità costituzionale delle leggi e di altri atti di esercizio del potere pubblico affidato ad una giurisdizione speciale di garanzia della costituzione rigida. Quest'ultimo organo conosce una diffusione ancora maggiore nell'Europa continentale dopo la caduta dei regimi comunisti dell'Europa centrale, orientale e sudorientale [14].

4. ALCUNE CRITICITÀ DEL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO: NUOVE SFIDE PER L'ADATTAMENTO E LA SOPRAVVIVENZA

Sin qui una descrizione –elaborata in massima sintesi per porre in evidenza i caratteri di fondo più significativi– dell'evoluzione nella continuità del costituzionalismo originario, a conferma della sua capacità di adattamento alle mutate condizioni del contesto e, pertanto, della sua forza di sopravvi-

---

essere sottoposti a trattamento sanitario obbligatorio stabilisce che «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

[12] Cfr. Bifulco (2003). Sulla forma di stato sociale cfr. in particolare Di Giovine (2017, 58 ss.); sullo «*Stato contemporaneo: pluriclasse, democratico, sociale*», cfr. Bifulco (2020, 33 ss.).

[13] Emblematico in tal senso l'art. 45 («*Directive principles of social policy*») della Costituzione irlandese: «*The principles of social policy set forth in this Article are intended for the general guidance of the Oireachtas. The application of those principles in the making of laws shall be the care of the Oireachtas exclusively, and shall not be cognisable by any Court under any of the provisions of this Constitution*».

[14] In argomento rinviamo a Toniatti (2009); Toniatti (2010); Toniatti (2020, 1155 ss.).

venza. Occorre riconoscere che l'esito dei processi evolutivi sottostanti gli esiti attuali non (poteva e non) può essere dato per scontato a fronte dello spessore delle sfide che si sono frapposte alla sopravvivenza del contenuto essenziale del costituzionalismo.

Citiamo, in primo luogo, la reazione alla rivoluzione bolscevica espressa, agli inizi del secolo 20º, attraverso l'avvento dello stato pluriclasse, l'espansione del suffragio elettorale e della rappresentanza politica collegata alle esigenze di una democrazia di massa e delle trasformazioni del sistema dei partiti, l'avvio e il consolidamento dello stato sociale e dei costi di un sistema di welfare. Si è trattato della manifestazione di una notevole capacità di non-adattamento, a maggior ragione se si considera che in quello stesso periodo storico, a partire dagli ordinamenti italiano e tedesco –seguiti da molti altri in tutte le aree dell'Europa continentale–, era stato esperito il tentativo di governare la transizione verso una democrazia di massa con i metodi della demagogia populista e dell'autoritarismo illiberale.

È significativo che tutti gli Stati europei che sino ad oggi non hanno adottato forme di controllo giurisdizionale di costituzionalità –Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Paesi Bassi [15], Svezia– sono ordinamenti che non hanno vissuto lo sviluppo dal proprio interno e il successo elettorale di forze politiche illiberali fasciste e comuniste, a testimonianza di una perdurante fiducia nelle istituzioni della democrazia rappresentativa [16].

Si può rilevare, pertanto, che la vittoria della democrazia sui fascismi e sul comunismo non è circoscritta alla dimensione militare e bellica del 1945 ma si qualifica, in primo luogo, come una vittoria della democrazia costituzionale.

Un'altra sfida che occorre richiamare per sottolineare la rilevanza dell'insuccesso del suo potenziale distruttivo degli assetti politici e costituzionali è rappresentato dal fenomeno del terrorismo, che, per un periodo di decenni praticamente ininterrotto, si è articolato in ragione delle diverse motivazioni che lo hanno provocato: terrorismo politico e ideologico di estrema destra e di estrema sinistra (Germania, Italia, Spagna), terrorismo legato a movimenti secessionisti (Italia, Regno Unito, Spagna), terrorismo a sfondo islamico (Belgio, Francia, Germania, Regno Unito, Spagna), terrorismo connesso con la criminalità organizzata (Italia).

---

[15] La Costituzione dei Paesi Bassi prevede espressamente addirittura il divieto di controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi (art. 120): «*The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts*».

[16] Osserviamo che anche Belgio e Svizzera non hanno generato un proprio fascismo e però hanno adottato un sistema di controllo di costituzionalità (in Belgio con una successione di fasi e con l'istituzione di una Corte *ad hoc*) connesso alla propria struttura federale.

