

# LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

*Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*

TOMO II

SILVIA BAGNI  
GIOVANNI A. FIGUEROA MEJÍA  
GIORGIA PAVANI  
*Coordinadores*



UANL  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

FACDYC  
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



**tirant lo blanch**

Ciudad de México, 2017

Copyright © 2017

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)

Esta obra ha sido publicada con la contribución financiera de: Accademia Olimpica italiana; Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Verona, Italia; Universidad Anáhuac Xalapa, Veracruz; Universidad Autónoma de Nuevo León; Universidad Vizcaya de las Américas; Universidad Libre, Colombia.

© AA.VV.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH  
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
Río Tiber 66, Piso 4  
Colonia Cuauhtémoc  
Delegación Cuauhtémoc  
CP 06500 Ciudad de México  
Telf: (55) 65502317  
[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)  
[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)  
[www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-9143-613-3  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

# *Un “dialogo” possibile? Riflessioni comparative sulla dialettica corti-legislatore nella prospettiva della giurisdizione costituzionale “mutilata” della Norvegia\**

**Francesco PALERMO**  
**Matteo NICOLINI**

SOMMARIO: I. *Introduzione.* II. *La comparazione giuridica come metodologia per un’indagine sul ‘dialogo’ tra corti e legislatori.* III. *Perché sono inevitabili le tensioni tra corti e legislatori?* IV. *Non-maggioritario o anti-maggioritario? Fisiologia ed eccezionalità dei rapporti tra corti e legislatori.* V. *Il caso norvegese. Un controllo di costituzionalità limitato e deferente...* VI. *...e le sue 10 particolarità.* VII. *Il rapporto tra corti e legislatore. Scontro con vincitori e vinti o dialogo sulla fiducia? Spunti dal caso norvegese per la riflessione comparata.*

## **I. INTRODUZIONE**

Tra i numerosi settori nei quali la produzione scientifica di Lucio Pegoraro appare cospicua e innovativa possono certamente annoverarsi il metodo nella comparazione giuridica<sup>1</sup> e la giustizia costituzionale<sup>2</sup>.

---

\* Pur nella concezione e redazione comune, i paragrafi 1-4 sono da attribuire a Matteo Nicolini e i paragrafi 5-7 a Francesco Palermo. Si ringrazia Federica Cristani per il prezioso ausilio nella ricerca bibliografica.

<sup>1</sup> Alla metodologia della comparazione nel diritto pubblico Cfr. *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Padova, 2002 (con A. Rinella); *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, 2007 (con A. Rinella); *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Roma, 2009; *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Querétaro, 2011; *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padova, 2013 (con A. Rinella); *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014. Fra gli articoli e i capitoli di libro Cfr., almeno, “El método en el Derecho constitucional: la perspectiva desde el Derecho comparado”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 112, 2001, pp. 9 ss.; “Las funciones subsidiarias de la comparación en el estudio de los ordenamientos federales

Per quanto si tratti di settori autorevolmente coltivati dallo studioso che qui si onora, v'è la certezza —conoscendolo personalmente— che egli apprezzi ulteriori contributi utili al progredire della scienza comparatistica e all'approfondimento degli ambiti ricerca indicati<sup>3</sup>. Questo è

---

y del gobierno local”, *Revista de Estudios Políticos*, 2002, pp. 35 ss.; “Derecho constitucional y método comparativo”, in Serna de la Garza, J. M. (coord.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México D.F., 2005, pp. 69 ss.; “A justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo”, in Almeida Filho, A. e Bilac Moreira Pinto Filho, F. (coord.), *Constitucionalismo e Estado*, Rio de Janeiro, 2007, pp. 430 ss.; “Classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale e nomen della materia di studio”, in Ferrer Mac-Gregor, E., *Diritto processuale costituzionale. L'origine scientifica (1928-1956)*, Bologna, 2010, p. 11 ss.; “Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato”, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2013*, Napoli, 2013, pp. 305 ss.

