



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. III

(ESTRATTO)

GIAN PAOLO DOLSO

**ATTUALITÀ DELLA RIFLESSIONE KELSENIANA
SULLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE**

18 DICEMBRE 2023

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Gian Paolo Dolso

Attualità della riflessione kelseniana sulla giustizia costituzionale*

ABSTRACT: *This paper examines an influential essay by Hans Kelsen that appeared in 1928 on the subject of constitutional justice: ‘La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle), Revue du droit public et de la science politique, 1928’. The aim of this paper is to verify the contribution made by Hans Kelsen’s study in relation to problems concerning the judicial review of legislation. The 1928 essay turns out to be very rich in indications. There are indications of general profiles, but there are also indications relating to the procedure of judicial review of legislation. What emerges is Kelsen’s marked attention to the problems of access to constitutional justice and particular attention to the procedural aspects of the judicial review. The usefulness of going back to the essay by the great jurist thus appears evident both for a better understanding of the functioning of systems of constitutional justice and for reasoning about them from a “de jure condendo” perspective.*

SOMMARIO. 1. Il saggio di Kelsen sulla giustizia costituzionale del 1928. – 2. I profili di carattere generale. – 3. Il controllo della costituzionalità delle leggi. – 4. Aspetti schiettamente processuali. – 5. L’assetto più recente del nostro sistema di giustizia costituzionale e il lascito kelseniano.

1. Il saggio di Kelsen sulla giustizia costituzionale del 1928

Come è noto, Kelsen ha contribuito in modo decisivo alla nascita e allo sviluppo della giustizia costituzionale in Europa. Non è certo possibile esaminare nel dettaglio il suo contributo in materia dato che in molte opere Kelsen fa riferimento alla giustizia costituzionale e alle problematiche ad essa connesse. Kelsen porta il tema della giustizia costituzionale al centro del dibattito giuridico anche se non va trascurato che la dottrina giuridica aveva già focalizzato la sua attenzione sul tema, se è vero che Georg Jellinek aveva già orientato il suo interesse nei confronti di forme di giudizio costituzionale preesistenti, come il *Reichsgericht*, investito di specifici controlli di costituzionalità, in particolare relativi al rapporto tra Stato centrale e enti territoriali. Da questa originaria forma di controllo il passo fu breve, per Jellinek, a prefigurare l’attribuzione a tale organo di una funzione di controllo sulla costituzionalità delle leggi¹. Non si può poi trascurare che Kelsen non sviluppò una riflessione solamente teorica ma fornì un importante contributo in sede di redazione della Costituzione austriaca del 1920, che contempla una forma di controllo di costituzionalità delle leggi, anche se va precisato che il pensiero di Kelsen sulla giustizia costituzionale va ben al di là di quanto poi di fatto si era invero nella Costituzione austriaca del 1920.

Come si è detto, in varie opere Kelsen si occupa della giustizia costituzionale, ma vi è un saggio in cui le sue riflessioni appaiono forse sviluppate con maggiore coerenza e “concentrazione”: si tratta di un celebre saggio pubblicato nel 1928 di cui verranno esaminati solo i profili che più attengono alla giustizia costituzionale e che forniscono spunti e stimoli significativi per i cultori della giustizia costituzionale². È interessante notare che spesso le letture che si sono date del pensiero kelseniano con riguardo alla giustizia costituzionale non sembrano tenere in debito conto la profondità e la ricchezza della riflessione di Kelsen, rischiando a tratti di sovrapporre indebitamente i contenuti della

*  Questo scritto prende avvio da un intervento al Convegno del Forum italo-austriaco di diritto comparato in occasione della ricorrenza dei 50 anni dalla scomparsa di Hans Kelsen: “Tagung des italienisch-österreichischen Forums für Rechtsvergleichung aus Anlass des 50. Todestages von Hans Kelsen”, tenutosi a Roma il 3 e 4 aprile 2023 e i cui atti sono in corso di pubblicazione.

¹ G. JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, 1885, trad. it.: *Una Corte costituzionale per l’Austria*, a cura di E. Palici di Suni Prat, Torino, 2013. L’idea originaria aveva a che fare con la natura federale dello Stato.

² H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*, *Revue du droit public et de la science politique*, 1928; traduzione italiana: *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 145 ss. In particolare, non si terrà conto di quello che C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, 56 ss., ha chiamato il “secondo” Kelsen, nella misura in cui una parte della riflessione di Kelsen è incentrato su una replica ad un celebre contributo di C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1931.

Costituzione austriaca del 1920 con l'apparato di pensiero che sta alla base del saggio oggetto della nostra attenzione³.

La riflessione di Kelsen sulla giustizia costituzionale ha lasciato tali e tante tracce che non è certo pensabile di sviluppare in questa sede una ricostruzione completa. Si tratta di una molteplicità di profili che possono essere riguardati sia in un'ottica di ricostruzione storica del pensiero del grande giurista sia con l'occhio del giurista positivo che coglie nel diritto *quo utimur* le vestigia del pensiero del grande Maestro⁴.

2. I profili di carattere generale

Quello che ci preme è quindi tornare a riflettere sul lascito kelseniano cercando di passare in rassegna, anche solo sommariamente, alcuni spunti che si rivelano di sorprendente attualità e che si rinvengono nell'inesauribile saggio del grande giurista viennese sulla giustizia costituzionale. Partiamo da taluni aspetti di carattere generale.

Un primo punto che colpisce del saggio, e che a più riprese riaffiora nel corso di esso, è costituito dall'attenzione riservata al diritto sovranazionale, sia di origine pattizia sia di origine consuetudinaria. È interessante notare come emerga un esplicito riconoscimento della valenza delle norme internazionali generalmente riconosciute. Anzi di esse si auspica che vengano contemplate in modo esplicito in ogni Costituzione (come del resto è poi avvenuto anche nel nostro contesto ad opera dell'art. 10, comma 1, Cost.). Nota è la posizione di primazia che il diritto internazionale riveste nell'ambito del sistema delle fonti elaborato dall'Autore; forse meno noti sono il ruolo e la posizione che i trattati internazionali rivestono specificamente nel contesto del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi sotto un duplice ma interconnesso profilo. Essi costituiscono sia parametro di legittimità costituzionale delle leggi, da utilizzare come fonte interposta (o di livello costituzionale se si accoglie l'idea, che è quella da Kelsen coltivata, della superiorità del diritto internazionale), sia possibile oggetto di sindacato, anche se in tal caso si tratta di una ipotesi in qualche misura "residuale", auspicandosi piuttosto che il controllo dei trattati venga affidato - più conformemente al sistema - ad una corte internazionale⁵.