Anche in questa serie di circostanze, non solo gli apparati pubblici di sicurezza ma anche il vasto e determinato impegno della società civile ha dimostrato il radicamento sociale della democrazia costituzionale e il rifiuto delle forme più rigide e non solo transitorie di democrazia emergenziale. In altre parole, benché i singoli ordinamenti abbiano adottato strumenti differenziati di gestione del fenomeno, è agevole osservare come, di fatto, la democrazia costituzionale europea si sia rivelata idonea ad operare come una democrazia militante (o democrazia che si difende, *streitbare demokratie*).

Quest'ultimo rilievo stimola ad affrontare un ulteriore ordine di considerazioni, allo scopo di avviare una breve ricognizione di alcune criticità del costituzionalismo contemporaneo che, nel medio periodo, potrebbero incidere sull'integrità e sull'effettività del suo patrimonio storico ideale.

In argomento, occorre rilevare l'incertezza teorica e sistematica che circonda la definizione del ruolo appropriato della giurisdizione e, in particolare, della giurisdizione costituzionale. Giova ricordare che, tempo addietro, il tema era stato autorevolmente sollevato, senza che vi sia stata una risposta persuasiva, da parte di Francisco Rubio Llorente, il quale aveva osservato che «*the introduction of constitutional jurisdiction in Europe has not been the product of an evolution, but rather of a revolution*»; e aveva suggerito l'esigenza di «*a theory of jurisdiction more descriptive of its true nature than the theory of the automaton judge, a theory that would accentuate the creative moment*» [17].

L'espansione materiale degli spazi di intervento della legislazione ha necessariamente implicato una corrispondente espansione dei margini di coinvolgimento della giurisdizione in tutti i settori dell'azione pubblica e della sfera di autonomia dei privati. E la subordinazione della discrezionalità politica al primato delle fonti di diritto costituzionale ha ampliato l'incidenza dell'interpretazione giurisdizionale sulla determinazione del contenuto prescrittivo delle disposizioni. La possibilità di un ricorso diretto di costituzionalità ovvero di un ricorso in via incidentale autorizza il giudice a dubitare della legittimità costituzionale delle leggi e degli altri atti pubblici sottoposti a scrutinio di costituzionalità. Lo stesso deve dirsi con talune fonti di diritto internazionale –ad esempio le norme della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come interpretate dalla Corte europea di Strasburgo– e con le fonti di diritto sovrannazionale dell'Unione Europea come interpretate dalla Corte di Giustizia.

In altre parole, quando la Costituzione spagnola (art. 117, 1º comma) afferma che «Jueces y Magistrados […] sometidos únicamente al imperio de

[17] Rubio Llorente (1988).

la ley», ovvero quando la Costituzione italiana (art. 101, 2º comma) prescrive che «I giudici sono soggetti soltanto alla legge», si ricava un'implicita condizione in base alla quale la subordinazione del giudice alla legge va letta come se si dicesse «a condizione che la legge sia conforme alla Costituzione come interpretata dalla Corte costituzionale, alla Convenzione europea come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, alle fonti dell'Unione europea come interpretate dalla Corte di Giustizia. Ne consegue che occorre riconoscere che la configurazione oggettiva acquisita oggi dall'ordinamento altera in misura significativa l'equilibrio fra il legislatore politico e l'interprete giurisprudenziale delle fonti di diritto positivo [18].

In proposito, occorre riconoscere, tuttavia, che non esistono le condizioni per l'obiettivo di un mero ripristino di un assetto coerente con le concezioni dogmatiche della scienza giuridica del 19º secolo e ri-costruire il ruolo del giudice quale *bouche de la loi* qualificabile come *the least dangerous branch*. Sia sufficiente richiamare, da un lato, la nozione di «pluralismo costituzionale» che esprime oggettivamente l'effettivo sistema delle fonti del diritto in tema di definizione e garanzia dei diritti fondamentali (e non solo) e, dall'altro, la circostanza dell'impotenza del legislatore politico nel precisare l'esistenza di una clausola di supremazia idonea a risolvere la mancata coincidenza fra le fonti interne di diritto costituzionale e quelle di diritto internazionale e sovrannazionale; sicché è solo il «dialogo fra giudici» che funge da equivalente funzionale di un intervento di razionalizzazione normativa [19].