<sup>2</sup> Della produzione scientifica in materia di giustizia costituzionale comparata v., quanto meno, le monografie *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987; *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998; *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, 2006; *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007; *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, 2015. Fra i capitoli di libro e gli articoli *Cfr.*, fra i molti, “Lavori preparatori della legge e sindacato di costituzionalità”, *Giur. cost.*, 1988, pp. 1441 ss.; “I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato”, in Romboli, R. (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, pp. 185 ss.; “Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali”, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, pp. 411 ss.; “Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución, in Pensamiento Constitucional”, *Revista de las Cortes Generales*, 1999, p. 7 ss.; “Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification”, *The Journal of Comparative Law*, 2009, p. 39 ss.; “Judges and professors: the influence of the doctrine on the constitutional courts' decisions”, in Fairgrieve, D. (ed.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015, pp. 329 ss.

<sup>3</sup> Si tratta di un insegnamento coerente con la finalità primaria della comparazione (la conoscenza), intesa come “scienza critica” dotata di “finalità conoscitive autonome” (*Cfr.*, rispettivamente, Somma, A., *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, p. 45 e Pegoraro, L. e Rinella, A., *Diritto pubblico comparato*, cit., p. 23). *Cfr.* altresì Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 13; Zweigert, K., e Kötz, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band 1, *Grundlagen*, Tübingen, 1996, p. 14; Pegoraro, L., “The Comparative Method and

il tratto che maggiormente contraddistingue lo studioso mosso da *curiositas*, aperto al confronto e allo scambio dialettico. E ciò tanto più vero ove si guardi ai temi rispetto ai quali la sua autorità è incontrastata — cosa che, molte volte, genera l'impressione che non vi sia più alcunché da ricercare e indagare, essendo ogni riflessione già compiutamente formulata e consegnata alla comunità scientifica.

Pur circondati da queste cautele, la scrittura di ogni nuovo contributo —sollecitata da Lucio Pegoraro— sottrae il ricercatore dalle secche nelle quali egli potrebbe arenarsi in forza dell'applicazione del principio di autorità, e lo spinge ad approfondire un angolo, complessivamente ancora poco illuminato, nell'ambito del perenne ‘dialogo’ tra giustizia costituzionale e potere legislativo.

È, quella che si propone, una ricerca che muta la prospettiva dalla quale detto dialogo è solitamente riguardato. Essa muove da un'esperienza ‘monca’ —per così dire— di giustizia costituzionale: quella norvegese, solitamente inscritta entro il più generale modello nordico<sup>4</sup>. Di qui verifica se il metodo applicato nella comparazione giuridica consenta di sviluppare riflessioni sistemiche, traendone valutazioni di ordine generale.

---

Constitutional Legal Science: New Trends”, in Mordechai Rabello, A. e Zanotti, A. (eds.), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Milano, 2001, p. 117 e p. 126.

<sup>4</sup> Cfr., tra gli altri, in lingua italiana, Duranti, F., “La giustizia costituzionale in Scandinavia: origini ed evoluzioni recenti”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, pp. 505 ss.; Id., “Giustizia costituzionale e comparazione nei paesi nordici”, in Ferrari, G. F. e Gambaro, A. (cur.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006, pp. 515 ss.; Id., *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Torino, 2009, pp. 137 ss.; Cardinale, V., “Il costituzionalismo norvegese e l'evoluzione del *judicial review of legislation*”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, pp. 1971 ss.; Ferioli, E., “La giustizia costituzionale in Norvegia”, in Mezzetti, L. (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2011, II, pp. 101 ss.; Bianchi, P., “Gli ordinamenti scandinavi”, in Carrozza, P. et al. (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, I, pp. 362 ss.; Pegoraro, L., *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli, cit.*, pp. 72-73. La proposta di edificazione di un modello nordico di giustizia costituzionale è in Duranti, F., “Gli ordinamenti costituzionali nordici”, *cit.*, pp. 149 ss.