Un altro profilo di carattere generale merita di essere evidenziato. Anche in questo caso, a più riprese, trapela la constatazione di un progressivo avvicinamento tra attività giurisdizionale ed attività amministrativa, la cui separazione si fonda su ragioni di carattere storico, non di logica giuridica, che anzi suggerirebbe una loro tendenziale convergenza⁶. Si tratta di un profilo molto attuale che ha riscontri sia sul piano sovranazionale, sia interno. Sotto il primo profilo è sufficiente por mente alla

³ Che l'opera di Kelsen non coincida, a volte, con quanto è filtrato in Italia attraverso l'interposizione della nostra dottrina è dimostrato nel documentato saggio di A. MERLINO, *Kelsen in Italia: una recezione a contrario*, in [La Rivista "Gruppo di Pisa"](#), 2023, 145 ss. Sul punto cfr. anche il contributo di M. LOSANO, M. MARCHETTI, R. ORSINI, D. SORIA, *La fortuna di Kelsen in Italia*, in *Quaderni fiorentini*, 1979, 465 ss.

⁴ Una tale duplicità ha ispirato il volume di G.P. Dolso, D. Rossi (a cura di), *1920-2020. Un secolo di giustizia costituzionale*, Napoli, 2022.

⁵ Lo schema della norma "interposta" emerge laddove Kelsen rileva che se una norma interna contrasta con il trattato essa, "immediatamente si pone contro il trattato, mediatamente contro il principio *pacta sunt servanda*", il quale può essere principio costituzionalmente sancito oppure veicolato in Costituzione attraverso il riconoscimento delle norme internazionali generalmente riconosciute nell'ambito delle quali esso a pieno titolo rientra. Del resto, la posizione dei trattati, da un punto di vista interno al sistema, è di subordinazione alla Costituzione: H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 160, 180. Quanto ai trattati come oggetto di giudizio, l'Autore chiaramente distingue una prospettiva interna, che avvalorerebbe un possibile sindacato dei trattati da parte dell'organo di giustizia costituzionale, da una prospettiva, che esprime gli "interessi di politica estera", sulla base dei quali "sarebbe senza dubbio desiderabile attribuire il controllo della regolarità dei trattati internazionali [...] ad un organo internazionale, escludendo qualunque giurisdizione statale (181).

⁶ "La distinzione tra giurisdizione e amministrazione sta esclusivamente nella modalità di organizzazione dei tribunali". Si tratta di una contrapposizione e di un dualismo che "possono spiegarsi solo storicamente e che sono destinati a scomparire": ancora H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 161, 162.

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, per lo più contraria ad una distinzione troppo rigida, nella misura in cui, in questo come in altri settori, quella che viene coltivata è una prospettiva più attenta alla sostanza che alla forma. Dall'altra parte, si tratta di un profilo presente anche nella nostra giurisprudenza costituzionale, anche recente: la Corte ha avuto modo al riguardo di osservare che "le due nozioni sono state intese in modo elastico", dovendosi tenere conto del fatto che si è andata nel tempo delineando una "zona grigia", nella quale si registrano i "concorrenti ed inversi fenomeni storici della "giurisdizionalizzazione" dell'amministrazione e della "amministrativizzazione" della giurisdizione"⁷.

Ancora, tra le altre indicazioni disseminate nel denso saggio, compare una declinazione del principio di legalità molto pregnante, di valenza addirittura costituzionale. È noto come nel nostro sistema la dottrina si è a fondo impegnata nel tentativo di rinvenire, all'interno della Costituzione, una radice costituzionale del principio di legalità⁸. Sul punto è interessante osservare come la natura costituzionale del principio è ricavata dalla stessa conformazione del sistema delle fonti, nella misura in cui esso non postula "solo che ogni atto esecutivo dev'essere conforme alla legge, ma *essenzialmente che non può esservi atto di esecuzione se non sulla base di una legge*": la violazione di tale paradigma, secondo Kelsen, dà luogo ad una situazione di incostituzionalità⁹.

Come è noto, l'affermazione in Italia del principio di superiorità della Costituzione e di sindacabilità delle leggi sulla base di tutti i parametri costituzionali ha costituito un percorso piuttosto accidentato, che affonda le sue radici nel riconoscimento della normatività di ogni disposizione costituzionale e nella distinzione, di conio giurisprudenziale, tra norme programmatiche e norme precettive, distinzione che, come noto, si era affermata nel periodo precedente all'entrata in funzione della Corte costituzionale e che aveva condotto, in certi casi, i giudici a ritenere alcune norme della Costituzione *direttamente* applicabili¹⁰. Nel saggio di Kelsen vi è un eco di questa partizione¹¹. L'Autore riconosce la possibilità che in Costituzione vi siano norme che "regolino una materia in modo così completo da essere immediatamente applicabili ai casi concreti mediante atti giurisdizionali o, più ancora, amministrativi", con ciò ammettendo senza difficoltà la possibilità di una "applicazione diretta della Costituzione"¹².

Altri sono gli spunti di carattere generale che dal saggio trapelano; conviene tuttavia a questo punto dedicarsi più specificamente al sindacato di costituzionalità delle leggi al fine di individuare una serie di snodi che sono oggetto di trattazione da parte del grande giurista praghese.

⁷ In questo senso, [Corte cost., sent. n. 13 del 2019](#), in una questione sollevata dal Collegio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; si tratta di una questione dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale che non ha riconosciuto in capo all'organo il requisito della giurisdizionalità.

⁸ Sul punto, L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma 1990, 4, ove si ragiona del "valore costituzionale del principio di legalità sostanziale, implicito nel testo della Costituzione e da esso ricavabile", facendo in particolare riferimento all'art. 113 Cost. In precedenza, S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1972, 685 ss.

⁹ "Se un'autorità statale mette in essere un atto privo di una base legale, questo atto non è, precisamente, illegittimo, in quanto manca una legge con la quale misurare la sua legittimità, ma "senza legge" e quindi immediatamente incostituzionale": ancora H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 158.