Può ritenersi che, al fine di una ricostruzione sistematica del fenomeno, sia più appropriato rileggere realisticamente i profili costitutivi della funzione normativa e –riconosciuto che il principio di separazione dei poteri si applica alla separatezza del titolo di investitura dei titolari degli organi e non all'esercizio delle rispettive funzioni tipiche– individuare una funzione legislativa parlamentare in senso stretto e una funzione di individuazione giurisdizionale della norma. E riconoscere, nell'ambito della funzione normativa, un rapporto di collaborazione (non solo fra legislatore e organo esecutivo nell'esercizio della funzione di indirizzo politico, di iniziativa legislativa e di direzione politica della maggioranza parlamentare) anche fra legislazione e giurisdizione, fra produzione delle disposizioni e individuazione delle norme, fra indirizzo politico di maggioranza e indirizzo politico costituzionale, fra attuazione politica della Costituzione e sua garanzia attraverso la giurisprudenza.

---

[18] In argomento rinviamo a Toniatti (2011a); Toniatti (2011b); Toniatti (2004).
[19] Nell'ampia letteratura in materia cfr. Torres Pérez (2009).

Nel contesto –già richiamato– del pluralismo costituzionale, l'operazione intellettuale di rilettura dei profili costitutivi e costituzionali della funzione giurisdizionale (ordinaria e costituzionale) richiede di concentrarsi sull'obbligo di motivazione degli atti e sul metodo dell'interpretazione che non può non incorporare in sé, fisiologicamente, l'uso del metodo comparato, esteso alla giurisprudenza di altri ordinamenti statali così come dell'ordinamento internazionale e sovrannazionale. In altre parole, in tale prospettiva si accentua la de-statalizzazione del diritto e la configurazione del diritto *tout court,* ossia de-statalizzato, ricostruito quale equivalente funzionale di un *common law* europeo continentale [20].

La frantumazione del diritto europeo in tanti diritti statali e nazionali di stati «*like-minded*» (come precisato dal preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) e dotati di «tradizioni costituzionali comuni» (art. 6 del trattato UE) verrebbe gestita –non eliminata– dalla giurisprudenza espressa dal dialogo fra giudici.

Si tratta di una prospettiva che potremmo qualificare come «giurisprudenza cosmopolita».

Emblematica di questa prospettiva si rivela essere, a nostro avviso, la sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo n. 6 del 2012, che ha riconosciuto la legittimità costituzionale della riforma del codice civile che ha introdotto nell'ordinamento il matrimonio paritario. L'adozione della sentenza ha richiesto una riflessione molto approfondita e, come normalmente avviene con le innovazioni più significative, non è stata affatto agevole, come risulta non solo da molti commenti critici di dottrina ma anche dalle opinioni dissenzienti all'interno del *Tribunal Constitucional*.

Ciò che preme sottolineare della sentenza è soprattutto il metodo interpretativo applicato [21]: esso si basa, in primo luogo, sui dati normativi della Costituzione [22], compresa la disposizione che prescrive l'interpretazione del diritto interno in conformità con il diritto internazionale [23], circostanza che rende l'ordinamento giuridico del tutto autonomo nella predisposizione del fon-

---

[20] In argomento, si rinvia a Toniatti (2002).

[21] Su questi profili cfr. Ibrido (2013).

[22] Si veda l'art. 32, 1º comma che ribadisce il principio di eguaglianza nel matrimonio («*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*») e il secondo comma che prevede un'ampia riserva di legge al legislatore ordinario («*La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*»).

[23] Così l'art. 10, 2º comma: «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*». In argomento cfr. Saiz Arnaiz (1999); e Saiz Arnaiz (2008, 193 ss.); Santolaya (2013, 447 ss.).

damento giuridico e costituzionale posto a motivazione del dispositivo. Il Tribunale è molto attento a precisare che la sentenza è basata e motivata all'interno dell'ordinamento spagnolo, dal quale si possono ricavare dati normativi che rendono la decisione compatibile e legittima e dal quale, invece, non discendono prescrizioni che la inibiscano, vincolando in senso contrario la discrezionalità politica del legislatore ordinario.

Ma il Tribunale va oltre, con l'obiettivo di integrare il fondamento giuridico interno con citazioni ricavate dall'ordinamento internazionale e sovrannazionale, nonché dal diritto positivo e dalla giurisprudenza di altri ordinamenti che condividono con quello spagnolo il quadro dei valori essenziali di una comune civiltà giuridica europea. La Corte, infatti, ricostruisce tutto il quadro giuridico di riferimento che il diritto spagnolo contribuisce a formare e che esso è chiamato a riflettere, qualora non vi siano elementi chiaramente ostativi alla decisione [24]. Questo scenario permette al Tribunale la citazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, oltre che di altri precedenti giudiziari sia spagnoli che stranieri [25] e di fonti di *soft law* dell'Unione europea [26].