Ciò, perché lo studio delle interazioni e dei possibili (e inevitabili) conflitti tra corti e legislatore può interessare i profili più variegati dei sistemi di giustizia costituzionale. Questi spaziano dalla risoluzione di conflitti sull'elezione e sulla composizione delle assemblee parlamentari alle decisioni sulla verifica dei poteri, sulle immunità e sulle cause di ineleggibilità e incompatibilità dei loro membri, fino alla complessa questione della c.d. *autodichia* (o giustizia domestica) e degli *interna corporis acta*<sup>5</sup>; dall'esame della legittimità costituzionale delle leggi e degli

---

<sup>5</sup> Sulla composizione delle assemblee parlamentari Cfr. Corte cost. sudafricana, *Ex-parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (4) SA 744 (CC). La decisione è richiamata dalla *High Court of Malawi* nella decisione *In the Matter of the Question of the Crossing the Floor by Members of the National Assembly* relativa all'*anti-defection clause* di cui all'art. 65, c. 1, cost. Presidential Reference Appeal No. 44 of 2006 [2007] MWSC 1, pubblicata sul *Commonwealth Law Bulletin*, 34(2), pp. 479 ss. Sulle problematiche poste dall'autodichia Cfr. Corte cost. italiana, sentt. 154/1985 e 120/2014, che si riconnettono alla più ampia problematica dell'insindacabilità degli *interna corporis acta*. Già con la sent. 9/1959, il giudice costituzionale aveva ritenuto che le deliberazioni delle Camere — a maggior ragione, le delibere legislative e le attività *materialmente* giurisdizionali che, come l'autodichia, sostanziano forme d'indipendenza garantita rispetto ad altri organi costituzionali— rientrassero tra gli *interna corporis acta* e non fossero suscettibili di impugnativa, in deroga al principio generale che rende *justiciable* la Costituzione a fronte dell'attività dei pubblici poteri. Cfr. Romano, S., "Sulla natura dei regolamenti delle camere parlamentari", in *Scritti minori*, raccolti e pubblicati a cura di Zanobini, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, I, pp. 213 ss.; Barile, P., "Il crollo di un antico feticcio (gli *interna corporis*) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza", *Giur. cost.*, 1959, pp. 240 ss.; Cicconetti, S.M., *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato*, Padova, 1979; Lupo, N., "I tradimenti delle "promesse" sulla sindacabilità del procedimento legislativo contenute nella sentenza n. 9 del 1959 della Corte costituzionale", in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Decisione conflitti controlli: procedure costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2012, pp. 141y ss.; Buonomo, G., "Il diritto pretorio sull'autodichia, resistenze e desistenze", *www.forumcostituzionale.it*, 2014, pp. 1 ss.

atti a questa equiparati<sup>6</sup> all’interpretazione delle stesse<sup>7</sup>; dalla tutela, all’*enforcement* e alla limitazione dei diritti<sup>8</sup>, ecc.

<sup>6</sup> Cfr. Pegoraro, L., *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi, cit.*, pp. 15 ss. In prospettiva storica v. Corwin, E.S., “The Establishment of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, 9, 1910-1911, pp. 102 ss. e Corwin, E.S., “*Marbury v. Madison*” and the Doctrine of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, 12, 1913-1914, pp. 538 ss.; Haines, Ch.G., “Judicial Review of Legislation in Canada”, *Harvard Law Review*, 28(6), pp. 565 ss.; Warren, Ch., “Earliest Cases of Judicial Review of State Legislation by Federal Courts”, *The Yale Law Journal*, 32(1), 1922, pp. 15 ss.; Smith, E., “The legitimacy of judicial review of legislation — a comparative perspective”, in Smith, E. (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague, 1995, pp. 363 ss.; Tushnet, M., “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights And Democracy-Based Worries”, *Wake Forest Law Review*, 38, 2003, pp. 813 ss.; Tremblay, L.B., “General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(4), 2003, pp. 525 ss.; Comella, V. F., *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, New Haven (CT), 2009; Stone, A., “Democratic Objections to Structural Judicial Review and the Judicial Role in Constitutional Law”, *The University of Toronto Law Journal*, 60(1), 2010, pp. 109 ss.