¹⁰ Per una ricostruzione completa si rinvia a A. PIZZORUSSO, *Art. 134*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da Giuseppe Branca e continuato da Alessandro Pizzorusso, *Garanzie costituzionali. Art. 134-139*, Bologna – Roma, 1981, 1 ss.

¹¹ Si tratta di una partizione che si diffuse soprattutto nel periodo intercorrente tra l'adozione della Costituzione e l'entrata in funzione della Corte costituzionale. A questa dicotomia fu negata ogni incidenza sul pieno dispiegarsi del sindacato della Corte costituzionale sulla legittimità costituzionale delle leggi nella storica [sentenza n. 1 del 1956](#). Sul punto si vedano le considerazioni di S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, Bologna, 2004, 200 ss.

¹² H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 155

3. Il controllo della costituzionalità delle leggi

Il saggio in esame è caratterizzato da una molteplicità di indicazioni relative ai meccanismi di controllo di costituzionalità delle leggi, molti dei quali ne denotano straordinaria la lungimiranza e sorprendente attualità. Molte tracce disseminate nel saggio possono rivelarsi utili anche *de jure condendo* al fine di perfezionare, completare, rendere più efficaci i vari sistemi di controllo di legittimità costituzionale delle leggi.

A) Andando alle origini del sindacato di costituzionalità delle leggi, si può ricordare come Kelsen ammetta pacificamente la possibilità, per la Corte costituzionale, di sindacare le norme anteriori all'entrata in vigore della Costituzione. Nel contesto della dicotomia *illegittimità costituzionale/abrogazione*, viene ammessa anche la possibilità di sottoporre a controllo delle leggi che risultino abrogate. Secondo il nostro Autore, la prima impressione, che porterebbe a rendere superflue sia la dichiarazione di incostituzionalità di norme abrogate sia quella di norme anteriori alla Costituzione, non è quella corretta. In relazione alle norme abrogate, Kelsen osserva che esse possono essere (ancora) applicate, giustificandosi così la dichiarazione di incostituzionalità. Nel caso delle norme anteriori, una volta precisato che la loro sindacabilità va limitata ai profili "contenutistici" e non ai vizi del procedimento di formazione, Kelsen ritiene preferibile l'intervento dell'organo di giustizia costituzionale, sollevando dubbi sulla "propensione" degli organi giudiziari "comuni" a praticare in questi casi un giudizio di compatibilità della legge con la sopravvenuta Costituzione con conseguente abrogazione della prima¹³. Di fatto, il periodo anteriore all'entrata in funzione della Corte, caratterizzato da luci e ombre, e connotato anche dalla affermazione della natura "programmatica" di molte delle norme della Costituzione, suona come conferma di questi dubbi.

B) Si può ancora ricordare - anche in una prospettiva *de iure condendo* - come Kelsen fosse dell'opinione che il controllo di costituzionalità dovesse essere esteso anche ai regolamenti dell'Esecutivo, non solo quelli che derogano alla legge ma in generale a tutti i regolamenti. Si tratta di un approccio che si è affacciato anche nel nostro panorama dottrinale, ma non si è mai affermato nella prassi, se non in casi del tutto particolari e circoscritti¹⁴. L'organo di giustizia costituzionale è, secondo Kelsen, l'organo più adatto ad operare un tale tipo di sindacato, data l'intima affinità del controllo sulle leggi rispetto al controllo sui regolamenti.

In questo contesto Kelsen afferma anche l'opportunità di introdurre un controllo sulle ordinanze di necessità, atti derogatori emanati in situazioni di emergenza. Si tratta, come l'esperienza recente ci ha eloquentemente dimostrato, di un tema straordinariamente rilevante: "ovunque la Costituzione autorizzi questi regolamenti di necessità la loro costituzionalità è sempre appassionatamente contestata"¹⁵. Riguardo agli atti di natura secondaria, Kelsen fa riferimento all'esistenza di una sorta di zona grigia ove l'individuazione di questi atti non è del tutto scontata né semplice, come anche la nostra dottrina ha avuto modo di constatare¹⁶. Kelsen si riferisce esplicitamente a quelli che definisce come una "serie di gradi intermedi": esemplificando si ragiona di "atti di autorità locali, provvedimenti prezzi, statuti di società, contratti collettivi di lavoro": "Si può raccomandare - conclude l'Autore- di assoggettare al controllo di costituzionalità le sole norme generali emanate da pubbliche autorità, siano esse centrali o locali"¹⁷.

C) Un tema che a più riprese emerge è quello degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità, soprattutto in considerazione del problema delle lacune e dei vuoti conseguenti alle

¹³ Su entrambi i profili, H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 183,184.

¹⁴ C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 10 ss.

¹⁵ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 180.

¹⁶ In relazione alle fonti secondarie, e alle difficoltà di una loro identificazione, v. L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 54 ss.

¹⁷ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 180.

pronunce di annullamento. Si ritiene consigliabile - al ricorrere di certe condizioni - la possibilità di prevedere che possa intercorrere un certo lasso di tempo prima che la pronuncia di incostituzionalità produca effetti, analogamente a quanto avviene per la *vacatio legis* prima dell'entrata in vigore della legge¹⁸. Talora, dunque, si delinea l'opportunità di un effetto *ex nunc*, oppure anche differito dopo nel tempo. È interessante osservare che un sostanziale spostamento degli effetti della decisione è stato di fatto realizzato anche ad opera della nostra Corte costituzionale con riguardo al noto caso "Cappato". In quell'occasione la Corte si è limitata a disporre un rinvio a data fissa dell'udienza, anche se nella decisione di rinvio erano già ben presenti le argomentazioni che preludevano alla dichiarazione di incostituzionalità, poi di fatto intervenuta¹⁹.

Di norma nel giudizio in via incidentale l'effetto retroattivo è del tutto fisiologico secondo il nostro Autore. Quello che deve essere tassativamente esclusa è la possibilità che un caso venga deciso in base alla norma dichiarata incostituzionale e che quindi di questa norma si possa fare ancora applicazione²⁰. Secondo Kelsen è opportuno accordare alla Corte la possibilità di scelta tra le varie opzioni in riferimento agli effetti della pronuncia laddove vi siano ragioni che consiglino un differimento degli effetti. Tra le varie possibilità contemplate vi è quella, particolarmente sofisticata, della possibile reviviscenza della normativa antecedente rispetto a quella dichiarata illegittima²¹. Il fatto stesso di indugiare su questo snodo, poco frequentato per vero dalla dottrina, svela la latente, anche se non esplicitata, preoccupazione per la possibile creazione di *vuoti* normativi a seguito di interventi demolitori dell'organo di giustizia costituzionale.