---

[24] Il Tribunale precisa altresì che «*si se acude al Derecho comparado, en la balanza de la integración del matrimonio entre personas del mismo sexo en la imagen actual del matrimonio pesa el hecho de que la equiparación del matrimonio entre personas de distinto sexo y entre personas del mismo sexo se ha consolidado, en los últimos años, en el seno de varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental [...] Ello nos lleva a afirmar que la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los derechos humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva «imagen» del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural*» (punto 9 dei *Fundamentos jurídicos*).

[25] Si veda (*Antecedents*, n. 5): «*Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo* Hawai Baehr v. Lewin*, de 1993, donde se declaró que la prohibición de matrimonios entre personas del mismo sexo constituye una discriminación por razón de orientación sexual a menos que se demuestre que obedece a un fin público primordial. También se alude a la Sentencia del Tribunal Supremo de Alaska y a la ya citada del Tribunal Supremo de Massachussets, de 18 de noviembre de 2003, que ha considerado que la decisión de contraer matrimonio constituye uno de los momentos máximos de autodeterminación de la vida, por lo que la exclusión de las personas del mismo sexo sólo es admisible si cumple un objetivo público imprescindible y constituye un medio razonable para conseguir tal fin. Por último, se recuerda que la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 ha declarado la constitucionalidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo*».

[26] Queste le parole del Tribunal constitucional: «*Por lo que respecta a la Unión Europea, se señala que el Parlamento Europeo ha instado desde su resolución de 8 de febrero de 1994 a que finalice la prohibición de contraer matrimonio a las parejas homosexuales o que se permita su acceso a regímenes jurídicos equivalentes. En su resolución de 15 de enero de 2003 se insta a la Unión Europea a incluir en la agenda política el reconocimiento de los matrimonios homosexuales. Finalmente, se recuerda que en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se incluye específicamente la orientación sexual como causa de discriminación expresamente prohibida* (arts. II-81 y III-118)».

Il Tribunale espone lucidamente il metodo impiegato e la concezione del diritto e della Costituzionale che di esso è la premessa sistematica e di spiegazione delle ragioni di una interpretazione evolutiva: «la Constitución es un «árbol vivo», –en expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta» (punto 9 dei Fundamentos jurídicos) [27].

Le considerazioni sin qui svolte –che vanno lette in combinazione con i rilievi puntuali, molto interessanti e di alto profilo nell'ambito di una visione dogmatica tradizionale, dei *votos particulares*– rappresentano un adattamento del costituzionalismo alle mutate condizioni di contesto: fra queste, *in primis*, il processo di coordinamento internazionale regionale (inclusivo dell'ampia ed articolata sfera del Consiglio d'Europa) e di integrazione sovrannazionale, in continuità con i caratteri costitutivi tipici del costituzionalismo, in sintonia con la corretta applicazione del principio di separazione degli organi e di *checks and balances* e collaborazione fra metodo politico e metodo giurisprudenziale di formazione del diritto (seguendo, del resto, la plurisecolare tradizione di *common law*).

---

[27] Il Tribunale precisa ulteriormente che «*Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa [...]. Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición*» (punto 9 dei Fundamentos jurídicos).

La sentenza spagnola de *qua può*, dunque, a nostro avviso, essere qualificata come indicativa di un inquadramento innovativo dei rapporti fra funzioni all'interno di un ordinamento statale –andando oltre la mera rilevazione critica circa i comportamenti di *judicial activism* o *judicial self-restraint* –ed altresì come paradigmatica della giurisprudenza cosmopolita europea in corso di evoluzione.

Giova richiamare, in questo contesto, la dottrina che ha elaborato il concetto di «*cosmopolitan constitutionalism*» nel cui ambito la sentenza del Tribunal constitucional del 2012 si colloca in modo del tutto appropriato: secondo tale dottrina, si è affermato che è necessaria una «*revised understanding of constitutionalism... [that] is both cosmopolitan and postpositivist*» e che «*constituent power is vested not only in the 'We the People,' but also in 'the international community […] The constitutional legitimacy of national law depends in part on being adequately integrated into an appropriately structured international legal system. And the legitimacy of the international legal system depends in part on states having an adequate constitutional structure. The standards of constitutional legitimacy are to be derived from an integrative conception of public law that spans the national/international divide*» [28].

La prospettiva di una dimensione giuridica e costituzionale a vocazione cosmopolita –qui delineata, cogliendo l'importante spunto offerto dalla giurisprudenza costituzionale spagnola– corrisponde, a nostro avviso, alla necessità di un adattamento funzionale alla sopravvivenza dei profili tipici del costituzionalismo conforme allo *Zeitgesit* contemporaneo e alle appropriate innovazioni concettuali che, spesso, sono avvertite soprattutto dalla sensibilità giurisprudenziale [29].