<sup>7</sup> di Manno, T., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie*, Paris, 1997; Panzera, C., *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013; Posner, R. A., “Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution”, *Case Western Reserve Law Review*, 37(2), 1986-1987, pp. 179 ss.; Lee, R. E., “Perspective on the authoritativeness of Supreme Court Decisions: The Provinces of Constitutional Interpretation”, *Tulane Law Review*, 61, 1987, p. 1009. Per un recente, interessante caso di conflitto sull’interpretazione legislativa negli Stati Uniti Cfr. *America Broadcasting Cos., Inc. et al. v. Aereo, Inc., Fka Bamboom Labs, Inc.*, 573 U.S. (2014). In Australia la sovrapposizione tra interpretazione legislativa e costituzionale deriva dall’approccio testuale della Corte suprema: Cfr. Selway, B. e Williams, J. M., “The High Court and Australian Federalism”, *Publius*, vol. 35, n. 3, 2005, p. 479, in *Amalgamated Society of Engineers v. Adelaide Steamship Co Ltd* [1920] HCA 54: (1920) 28 CLR 129 (31 August 1920) “the High Court [...] affirmed that the Australian Constitution was to be interpreted as a statute conferring legislative power”. Detto approccio testuale è definita “orthodox methodology for constitutional adjudication in Australia” (Saunders, C., *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, Oxford and Portland (OR), 2010, p. 80); e le Corti sono “textualists” dal momento che interpretano il testo come se fosse uno *statute* — “albeit a statute of a specialized kind” (Selway, B. e Williams, J. M., *The High Court, cit.*, p. 475).

<sup>8</sup> L’ordinamento costituzionale può, infatti, non distinguere “le situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate dagli altri diritti soggettivi” — con

## II. LA COMPARAZIONE GIURIDICA COME METODOLOGIA PER UN'INDAGINE SUL 'DIALOGO' TRA CORTI E LEGISLATORI

Volendo limitarci al controllo di legittimità costituzionale delle leggi, l'analisi dei rapporti tra giustizia costituzionale e legislatore richiede di essere ulteriormente precisato.

La genesi della giustizia costituzionale, sia nella sua variante statunitense, sia in quella europea continentale<sup>9</sup>, va ricercata nella funzione di

---

la conseguenza che “per ottenere giustizia, anche dal punto di vista costituzionale”, ci si dovrà rivolgere “all’organo giurisdizionale di volta in volta competente secondo le *normali* regole processuali”. Così Pace, A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, 1990, p. 190, che ricorda come in altri ordinamenti (quali Germania e Spagna) alla tutela dei diritti concorrano gli stessi organi di giustizia costituzionale: “la *Verfassungsbeschwerde* e ... il *Recurso de amparo*” affidano al giudice costituzionale i casi di “supposta violazione di un diritto costituzionale”, *cit.*, p. 190. Sulle ragioni che hanno indotto il Costituente spagnolo a introdurre il *Recurso de amparo constitucional* Cfr. Caamaño Domínguez, F. *et al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, 2000, p. 123. *Contra* Cfr. Cruz Villalón, P., “Sobre el amparo”, in *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, *cit.*, Madrid, 2006, pp. 465 s., per il quale nell’ordinamento spagnolo “el garante de los derechos fundamentales... es también, ante todo, el juez ordinario predeterminado por la ley”.

L’*enforcement* delle pronunce, specie in materia di diritti, è un campo di grande problematicità. Si pensi per tutti alla dinamica della desegregazione razziale negli Stati Uniti e alla crisi degli anni 1957-58, quando fu necessario l’invio dell’esercito in alcuni Stati del sud per dare attuazione alla dottrina elaborate in *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954): Tushnet, M., *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis*, Oxford and Portland, OR, 2009, p. 138. Quanto alla limitazione dei diritti, si ricordino i numerosi conflitti originati in Canada dalla *override clause* (sez. 33 *Constitution Act*, 1982). Cfr. Weiler, P., “Of Judges and Rights, Or Should Canada Have a Constitutional Bill of Rights?”, *Dalhousie Review*, 60, 1980, pp. 205 ss.; Weinrib, L., “Living with the Override”, *McGill Law Journal*, 35, 1990, pp. 541 ss. In italiano v. Telese, G., “Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada”, in Rolla, G. (cur.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, Milano, 2000, pp. 83 ss.