Emerge al riguardo la consapevolezza di un'ineliminabile discrezionalità che finisce per connotare l'operato della Corte costituzionale, alla stregua di quanto, del resto, si riscontra con riguardo all'azione di altri organi di vertice dello Stato²². Si allude, in particolare, al problema della sostituzione della norma incostituzionale con una conforme a Costituzione: "l'annullamento dell'atto irregolare pone il problema della sua sostituzione con un atto regolare"²³. Si prefigurano in tal modo, pur in assenza di una argomentazione esplicita sul punto, sentenze alquanto simili a quelle che poi la nostra giurisprudenza ha denominato come sentenze *additive*. La sostituzione della normativa dichiarata incostituzionale può avvenire ad opera del giudice costituzionale oppure del legislatore, in conformità con le motivazioni della sentenza della Corte.

D) L'attività della Corte in certi casi pare avvicinarsi a quella legislativa. In un passo del saggio si sostiene che, quando annulla una legge il Giudice costituzionale "non esercita in realtà una vera funzione giurisdizionale" dato che "annullare una legge significa porre una norma generale giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge, essendo per così dire una formazione di segno negativo, e quindi una funzione legislativa"²⁴. Tale constatazione va

¹⁸ Si può prevedere che "l'annullamento abbia effetto solo dopo scaduto un certo termine": ancora H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 167, il quale soggiunge che, "come possono esservi ragioni valide per far procedere l'entrata in vigore di una norma generale [...] da una *vacatio legis*, così potrebbero esservene di ugualmente valide per non far perdere vigore ad una norma generale annullata se non dopo la scadenza di un termine successivo alla sentenza di annullamento".

¹⁹ Corte cost., rispettivamente [ord. 207/2018](#) e [sent. 242/2019](#). Si devono registrare del resto altri due casi in cui la Corte ha proceduto in modo analogo: il riferimento è alla vicenda del cosiddetto "carcere per i giornalisti" (Corte cost., [ord. 132/2020](#) e, di poi, [sent. 150/2021](#)); e alla vicenda relativa all'*ergastolo ostativo* (Corte cost., [ord. n. 97/2021](#)).

²⁰ Kelsen, dando per scontato che la legge dichiarata incostituzionale non possa essere ancora applicata, prende atto dei problemi che possono porsi nella prassi, immaginando in certe situazioni la possibilità di differire l'entrata in vigore della pronuncia di annullamento fino alla scadenza di un certo termine dalla sua pubblicazione: H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 192.

²¹ In relazione alla *reviviscenza*, Kelsen ritiene opportuno "lasciare allo stesso tribunale il compito di decidere in quali casi fare uso di questo potere di ristabilire la vecchia situazione di diritto", ritenendo inopportuno il ripristino di questa situazione come regola generale (H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 192, 193).

²² M. CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1960, 376 ss.

²³ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 169.

²⁴ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 173.

letta alla luce di considerazioni ulteriori, di sistema. In primo luogo, alla luce del fatto che l'attività della Corte trova collocazione nella cornice del principio della divisione dei poteri, inteso come un principio che è funzionale a consentire, con riguardo ai vari poteri, "un controllo degli uni sugli altri"²⁵. Va poi tenuta in debita considerazione la qualità dell'organo di giustizia costituzionale e le sue regole di funzionamento. Si tratta di un organo che indubbiamente è connotato da una assoluta indipendenza sia rispetto al Governo, sia al Parlamento. Dall'altra parte, Kelsen osserva che "l'annullamento di una legge avviene essenzialmente in applicazione delle norme della costituzione" di modo che in questo caso manca "del tutto la libera creazione che caratterizza l'attività legislativa". L'organo di giustizia costituzionale opera quindi secondo regole stabilite dalla Costituzione e perciò "questa funzione somiglia a quella di qualunque altro tribunale; essa è principalmente applicazione e solo in misura esigua creazione del diritto, e quindi è veramente giurisprudenziale"²⁶. L'attività delle Corti costituzionali - questo in sostanza il succo del discorso - va ricompresa nell'alveo delle attività di natura giurisdizionale, attesi appunto i connotati sostanziali e immancabili di essa²⁷.

In vari passi del saggio fa capolino la distinzione tra attività legislativa in senso stretto e controllo di costituzionalità delle leggi. Creazione del diritto/applicazione del diritto. Si tratta in definitiva di attività che denotano irriducibili differenze che in definitiva non possono essere scalfite, e nemmeno attenuate, alla luce dell'oggetto di giudizio e del prodotto dell'attività dell'organo di giustizia costituzionale. Sono le diversità procedurali ad essere decisive e a segnare un divario incolmabile tra le due tipologie di attività, come bene mette in luce, in relazione all'attività della nostra Corte costituzionale, Alessandro Pizzorusso²⁸. Kelsen, rimarcate a questo riguardo le caratteristiche di indipendenza dell'organo di giustizia costituzionale, considera ontologicamente diverse le due funzioni, qualificando l'attività dell'organo di giustizia costituzionale alla stregua di una funzione "veramente giurisdizionale"²⁹.

4. Aspetti schiettamente processuali

Molti sono gli spunti anche sul versante più squisitamente procedimentale, il che dimostra quanto Kelsen fosse attento al *processo* che si svolge davanti all'organo di giustizia costituzionale e alle dinamiche che lo governano, che inevitabilmente finiscono per contribuire al "rendimento" del sistema di garanzia. Alcuni profili si coagulano attorno al decisivo snodo delle modalità di accesso all'organo di giustizia costituzionale; altri invece riguardano altri aspetti legati più propriamente al procedimento.

A) In relazione all'accesso, l'attenzione di Kelsen è massima: l'Autore si dimostra del tutto consapevole del fatto che si tratta di uno snodo decisivo del giudizio sulle leggi. Si tratta di uno dei punti in cui più emerge il divario tra la *vulgata* relativa al modello "kelseniano" e la riflessione di Kelsen tratta direttamente dalle sue opere, che appare molto più ricca e sfaccettata, di certo non riducibile ad un paradigma univoco né tanto meno coincidente con il modello di giustizia costituzionale adottato dalla Costituzione austriaca del 1920.