Questa dinamica appare tanto più produttiva di esiti costruttivi, inoltre, quanto più essa si dimostra virtualmente in grado di esprimere un correttivo di fronte al vasto fenomeno rappresentato dall'onda elettorale di partiti e movi-

---

[28] Così Kumm (2016, 698 ss.); in tale contesto cfr. anche Perju (2013, 711 ss.); e Somek (2014).

[29] Ricordiamo anche le parole impiegate dal *Bundesverfassungsgerichit* (almeno nella sua *pars construens*) nella *Lissabon Urteil* del 2009: «la Legge fondamentale si congeda da un'idea autarchica e autoglorificante della condizione di Stato sovrano e torna a una visione del potere dello Stato singolo che concepisce la sovranità come «libertà ordinata e vincolata dal diritto internazionale». Essa rompe con ogni forma di machiavellismo politico e con un'idea rigida della sovranità che considerava ancora all'inizio del ventesimo secolo il diritto alla guerra –inclusa la guerra offensiva– un diritto autoevidente dello Stato sovrano […] *Lo Stato non è né mito né fine in se stesso, bensì la forma di organizzazione, cresciuta storicamente e riconosciuta globalmente, di una comunità politica capace di agire*» (punti 223 e 224, i corsivo è aggiunto). Inoltre (punto 225), si è affermato che: «Il mandato costituzionale per la realizzazione di un'Europa unita […] deducibile dall'art. 23 comma 1 Legge fondamentale e dal preambolo, significa, soprattutto per gli organi costituzionali tedeschi, che la scelta di partecipare all'Unione europea o meno non è rimessa alla libera discrezionalità. La Legge fondamentale vuole un'integrazione europea e un ordinamento di pace internazionale. Pertanto vige non solo il principio del favore per il diritto internazionale [*Völkerrechtsfreundlichkeit]*, ma anche quello del favore per il diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit)*».

menti populisti, sovranisti, nazionalisti: il populismo si manifesta nell'orientamento volto a negare la complessità dei problemi e contestare, in relazione a questi ultimi, il contributo degli esperti, prospettando soluzioni iper-semplificate, allo stesso tempo tributarie (degli) e destinate agli umori diffusi della componente più emotiva della cittadinanza; il sovranismo si esprime, in Europa, nella irragionevole diffidenza nei confronti delle dinamiche post-sovraniste di coordinamento internazionale e sovrannazionale in nome della tutela di un generale e generico interesse nazionale individuato sulla base di prospettive che sono, ad un tempo, aggressive e difensive; il nazionalismo consiste nella esaltazione del primato di ciascuna nazione concepita come uniforme realtà morale, culturale e tradizionale suscettibile di ulteriore degrado in senso razzista e senza memoria degli orrori che il nazionalismo ha prodotto in Europa nel corso del secolo 20º.

Il fenomeno è ampiamente diffuso in ogni area del continente (ma anche la Brexit è agevolmente riconducibile ad una matrice quale qui sopra descritta), in qualche caso si è rivelata destinataria del consenso maggioritario dell'elettorato (ad esempio, in Israele, in Italia, in Polonia, in Ungheria, così come negli Stati Uniti, con il trumpismo), in altri la minaccia di un blocco populista, sovranista e nazionalista è molto alta.

Allo stato attuale, la configurazione costituzionale *mainstream* non è stata ancora inquinata da revisioni formali in grado di incidere sulla configurazione degli ordinamenti, fatta eccezione per alcuni ordinamenti (Polonia, Ungheria) e i relativi interventi volti a circoscrivere l'indipendenza della magistratura e della giurisdizione costituzionale in particolare, ovvero a condizionare la composizione delle corti e degli organi di garanzia dell'autonomia della magistratura.

Nella circostanza emerge il contributo alla stabilità offerto dalle garanzie non maggioritarie della rigidità della costituzione, ovvero da norme quali espresse dalle *eternity clauses*, ovvero dalla diffusione del potere negli ordinamenti federali nei quali la forma di governo poliarchica ha modo di dimostrare la propria efficacia [30].

L'esito di questo scenario è ancora del tutto incerto nel momento attuale e la capacità di sopravvivenza senza adattamenti del costituzionalismo è messa duramente alla prova e solo con il passare del tempo potrà elaborarsi una valutazione appropriata.