<sup>9</sup> Sul conformismo dei giuristi nel ricorso alla ‘dicotomia’ dei modelli (diffuso e concentrato) e sulla necessità della loro decostruzione Cfr. Pegoraro, L., *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli*, *cit.*, pp. 57 ss. Sul modello diffuso v.

garanzia della gerarchia delle fonti e dell’affermazione del primato del diritto nella sua valenza originaria, come strumento di prevenzione e composizione di conflitti tra legislatori di diversi livelli di governo.

Non è un caso che proprio il metodo nella comparazione giuridica —cui è intrinseca una certa dose di *sovversione*<sup>10</sup>— conduca a riflettere sullo stesso ordinamento statunitense e a offrire nuove interpretazioni del modello di controllo di costituzionalità là esercitato. Ne viene un mutamento interno allo stesso modello di *justiciability* statunitense quanto alla risoluzione dei conflitti (in primo luogo, da atti legislativi) tra Federazione e Stati membri.

Gli Stati Uniti qui rilevano non tanto (e non solo) perché prototipo del controllo diffuso; quanto (e soprattutto) per essere un ordinamento che coltiva, sin dalla sua origine, meccanismi di *judicial review* a carattere concentrato per la risoluzione di *federal constitutional disputes*<sup>11</sup>. La formulazione dell’art. III, sez. 1, c. 2, cost. è chiara quando si riferisce a “controversies between two or more States” e stabilisce che “In all Cases [...] in which a State shall be Party, the Supreme Court shall have original Jurisdiction”. “Come d’altronde è opinione non nuova nella stessa dottrina americana” —ricorda Lucio Pegoraro—, “è evidente che Madison e Hamilton avevano in mente una sola cosa: un controllo accentrato in mano alla Corte suprema” per tali tipologie di conflitti<sup>12</sup>.

Non può negarsi, pertanto, che i *framers* assumessero come accentrato la *judicial review for federal disputes*: lo prova la circostanza per cui dette

---

Tribe, L.H., *American Constitutional Law*, New York, 2000, pp. 207 ss. Sulla tradizione kelseniana v. Kelsen, H., “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 5, 1929, pp. 48 ss. Cfr. anche Gamper, A. e Palermo, F., “The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review”, *Journal of Comparative Law*, 3, 2008, pp. 64 ss.; Bezembek, C., “A Kelsenian model of constitutional adjudication”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 67(1), 2012, pp. 115 ss.

<sup>10</sup> Cfr. Muir Watt, H., “Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide”, Monateri, P.G. (ed.), *Methods of Comparative Law*, (ed.), Cheltenham-Northampton, 2012, p. 270.

<sup>11</sup> Tribe, L.H., *American Constitutional Law*, cit., pp. 207 ss.

<sup>12</sup> Pegoraro, L., *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli*, cit., p. 130.

controversie non pervengono alla Corte Suprema *by appeal*<sup>13</sup>; lo ribadisce la circostanza che il modello di *adjudication* non è un controllo di tipo astratto, bensì concreto, posto che esso è mezzo di risoluzione delle controversie generato dalle dinamiche del *federalizing process* statunitense<sup>14</sup>; lo conferma la circolazione di detta modalità accentrata di controllo presso altri ordinamenti tradizionalmente qualificati a controllo diffuso<sup>15</sup>.

L'ambito di analisi delle possibili interazioni (e conflitti) tra corti e legislatori è, poi, amplissimo anche restando nell'ambito del tradizionale controllo di costituzionalità delle leggi. Non ci si può che limitare a un'analisi selettiva e limitata di casi, particolarmente problematici e significativi, di tali interazioni, quali emergono dalle pronunce rese dagli organi delle giurisdizioni costituzionali —o dall'equivalente funzionale nei sistemi diffusi, le *supreme courts ruling in constitutional disputes*—, e dai conflitti interpretativi che sorgono tra queste e i parlamenti nazionali nel seguito legislativo di dette pronunce. Si tratta di un problema che, come ben evidenzia Mark Tushnet, si dà

“When Congress enacts a statute that, on one reasonable interpretation of the Constitution —Congress’s interpretation— is perfectly constitutional, and that, on another reasonable interpretation —the Court’s— is unconstitutional. Neither the supremacy clause nor the

---

<sup>13</sup> La Corte, cioè, dirime le controversie “between the States via its power to hear cases of original jurisdiction. Here, the States may petition the Court directly, as the Court alone may provide a remedy in cases involving disputes between them” (Punia, Ch., “Kansas v. Nebraska & Colorado: Keeping Equity Afloat in the Republican River Dispute”, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy Sidebar*, 10, 2014, pp. 1 ss.).