Dato che i sistemi di giustizia costituzionale rivestono un ruolo di indubbia garanzia, tale finalità viene realizzata nel modo più pieno attraverso un accesso alla Corte che si traduca in una vera e propria *actio popularis*. Se tale modalità di accesso fosse realizzata in modo "puro", si determinerebbe - constata realisticamente Kelsen - un "intollerabile intasamento dei ruoli". Come

²⁵ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 173.

²⁶ Le citazioni sono ancora tratte da H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 174.

²⁷ Sul punto, tra gli altri, R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in *Rivista AIC*, 2007.

²⁸ Sul punto, lucidamente, A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra legislazione e giurisdizione*, in *Foro it.*, V, 117 ss.

²⁹ Così H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 174, il quale precisa il suo pensiero ritenendo che sia "desiderabile impedire ogni influenza politica sulla giurisprudenza dell'organo di giustizia costituzionale" (175).

alternativa, si immagina la previsione di un obbligo in capo ad ogni pubblica autorità di sottoporre alla Corte costituzionale i dubbi di costituzionalità: un modo di accesso, quindi, “indiretto”. In questa prospettiva si può pensare ai soli organi di vertice, oppure ai soli organi di natura giurisdizionale, anche se - chiosa Kelsen - sarebbe ingiustificato escludere gli organi amministrativi dal novero di quelli abilitati a sottoporre questioni di legittimità alla Corte dato il “crescente avvicinamento” tra i due tipi di procedimenti³⁰. Ancora, in alternativa oppure a completamento dello spettro di possibilità previste, si potrebbe prevedere che le parti di un procedimento giudiziario o amministrativo abbiano un ruolo “attivo” nella proposizione della *quaestio* all’organo di giustizia costituzionale. L’Autore disegna al riguardo un sistema in cui viene consentito “alle parti di un procedimento giudiziario o amministrativo” di provocare il giudizio della Corte nei confronti di “atti delle pubbliche autorità” che, “di per sé regolari, siano stati emanati in esecuzione di una norma irregolare, sia essa una legge incostituzionale o un regolamento illegittimo”³¹. Emerge un ruolo centrale delle *parti* e non dell’autorità dinnanzi a cui si svolge il procedimento.

Ma non è tutto. Il nostro Autore immagina pure, a chiusura del sistema, la presenza di un “difensore della Costituzione”, simile al pubblico ministero nel processo penale, che abbia il potere di chiedere al Tribunale costituzionale una pronuncia su leggi di dubbia costituzionalità. Ciò, a ben guardare, sarebbe anche una garanzia rispetto alla possibilità che, nell’ordinamento, si creino zone *franche* rispetto al giudizio di costituzionalità, come è possibile nel caso soprattutto in cui l’accesso sia riconosciuto solo nella forma incidentale³². A testimonianza della completezza del quadro, Kelsen osserva ancora come sia opportuno che lo stesso Giudice costituzionale abbia la possibilità sollevare questioni davanti a se medesimo: si tratta dell’istituto rubricato “Corte costituzionale come giudice *a quo*”³³. Pur non essendo di uso frequente, anche nel nostro sistema tale istituto ha diritto di cittadinanza e in certi casi si rivela risolutivo per definire in modo corretto ed esauriente la questione di costituzionalità sottoposta alla Corte³⁴.

B) Si delineano, in diversi passi del saggio, i tratti salienti di un sindacato di tipo “incidentale”, nell’ambito del quale si auspica l’inclusione delle autorità amministrative tra le autorità rimettenti: in quanto organi deputati all’applicazione della legge nel caso concreto, dovrebbero ritenersi autorità abilitate a proporre questioni di legittimità all’organo di giustizia costituzionale. Si tratta per vero di un tema sempre attuale e che periodicamente si riaffaccia anche nel contesto del nostro sistema di controllo di costituzionalità delle leggi. Avendo la Corte sin da un remoto passato consentito a determinati organi, pur non giurisdizionali in senso stretto, di sollevare questioni, ritenendoli “giudici” ai limitati fini della proposizione della questione di legittimità costituzionale, è giocoforza che il problema periodicamente si abbia a riproporre, come di recente accaduto nel caso del tentativo di sollevare una questione di legittimità costituzionale ad opera dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato³⁵.

C) Con riguardo all’accesso in via indiretta, Kelsen si interroga sugli effetti delle decisioni di annullamento pronunciate dalla Corte. Alla luce della natura incidentale di questo sistema, la “retroattività” delle decisioni viene definita da Kelsen alla stregua di una “necessità tecnica”, motivata anche dal fatto che, nel caso in cui il remittente fosse tenuto ad applicare la legge annullata ciò diminuirebbe “il suo interesse a deferire le leggi incostituzionali al tribunale costituzionale”, il che non sarebbe desiderabile alla luce della natura di garanzia della Costituzione che la Corte

³⁰ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 195.

³¹ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 195.

³² Che questa sia una preoccupazione ricorrente degli organi di giustizia costituzionale è dimostrato dalla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, sempre sensibile nei confronti di questo tema: Corte cost., [sent. n. 1 del 2014](#).

³³ Su entrambi i profili ancora H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 196.

³⁴ Il riferimento è a Corte cost., [sent. n. 131 del 2022](#), in tema di “cognome”.

³⁵ Corte cost., [sent. n. 13 del 2019](#). Sul punto si veda già V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 268 ss.

costituzionale incarna³⁶. Va a questo riguardo rimarcato - ma è un tema che sottotraccia emerge anche in altri passaggi del saggio - quanto a Kelsen stia a cuore che il sistema risulti efficace e rispondente a quella *ratio* di garanzia che ispira e giustifica la presenza di un organo di giustizia costituzionale nel sistema.

D) In riferimento alle modalità di accesso alla Corte, e a conferma di come la riflessione di Kelsen tenda a contemplare ogni ipotesi possibile, conformemente ai postulati del sistema, va infine ricordata la possibilità - che l'Autore auspica - che il Tribunale possa essere investito di una questione di costituzionalità da parte di una minoranza parlamentare. A testimonianza del fatto che si tratta di tematiche che ancora si agitano nel nostro dibattito costituzionale, anche in una prospettiva *de jure condendo*, pare interessante osservare che la riforma costituzionale del 2016 prevedeva tale tipologia di accesso in relazione alla possibilità di sottoporre alla Corte costituzionale le leggi elettorali³⁷. Si tratta di un tipico caso - quello delle leggi elettorali - nel quale, nel nostro sistema, si tende a delineare una zona franca rispetto al sindacato di costituzionalità (ora per vero attenuata dopo l'apertura dimostrata dalla Corte con la [sentenza n. 1 del 2014](#)). Anche a prescindere dalla proposta di riforma costituzionale del 2016, potrebbe trattarsi in ogni caso di una modalità di accesso da esplorare ulteriormente anche nella prospettiva di ridurre le zone franche o le zone d'ombra del nostro sistema di controllo della costituzionalità delle leggi. È però vero che tale forma di controllo potrebbe avvenire solo *a priori*, con tutti i problemi che tale tipo di giudizio può portare con sé, come l'esperienza francese eloquentemente dimostra.