---

[30] In argomento rinviamo a Toniatti (2020); Toniatti (2020a); Toniatti (2021, 989 ss.); Toniatti (2023).

5. RILIEVI FINALI: IL FENOMENO COSTITUZIONALE MONDIALE E IL COSTITUZIONALISMO EURO-ATLANTICO

La riflessione sin qui svolta ha richiesto un percorso lungo, che – sia pure per cenni essenziali – è dovuto risalire alle origini sia filosofiche che storiche del costituzionalismo. Quest'ultimo, infatti, si configura come una visione ideologica che ha comportato una *weltanschauung* nuova ed innovativa rispetto a quella dominante nell'era dell'*ancien régime* e che, verificatesi le condizioni favorevoli, si è trasformato in movimento politico organizzato e storicamente determinante.

Il percorso storico considerato ha spaziato nel tempo –richiamando la distinzione tra cicli costituzionali successivi nel segno dell'adattamento nella continuità con i motivi ispiratori del costituzionalismo originario sino alla valutazione critica di alcune criticità dell'epoca contemporanea– ma, in realtà, non ha spaziato altrettanto nello spazio: lo scenario geografico al quale si è fatto riferimento –esplicito o anche solo implicito– è, infatti, rimasto in gran prevalenza circoscritto ad un ambito europeo e nord-americano, con un'ulteriore espansione relativa a contesti di assoluta prossimità alla rispettiva matrice di cultura giuridica di *common law* (riproducendo in parte l'esperienza post-coloniale degli Stati Uniti e del Canada), ovvero a quella di *civil law* (con riguardo soprattutto all'America latina). In altre parole, quando in questa sede si è parlato di costituzionalismo si è trattato, in realtà, di costituzionalismo euro-atlantico, originario e protagonista dell'evoluzione di volta in volta indicata.

A questo punto della trattazione, però, occorre soffermarsi sui margini di ambiguità di questa impostazione: per un verso, infatti, è corretto –dal punto di vista storico e metodologico– ricostruire il costituzionalismo con riguardo esclusivo allo scenario euro-atlantico; ma, per altro verso, non può ignorarsi che l'espansione planetaria del termine «costituzione» –se non anche del concetto di «costituzionalismo»– è un dato oggettivo ormai acquisito. A questa rilevazione corrisponde un'alternativa ricostruttiva: o si circoscrive l'uso dei termini e dei concetti allo scenario euro-atlantico e si accetta di conseguenza un'impostazione euro-centrica orientata ad escludere dal *focus* di una disciplina scientifica una quota considerevole di materiali di analisi e riflessione concernenti il mondo; ovvero si respinge questa impostazione ristretta, si accetta che termini e concetti possano essere criticamente applicati a tutti i contesti geo-culturali e si rinuncia a fare riferimento ad un concetto di costituzionalismo tout court.

A nostro avviso, è preferibile adottare la seconda opzione, ciò che richiede che il giurista –soprattutto il comparatista– specifichi sempre di quale

costituzione e di quale –se esiste– costituzionalismo si tratti, con la consapevolezza che in contesti estranei allo scenario euro-atlantico vi possano essere costituzioni senza costituzionalismo, ovvero costituzionalismi distinti da quello euro-atlantico [31].

In altre parole, occorre ragionare nella prospettiva del riconoscimento del «fenomeno costituzionale mondiale» quale realtà oggettiva in senso descrittivo, anziché in quella di un «costituzionalismo mondiale» quale condivisione di istituti e valori in un contesto prescrittivo [32]. E, di conseguenza, occorre altresì non esitare a connotare e qualificare di volta in volta di quale concezione di costituzione e costituzionalismo si stia ragionando [33].

L'impostazione qui sostenuta presenta, a nostro avviso, un duplice motivo per essere presa in seria considerazione. In primo luogo, essa rappresenta un utile progresso metodologico nel campo del diritto costituzionale comparato: la comparazione è un metodo di analisi di fenomeni e, come ogni disciplina scientifica, assume a proprio oggetto tali fenomeni in una dimensione che necessariamente supera i confini di un unico ordinamento statale. Questa asserzione è valida in tutti i settori suscettibili di attenzione scientifica ed è vera –nonostante talune riserve a sfondo tendenzialmente positivista– anche per i fenomeni giuridici [34].

Il diritto, d'altra parte, è uno strumento d'ordine sociale impiegato da ogni genere di società umana –dalle tribù indigene alle aggregazioni complesse di ordinamenti post-industriali– per qualificare e disciplinare le relazioni intersoggettive, comprese quelle intercorrenti fra i singoli e i gruppi, da un

---

[31] Per una interessante ricognizione in materia cfr. Dowdle, Wilkinson (2017); e Loughlin, Walker (2008).