<sup>14</sup> Un corpus ‘lascito’, dunque, della natura aggregativa dell’ordinamento federale, in grado di supportarne la *constitutional interpretation*. Cfr. Corte Suprema USA, *North Dakota v. Minnesota*, 263 U.S. 365 (1923), p. 372: “the jurisdiction and procedure of this Court in controversies between states of the Union differ from those which it pursues in suits between private parties. This grows out of the history of the creation of the power, in that it was conferred by the Constitution as a substitute for the diplomatic settlement of controversies between sovereigns and a possible resort to force. The jurisdiction is therefore limited generally to disputes which, between states entirely independent, might be properly the subject of diplomatic adjustment”. Da ultimo v. Corte Suprema USA, *State of Kansas, Plaintiff v. States of Nebraska and Colorado*, 570 U.S. (2015).

<sup>15</sup> Cfr., ad es., l’art. 102 cost. brasiliana; gli artt. 131, 132 e 134 cost. indiana.

idea of a constitution superior to ordinary law [...] tells us which reasonable view ought to prevail, and there are reasons grounded in democratic theory for thinking that Congress’s should<sup>16</sup>.”

Il pendolo si trova così a oscillare tra due diverse possibili interpretazioni della Costituzione, entrambe comunque ragionevoli. Da un lato sta il potere legislativo che, nell’approvare le leggi, non può che ritenerle in conformità alla costituzione<sup>17</sup> —e tale interpretazione è, seppur di forma mediata, collegata alla sovranità popolare attraverso il circuito democratico-rappresentativo. Dall’altro lato, la *constitutional interpretation* formulata dagli organi di giustizia costituzionale è venuta ad acquisire una propria superiorità normativa —per quanto gli organi indicati siano dotati di legittimità che è di qualità differente rispetto a quella delle assemblee democraticamente elette. Il che ha dalla propria parte due solidi argomenti: la necessità che le corti operino ‘a chiusura’ del sistema costituzionale; l’irragionevolezza intrinseca di forme di controllo che siano esercitate —e si esauriscano— nello stesso circuito e presso la fonte (democratico-elettiva) di legittimazione delle assemblee rappresentative (il controllo del corpo elettorale attivato nelle forme della *responsabilità* politica, degli istituti di democrazia semidiretta, dei controlli politici interni alle assemblee elette)<sup>18</sup>. Pertanto, com’è stato affermato, l’interpretazione costituzionale delle Corti viene a indentificarsi con le norme ricavabili dalla costituzione in via d’interpretazione e finisce per sovrapporsi a questa<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Tushnet, M., *The Constitution, cit.*, p. 136.

<sup>17</sup> Cfr., sul punto, Letelier Wartenberg, R., “Qual è l’efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d’incostituzionalità per opera delle Corti costituzionali?”, in Butturini, D. e Nicolini, M. (cur.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Napoli, 2014, pp. 105 ss.

<sup>18</sup> Da ultimo v. Pegoraro, L., *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli, cit.*, pp. 39 ss. La democrazia semidiretta è espressione qui utilizzata nell’accezione di Castellà Andreu, J.M., “La participación y la representación políticas en la Constitución española”, in Aparicio Pérez, M. e Barceló i Serramalera, M. (eds.), *Manual de Derecho constitucional*, Barcelona, 2012, p. 152: sono strumenti costituzionalmente stabiliti di disciplina della partecipazione dei cittadini in talune delle fasi procedimentali che scandiscono i procedimenti decisionali.