E) Venendo ai profili inerenti al “procedimento” in senso stretto, si può iniziare dall'insistenza di Kelsen sulla necessità di assicurare, nel contesto del processo di costituzionalità, il principio di pubblicità e di oralità del procedimento. Si tratta di un dato molto rilevante, da una parte, perché è conseguenza dell'oggetto del giudizio, la legge, che evoca l'idea di un interesse generale, che va al di là delle *parti* del processo strettamente intese e che solo la pubblica udienza garantisce³⁸; dall'altra, poiché la pubblicità, come elemento consustanziale all'attività giurisdizionale, conferma - pur in via indiretta - che l'attività del giudice costituzionale ha più di un'assonanza con l'attività propriamente giurisdizionale.

F) Kelsen si sofferma, mettendo ancora l'accento sulla natura “processuale” dell'attività dell'organo di giustizia costituzionale, sull'identificazione delle parti che al giudizio di costituzionalità delle leggi hanno titolo per partecipare. Tra le diverse parti processuali enumerate è curioso osservare che per prima viene menzionata la stessa autorità da cui proviene la questione di costituzionalità, il giudice rimettente. Si tratta di un elemento mai troppo esplorato dalla dottrina ma che, *de iure condendo*, dovrebbe essere preso in seria considerazione, anche alla luce delle ricadute che ciò potrebbe avere anche in termini di economia processuale, nella misura in cui al giudice del processo principale potrebbe essere concessa la possibilità di sanare (almeno) alcune delle lacune che possono viziare l'atto introduttivo del giudizio, evitando pronunce di inammissibilità che finiscono solo per nuocere alla speditezza del processo. Riguardo alle altre parti, Kelsen fa riferimento al

³⁶ Quanto esposto spiega il motivo per cui la Corte costituzionale non è andata esente da critiche quando ha derogato al principio di “retroattività” delle sue pronunce, in definitiva ricavabile dall'art. 136 Cost., sulla base di ragioni nemmeno troppo convincenti: in questo senso Corte cost., [sent. 10 del 2015](#); da ultimo, Corte cost., [sent. 241 del 2021](#).

³⁷ Secondo l'art. 13 della proposta legge di revisione costituzionale (il riferimento è al testo approvato in data 14/04/2016), si prevedeva: «le leggi sono promulgate dal Presidente della Repubblica entro un mese dall'approvazione. Le leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte, prima della loro promulgazione, al giudizio preventivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o da almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica entro dieci giorni dall'approvazione della legge, prima dei quali la legge non può essere promulgata ». Quindi un giudizio di tipo principale, da una parte, e, dall'altra parte, di tipo preventivo, cioè da effettuare prima che la legge entri in vigore.

³⁸ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 197.

“singolo che sia interessato alla controversia [...] che ha dato luogo al procedimento di controllo”: sembra quindi che non solo le parti del procedimento da cui la questione muove possano partecipare al giudizio ma che anche altre parti, che dimostrino di avere interesse, possano dispiegare intervento nel giudizio³⁹.

G) Con riferimento alle decisioni di incostituzionalità pronunciate dal Giudice costituzionale, si precisa che esse determinano l’annullamento della legge, non la nullità di essa. Si tratta di un’alternativa che anche nel nostro dibattito dottrinale si era delineata anche se poi, come noto, è nettamente prevalsa la tesi dell’annullamento, come effetto tipico della pronuncia che accerta l’illegittimità della legge⁴⁰. In questo contesto, l’Autore si sofferma a più riprese sugli effetti delle sentenze di accoglimento. Senza ritornare su aspetti già trattati, si può solo rimarcare come Kelsen riconosca una particolare utilità alla previsione, in certi sistemi peraltro ben conosciuta, della possibilità, da parte del tribunale costituzionale, di lasciare un certo lasso di tempo al legislatore al fine di provvedere per rimediare alla situazione di incostituzionalità, anche se è necessario che questo lasso di tempo non si prolunghi in maniera eccessiva. Del tutto consapevole del problema delle eventuali lacune conseguenti alle pronunce dell’organo di giustizia costituzionale, Kelsen ipotizza - e questo è un elemento di estrema attualità - che lo stesso organo possa “avere anche il potere di sostituire l’atto annullato con un atto regolare, cioè non solo il potere di annullare ma anche quello di riformare”, con ciò immaginando un intervento non solo “negativo” della Corte, ma di tipo sostanzialmente “additivo”⁴¹. Anche in questo caso, una soluzione tecnica ben lontana dall’idea che talvolta si è affermata di un certo modello “kelseniano” (o di una *vulgata* di esso).

5. *L’assetto più recente del nostro sistema di giustizia costituzionale e il lascito kelseniano*

Ci si può ora cimentare nel tentativo di verificare quanto sia vivo e presente il lascito kelseniano con riguardo al sistema *quo utimur*. Quando si ragiona di sistemi di giustizia costituzionale, un ruolo decisivo assume la prassi, come già diverso tempo fa veniva suggerito da Alessandro Pizzorusso⁴². Il sistema italiano di giustizia costituzionale contiene diversi elementi di diffusione del giudizio, tra cui spicca l’obbligo di interpretazione adeguatrice. Si tratta di un tentativo che il giudice comune è chiamato a compiere, come la Corte costituzionale ha lasciato intendere sin dalle sue prime pronunce. Basti ricordare la [sentenza n. 8 del 1956](#), che costituisce il primo esempio di sentenza di rigetto interpretativa. La Corte ha sin dai primi anni di attività incentivato una simile interpretazione sino a che, dalla fine degli anni ’90, il tentativo di interpretazione adeguatrice è stato assunto dalla giurisprudenza a requisito della stessa ammissibilità della *quaestio*. Con la [sentenza n. 356 del 1996](#) la Corte ha precisato che “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice decida di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”: la Corte comincia dunque a dichiarare inammissibili le questioni di costituzionalità quando il giudice non abbia esperito un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione⁴³. Una lettura sempre più rigorosa di questo requisito ha portato anche a disfunzioni

³⁹ Se si pone mente all’*iter* faticoso che ha portato la nostra Corte costituzionale ad ammettere l’intervento di terzi non costituiti nel giudizio principale, si può constatare come tale possibilità fosse stata invece chiaramente presa in considerazione dal nostro Autore (H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 197).