[32] Si veda Ackerman (1997, 771 ss.); per contrasto rinviamo a Toniatti (2019, 693 ss.) dove si rileva che «*the deliberate choice of the phrase world constitutional phenomenon (instead of others, such as «world constitutionalism» that may be misleading), in fact, means employing a neutral, objective, value free acknowledgement that most countries in the world have adopted a document which roughly describes the polity, lists the institutions that act on behalf of its government, and spells out a number of expectations that citizens supposedly have on what those institutions of government are to do or not to do that will affect their freedom and welfare*».

[33] Si veda ancora Toniatti (*op. ult. cit.*): «One of the inevitable consequences of such an approach is that it entails giving up any practice of using the words «constitutions» and «constitutionalism» without at the same time specifying what are the constitutions and constitutionalisms to which we are referring. According to the context, we may be adopting a geographical paradigm and be talking of European, Asian, or North-American constitutions; or an ideological one (liberal, socialist, or authoritarian constitutions); or a religious one (Christian, Islamic, or Buddhist constitutions); or a historical one (1700, 1800, 1900, or 2000 constitutions) or a combination of all of them. There is a need to qualify and be «precise»—for the sake of clarity and academic accountability—as to the specific constitutional text to which we are referring. This research aimed at establishing new qualified groupings of constitutions organized according to a wider set of their respective connotative paradigms would be a very important first step in the science of comparative constitutional law in the global era», 702.

[34] Si veda Toniatti (2020).

lato, e chi detiene il potere effettivo di una determinata comunità. Ne consegue che il diritto è uno strumento quanto mai idoneo ad essere oggetto di attenzione da parte della comparazione giuridica. A maggior ragione quando la circolazione di nomi – benché non necessariamente di concetti - conosca una diffusione planetaria ormai consolidata.

In secondo luogo, l'impostazione contribuisce a garantire la continuità nella sopravvivenza del costituzionalismo euro-atlantico ed evitare che si possano avviare e consolidare forme di adattamento che siano in contrasto con i suoi contenuti connotativi tipici. In altre parole, è quanto mai opportuno che la dottrina sia quanto mai criticamente attenta e vigile nell'evitare che revisioni costituzionali di stampo populista, sovranista e nazionalista – proprie di una democrazia illiberale - siano surrettiziamente collocate nel contesto costituzionale euro-atlantico, con il quale gli ispiratori di quelle revisioni sostengano la compatibilità. Come già sopra sostenuto, la capacità di adattamento alle mutate condizioni di contesto è sì un valido indicatore della capacità di sopravvivenza del costituzionalismo e dei suoi contenuti tipici e indefettibili ma, allo stesso tempo, non è illimitata.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Ackerman, B. (1997). «The Rise of World Constitutionalism», *University of Virginia Law Review*, II, pp. 771 e ss.

Berman, H. J. (2003), *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge.

Bifulco, D. (2003). *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Associazione Done Insegnanti, Napoli.

Bifulco, R. (2020). *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino.

Corwin, E. S. (1947). *Total War and the Constitution*, Oxford University Press, Oxford.

De Vergottini, G. (2022). Diritto costituzionale comparato, CEDAM, Padova.

Di Giovine, A. (2017). «Stato e forme di stato», in Di Giovine, Algostino, Lomgo, Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Mondadori, Firenze.

Dowdle, M. W.; Wilkinson, M. A. (eds.) (2017). *Constitutionalism Beyond Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge.

Fioravanti, M. (1991). *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino.

Grossi, P. (2007). *L'Europa del diritto*, Laterza, Bari.

— (2017). *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Bari.

IBRIDO, R. (2013). «Ritorno alla comparazione». Note a margine della sentenza del Tribunal constitucional sul matrimonio omosessuale, *Nomos*, n. 3.

KUMM, M. (2016). «Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-Positivist Law», *International Journal of Constitutional Law*, n. 2, pp. 698 e ss.

LOUGHLIN, M.; WALKER N. (eds) (2008). *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford.

NEUSTADT, R. (1964). *Presidential Power*, New York University Press, NY.

PERJU, V. (2013). «Cosmopolitanism in Constitutional Law», *Cardozo Law Review*, IV, pp. 711 e ss.

RUBIO LLORENTE, F. (1988). *Constitutional Jurisdiction as Law-Making*, in Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Springer, Berlin.