<sup>19</sup> È nota l’affermazione dell’allora *Chief Justice* della Corte suprema statunitense Charles Evans Hughes, *Addresses*, New York, 1908, p. 139, per cui “we are under

Entro tale cornice si genera il rapporto di tensione col legislatore, generalmente definito ‘dialogo’<sup>20</sup>: si registrano poi nella giurisprudenza costituzionale, a seconda dei contesti, dei periodi, degli ordinamenti, fasi di prevalenza di approcci interpretativi orientati all’attivismo giudiziario, al *self-restraint* o alla deferenza nei confronti del legislatore, con la conseguenza che “la giurisdizione lascia campo libero alla politica” e “il controllo esercitato [...] resta giurisdizionale, ma appare meno pieno”<sup>21</sup>.

Anche la terminologia utilizzata è indicativa, poiché il dialogo ha sempre la medesima direzione (corti-legislatore) e non muta di verso (*dal legislatore alle corti*); ed è, in qualche misura, espressiva del retaggio del privilegio del legislatore in omaggio a una teoria formale che considera tuttora la giustizia costituzionale una —per quanto necessaria— eccezione rispetto al modello tradizionale di divisione dei poteri<sup>22</sup>.

---

a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”.

<sup>20</sup> Per il quadro teorico v. Hogg, P.W. e Bushell, A., “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Journal*, 35(1), 1997, pp. 75 ss.; Hogg, P.W. *et al.*, “Charter Dialogue Revisited: Or “Much Ado About Metaphors””, *Osgoode Hall Law Journal*, 45(1), 2007, pp. 1 ss. Diverse corti hanno impiegato il termine *judicial dialogue* a partire dalla Corte Suprema canadese: *Cfr.*, ad es., *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.* [1999] 2 S.C.R. 3; *Corbière v. Canada (Minister of Indian & Northern Affairs)* (1999) 2 S.C.R. 203; *R. v. Mills* [1999] 3 S.C.R. 668; *Little Sister Book & Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* (2000) 2 S.C.R. 1120; *R. v. Hall* (2002) 3 S.C.R. 309. La terminologia si è diffusa anche in Europa, con particolare riferimento tuttavia al “dialogo” tra corti nazionali e corti sovranazionali: *Cfr.* Martinico, G. e Pollicino, O., *The Interaction between Europe’s Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, 2012. Una ricostruzione teorica delle forme di *judicial dialogue* è in Tremblay, L.B., “The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures”, *International Journal of Constitutional Law*, 3(4), 2005, pp. 617 ss. Sull’utilità e sull’idoneità prescrittiva del dialogo e delle categorie proposte da Tremblay (*dialogue as conversation* e *dialogue as deliberation*) v. Claes, M. e de Visser, M., “Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks”, *Utrecht Law Review*, 8(2), 2012, pp. 102 ss.

<sup>21</sup> Pegoraro, L., *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, *cit.*, pp. 208-209.

<sup>22</sup> Ricorda (a proposito del *judicial restraint*) Brest, P., “The Conscientious Legislator’s Guide to Constitutional Interpretation”, *Stanford Law Review*, 27(3), 1975,

### III. PERCHÉ SONO INEVITABILI LE TENSIONI TRA CORTI E LEGISLATORI?

Il controllo di costituzionalità realizza pienamente la nozione giuridica (e moderna) di costituzione<sup>23</sup>; ne assicura l’effettiva supremazia rispetto alla legislazione ordinaria e, dunque, rispetto alla volontà politica espressa dalle assemblee legislative elettive<sup>24</sup>.

Vuoi per ragioni teoriche (la presunzione di eccezionalità della giustizia costituzionale), vuoi per ragioni operative di bilanciamento all’interno dei diversi ordinamenti, i problemi di coordinamento tra corti e legislatori sono inevitabili, così come inevitabile è la predisposizione di congegni normativi e di tecniche di giudizio volte alla composizione di detti problemi. Non a caso detti congegni e tecniche sono coerenti con l’impostazione kelseniana che vuole l’organo di giustizia costituzionale *legislatore negativo* —e, come tale, volto a contenerne un *judicial activism*<sup>25</sup>— destinato a pronunciare decisioni che mirano all’espulsione, manipolazione, reinterpretazione e sostituzione di altre decisioni —quelle assunte dal corpo dei rappresentanti democraticamente eletti.