⁴⁰ Nel senso della nullità si era espresso V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 514 ss. Sul punto, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 389 ss.

⁴¹ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 199.

⁴² A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, 521 ss.

⁴³ Corte cost., [sent. n. 356 del 1996](#). Come il Presidente della Corte osservò in sede di conferenza stampa annuale della Corte, si tratta di un orientamento che si basa sulla “centralità dell’interpretazione conforme alla Costituzione come compito dei giudici”: G. ZAGREBELSKY, [La giustizia costituzionale nel 2003](#).

rischiando di rendere difficoltoso l'accesso alla Corte. Si tratta di un orientamento che è stato oggetto di rivisitazione negli anni più recenti, con il risultato di agevolare l'accesso alla Corte e di favorire la possibilità della stessa di pronunciarsi nel *merito* delle questioni, in tal modo rispondendo alla sua ragione d'essere più profonda ed attenuando uno degli indici di "diffusione" del nostro sistema di controllo⁴⁴.

Sul versante dei rapporti con il legislatore, si può ricordare che negli anni passati il Giudice delle leggi ha esercitato un certo grado di *self restraint*, evitando di erodere oltre una certa misura la discrezionalità del legislatore⁴⁵. In questa prospettiva trova spiegazione il consistente filone della giurisprudenza costituzionale cosiddetta "monitoria", particolarmente nutrito tra gli anni ottanta e novanta, non essendo infrequenti pronunce di *incostituzionalità accertata ma non dichiarata*⁴⁶. Con riferimento alle sentenze additive si era affermata la dottrina delle "rime obbligate"⁴⁷. Si tratta di una dottrina volta a salvaguardare proprio la discrezionalità del Parlamento, anche a costo di giustificarne in qualche misura l'inerzia. Negli ultimi anni tale tendenza è stata in parte superata, anche se non del tutto abbandonata. In certi casi la Corte, in presenza di una pluralità di soluzioni utili a superare la situazione di incostituzionalità, adotta una pronuncia di accoglimento scegliendo una delle possibili soluzioni, pur riconoscendo che essa non si presenta come "costituzionalmente obbligata"⁴⁸. In altri casi la Corte, consapevole delle complessità di un intervento additivo, continua a ripiegare su pronunce di inammissibilità⁴⁹. In diverse circostanze si è dunque ritenuta sufficiente la presenza di una soluzione costituzionalmente *adeguata*, in luogo della necessità di una soluzione costituzionalmente *obbligata*⁵⁰.

Rispetto al ruolo del legislatore non possono essere pretermesse quelle decisioni che, pur al cospetto di situazioni complesse, che nel passato sarebbero state con tutta probabilità considerate improponibili, hanno indotto a dare vita a un modulo procedimentale inedito, costituito da un accertamento di una situazione di incostituzionalità, di norma contenuto in un'ordinanza di rinvio dell'udienza a data fissa, adottata al fine di consentire al legislatore di intervenire secondo le direttrici indicate, e da una (eventuale) e successiva pronuncia di incostituzionalità⁵¹.

Tutti gli orientamenti descritti sono sintomatici di un processo di ri-accentramento delle funzioni della Corte costituzionale⁵². Del resto, questa tendenza a ricollocarsi in una posizione "centrale" nel

⁴⁴ Per una ricostruzione del cammino giurisprudenziale, cfr. G.P. DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, Napoli 2009, spec. 1349. Per un'ampia ricostruzione della problematica dell'interpretazione adeguatrice, si rinvia a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX (2016), 467 ss. Sulla "svolta" della Corte si veda la puntuale ricostruzione di G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in questa *Rivista*, 2016/II, 293 ss. Una delle prime pronunce che ha segnato una certa discontinuità con il passato è stata la [sent. n. 221 del 2015](#).

⁴⁵ Per una recente e ragionata ricostruzione, si rinvia a R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra le garanzie dei diritti ed il rispetto del principio della separazione dei poteri*, in questa *Rivista*, 2023/III, 812 ss.

⁴⁶ Su questa giurisprudenza si veda il contributo monografico di L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987.

⁴⁷ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. Cost.*, 1976, I, 1707.

⁴⁸ Uno dei primi esempi è costituito dalla [sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2019](#).

⁴⁹ Emblematica in questo senso la [sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale](#).

⁵⁰ Tra gli altri, G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Diritto costituzionale in trasformazione*, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, III - *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, Genova, 2020, 1563.

⁵¹ Si tratta di una eventualità che si è realizzata a partire dal cosiddetto caso Cappato: ([ord. 207/2018](#), [sent. 242/2019](#)); ma anche in seguito il medesimo schema è stato dalla Corte adottato nel caso del "carcere per i giornalisti" ([ord. 132/2020](#); [sent. 150/2021](#)) e infine con riguardo all'ergastolo ostativo ([ord. 97/2021](#)).

⁵² Sul punto si veda, anche per ulteriori riferimenti di dottrina, il ricco contributo di G. REPETTO, *Il giudizio accentrato di costituzionalità in Italia e le sue (reali o supposte) matrici kelseniane. Spunti per la lettura della più recente giurisprudenza costituzionale*, in G.P. Dolso, D. Rossi (a cura di), *1920-2020. Un secolo di giustizia costituzionale*, cit., 181 ss. Sul punto, v. anche i contributi contenuti nei volumi di G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Napoli, 2020 e di B. Caravita, (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, 2021. È significativo notare che meno di vent'anni prima, a testimonianza di un andamento in qualche misura pendolare che la nostra Corte,

sistema da parte della Corte conosce anche ulteriori manifestazioni: basti pensare all'orientamento relativo all'utilizzo della Carta europea dei diritti fondamentali e alla pratica del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte della Corte costituzionale. Le declinazioni del ri-accentramento possano essere varie. Da una parte si può ragionare di un “*aumento di poteri in capo alla Corte costituzionale nell'esercizio delle proprie funzioni, con conseguente ampliamento della sua incidenza nel sistema*”; dall'altra parte il ri-accentramento ha anche un significato più tecnico rinviando ai modelli di giustizia costituzionale soprattutto con riguardo al riparto di compiti tra giudici e Corte costituzionale⁵³.