SAIZ ARNAIZ, A. (1999). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El articulo 10.2 de la Constitucion espanola*, CEPC, Madrid.

— (2008). «Comentario del artículo 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», in Casas y Rodriguez-Piñero (dirs.), *Comentarios a la Constitución*, CEPC, Madrid, pp. 193 e ss.

SANTOLAYA, P. (2013). «La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales», in Ferrer Mac Gregor, Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Ciudad de México, pp. 447 e ss.

SOMEK, A. (2014). *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford.

TILLY C. (ed.) (1975). *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton University Press, Princeton.

TONIATTI, R. (2002). «Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione Europea», in Gambino (a cura di), *La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo. Principi e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffré, Milano.

— (2004). «Le interazioni della giurisdizione ordinaria con la giurisdizione costituzionale e con le giurisdizioni europee comunitaria e convenzionale», in Di Federico (cur.), *Manuale di ordinamento giudiziario*, CEDAM, Padova, 2004.

— (2009). «La democrazia costituzionale repubblicana», in Casonato (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione italiana*, Giappichelli, Torino, 2009.

— (2010). «La transizione costituzionale nei Balcani occidentali e il paradigma costituzionale europeo: il pluralismo delle fonti e delle identità», in Montanari, Toniatti, Woelk (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: Diritti e garanzie*, Trento.

— (2011a). «Le forme e la cultura costituzionale dell'equilibrio istituzionale», in Toniatti e Magrassi (a cura di), *Magistratura, Giurisdizione ed Equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, CEDAM, Padova.

Toniatti, R. (2011b). «La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali», in Calamo Specchia (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Giappichelli, Torino.

— (2019). «Comparing Constitutions in the Global Era: Opportunities, Purposes, Challenges», *Casad Comparative Law Lecture*, *Kansas Law Review*, n. 3, 2019, pp. 693 e ss.

— (2020). «Il principio non-maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2020, pp. 1155 e ss.

— (2020a). «President Trump's Political Agenda Vis-à. Vis the Supreme Court», in Ferrari (ed.), *The American Presidency Under Trump. The First Two Years*, The Hague, pp. 65 e ss.

— (2021). Democrazia illiberale e forma di stato costituzionale di diritto nel costituzionalismo euroatlantico: contingenze elettorali o cambio di paradigma?, in G. D'Ignazio, A. M. Russo (a cura di), Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato?, in DPCE Online, N. 3-2020, 3945 ss.; Idem, Non-Deferential Judicial Checks and Balances and Presidential Policies, in DPCE online, 2021, 989 ss.;

— (2023). «La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism e il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia», in G*li Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo, BioLaw Journal/Rivista di BioDiritto*, Special issue n. 1/2023.

Torres Pérez, A. (2009). *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford.

Corren tiempos convulsos para el constitucionalismo liberal-democrático y, por ello, en esta obra en dos volúmenes se recoge una pléyade de trabajos que indagan en el sentido del constitucionalismo (¿Qué constitucionalismo?), afrontando los desafíos que contestan algunas de las bases sobre las cuales veníamos ordenando la convivencia democrática en nuestras sociedades. Desde la globalización y la integración europea, a la crisis de la forma de gobierno parlamentaria y las formas de participación política, pasando por los mecanismos de defensa del Estado de Derecho, la tutela de derechos fundamentales en especial ante los avances tecnológicos, o nuevos planteamientos en relación con cuestiones clásicas como la justicia constitucional o el sistema de fuentes.

Una obra que es expresión, además, de un diálogo con vocación europea y carácter intergeneracional entre constitucionalistas ítalo-españoles, que incluye desde jóvenes que están iniciando ahora sus carreras académicas a los más consagrados maestros. Siguiendo así con el espíritu del Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales que desde su primera edición en 2012 viene sirviendo de foro de encuentro de constitucionalistas de ambos países (principalmente, pero no solo) para abordar cuestiones pioneras de nuestra disciplina. Una red académica que ha trascendido estas relaciones bilaterales para adquirir dimensión europea a través de las acciones Jean Monnet *Eucons: building a common European constitutional culture*.

Los trabajos recogidos en esta obra fueron presentados como ponencias y comunicaciones en el VI Congreso Internacional ¿Qué constitucionalismo? celebrado en Granada en octubre de 2022 y han sido sometidos a un proceso de revisión académica para su selección y publicación. Toda la información del Seminario Ítaloespañol en https://seminarioitalospagnolo.com/

BOE CEPC eucons italospagnolo SEMINARIO