Non è escludere che “vi possano essere anche ulteriori direttrici lungo le quali cogliere le direzioni di sviluppo di questo processo, a seconda che di esso si vogliano valorizzare, di volta in volta e secondo un gradiente progressivo di generalità, gli aspetti più direttamente attinenti al processo costituzionale (ad es. la crescente propensione della Corte a entrare nel merito delle questioni, limitando così le pronunce di inammissibilità), all'aumentare dell'efficacia conformativa delle sue decisioni, al di là dell'alternativa rigetto/accoglimento (moniti, sentenze manipolative, differimento degli effetti temporali) e, da ultimo, al tentativo di attribuire alla sua azione complessiva un grado più alto possibile di legittimazione (si pensi, su questo fronte, alle più recenti modifiche delle norme integrative e all'apertura del giudizio di costituzionalità agli apporti degli *amici curiae* e degli esperti)”⁵⁴. Tutto ciò lascia intendere la molteplicità dei profili dai quali un sistema di giustizia costituzionale può essere riguardato, secondo molteplici angoli prospettici

Si può osservare che diverse delle evoluzioni che il nostro sistema ha registrato conducono a enfatizzare la natura accentrata del nostro sistema di controllo di costituzionalità delle leggi. Almeno in questo momento, storico si può ben dire che la Corte costituzionale ha ri-guadagnato spazi che in qualche misura aveva perso. Il modello di giustizia costituzionale *quo utimur* sembra essere dunque coerente con i postulati del sistema kelseniano, per definizione accentrato: è una considerazione che va svolta sempre *rebus sic stantibus*, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza, dato, questo, da cui non si può ovviamente prescindere in sede di ricostruzione di un “modello” che non è mai connotato da stabilità ma che è sempre *in divenire*⁵⁵. Sembra poi difficile non riconoscere che a tale ri-accentramento del sindacato di costituzionalità corrisponda anche un maggiore peso della Corte nel nostro sistema complessivo, potendo la Corte pronunciarsi su questioni che per l'innanzi venivano decise da altri livelli di giurisdizione e potendo ora la Corte dialogare anche direttamente con la Corte di giustizia, secondo un auspicio del resto diffuso in dottrina⁵⁶.

La ricognizione dei profili di interesse del pensiero kelseniano in tema di giustizia costituzionale è certamente parziale. In questa sede ci si è limitati a rimarcare come la riflessione del grande giurista in materia si offra allo studioso contemporaneo come uno straordinario laboratorio che rimanda ad una gamma molto ampia di ipotesi, di proposte e di suggestioni che ancora oggi sono essenziali per sviluppare un discorso sulla giustizia costituzionale, sulle sue radici e sulle sue prospettive⁵⁷.

Oltre alle considerazioni appena svolte si può constatare come il pensiero degli Autori del passato risulti talvolta molto più ricco e sfaccettato di quanto non lasci trapelare la dottrina giuridica. Le

come del resto altri organi di giustizia costituzionale, esibisce, era stato pubblicato un volume di E. MALFATTI, R. ROMBOLI, G. ROSSI, dal titolo: *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Torino, 2002.

⁵³ Così R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, in G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit., 2.

⁵⁴ G. REPETTO, *Il giudizio accentrato di costituzionalità in Italia e le sue (reali o supposte) matrici kelseniane*, cit., 182.

⁵⁵ Si tratta di un approccio sotteso al contributo di G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, spec. 307 ss.

⁵⁶ Sul “dialogo” tra le Corti, non si può non rinviare ad A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Il diritto dell'unione europea*, 2007, 3, 734 ss. Con prospettiva più ampia cfr. anche il contributo di G. de VERGOTTINI, *Oltre al dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010.

⁵⁷ Del pensiero di Kelsen, del resto, si è tenuto conto, da parte di un'acuta dottrina, quando ci si è cimentati nel tentativo di andare alla radice dei fondamenti del nostro sistema di giustizia costituzionale e della legittimazione della Corte costituzionale: il riferimento è a C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., spec. 131 ss.

ricostruzioni degli studiosi, in altre parole, sono a volte parziali, ad esempio perché limitate ad un certo istituto o ad un segmento di esso, o condizionate da una certa prospettiva. Riprendere la riflessione kelseniana sulla giustizia costituzionale nel suo insieme ci consegna anche indicazioni di metodo molto rilevanti. Nel saggio in esame si intrecciano tanti fili rossi del diritto costituzionale. Se l'*incipit* del contributo muove da un quadro storico, legato alla evoluzione delle forme di governo, nel corso del lavoro l'attenzione alle fonti del diritto è costante e prodiga di indicazioni dense di significato. Una spiccata attenzione è dedicata al diritto sovranazionale, con un approccio che certamente anticipa alcune tendenze sistemiche che troveranno accoglimento solo con il passare del tempo. Molto stimolanti si rivelano anche i passaggi che coinvolgono profili di teoria generale del diritto, come ad esempio l'interpretazione del diritto, il contenuto delle Costituzioni, la qualificazione degli atti giuridici. La giustizia costituzionale, infine, non viene certo ridotta ad illustrazione di *un* modello, ma viene fatta oggetto di una riflessione a tutto tondo, che ne svela potenzialità e limiti, illuminandone l'intima funzione, profondamente legata alla soddisfazione di istanze di garanzia. Nella cornice della giustizia costituzionale trapela una spiccata sensibilità nei confronti di dati "di sistema", in particolare relativi ai confini del sindacato di costituzionalità delle leggi e alle problematiche interazioni tra sistemi di giustizia costituzionale e potere legislativo. Nel contesto di questo approccio, gli spunti di innovazione, tesi appunto non solo a illuminare i problemi, ma a fornire ipotesi di soluzioni, costituiscono un tratto caratteristico dell'esposizione kelseniana, di modo che il saggio rivela la sua utilità e attualità, oltre che in chiave conoscitiva, in una prospettiva di evoluzione e sviluppo dei modelli di giustizia costituzionale *de jure condendo*.