Lungi dall’incarnare una patologia del sistema, le tensioni tra corti e legislatori sono parte della fisiologia di quello: non è, infatti, l’organo di giustizia costituzionale un organo abilitato, secondo concetto e *secundum constitutionem*, a incidere sugli esiti giuridici delle attività delle assemblee rappresentative?<sup>26</sup>.

---

p. 586 che “none of [the] considerations suggests that the legislature should exercise restraint in assessing the constitutionality of its own product”.

<sup>23</sup> Sulla giustizia costituzionale come presidio del concetto moderno di costituzione Cfr. Pedrazza Gorlero, M., “Dalla Costituzione al diritto costituzionale”, *Diritto pubblico*, 2001, pp. 391 ss.

<sup>24</sup> Cfr. Cappelletti, M. e Adams, J.C., “Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations”, *Harvard Law Review*, 79(6), 1966, pp. 1207 ss.; Smith II, G.P., “Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics of The Past, Guidelines For The Present-Judicial Review In Transition?” *The University of Puget Sound Law Review*, 2, 1979, p. 261.

<sup>25</sup> Smith, E., “Constitutional courts as positive legislators”, in Brewer-Carías, A.R. (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, Cambridge, 2012, pp. 693-700.

<sup>26</sup> Sul punto v. la fondamentale opera di Bickel, A.M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, 1962.

Ogni ordinamento ha pertanto sviluppato strumenti per rendere compatibile il controllo di costituzionalità con il primato del legislatore, dalla disciplina delle interazioni (il modello prevalente) al c.d. costituzionalismo debole tipico di alcune tradizioni di common law come il Regno Unito o la Nuova Zelanda<sup>27</sup>, fino alla *preferred-right doctrine*<sup>28</sup>, come nel caso della costituzione norvegese, su cui ci si soffermerà<sup>29</sup>.

Pur nella varietà delle formule tecniche adottate nella disciplina normativa e delle attitudini delle stesse corti nello svolgimento del controllo di costituzionalità, va notato come, da un lato, sia tratto comune alle diverse esperienze la predisposizione e lo sviluppo di regole formali (di regola ponendo limiti specifici dell'azione delle corti); e come, dall'altro lato, tale disciplina non copra tutte le possibili modalità di interazione, che restano pertanto, in diversi casi, non formalizzate e consegnate a fonti diverse dagli atti normativi, come nel caso francese<sup>30</sup>.

La codificazione delle regole volte a disciplinare le interazioni fra Corti e legislatori possono dividersi in tre principali tipologie. La prima tipologia attiene ai procedimenti di nomina, rimozione e garanzia d'indipendenza dei giudici cui spetta il controllo di costituzionalità. Si tratta, con ogni tutta evidenza, del settore nel quale la disciplina costituzionale e legislativa è più sviluppata, dettagliata e diffusa<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Gardbaum, S., *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, 2013.

<sup>28</sup> Cfr. Bognetti, G., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, *La Costituzione democratica*, 2000, p. 60 ricorda come, a partire dalla decisione *United States v. Carolene Products Co. (No. 640)*, 304 U.S. 144 (1938), la Corte suprema abbia abbandonato l'impostazione che voleva supportate da una "ferma presunzione di costituzionalità" tutte le leggi, preferendone una "controcorrente mirante a scalzare quella presunzione in modo dichiaratamente selettivo", cominciando ad affermare che esiterebbero "libertà privilegiate", quelle democratiche, nonché altri diritti, che l'A. qualifica come "semiprotetti" (*ivi*, p. 67).

<sup>29</sup> Cfr. *infra*, par. V.

<sup>30</sup> Cfr. Drago, G., *Contentieux constitutionnel français*, Paris, 2010, p. 234: "devant l'insuffisance de règles de procédure inscrites dans les textes, les usages et la pratique ont rempli une fonction de complément des règles du contentieux constitutionnel. Ces 'conventions contentieuses' se sont particulièrement développées à partir de la réforme constitutionnel de 1974 ouvrant la possibilité de saisine du Conseil par les parlementaires".

<sup>31</sup> Ciò non impedisce evidentemente al potere politico di procedere a nomine 'politicalmente orientate' né di (tentare di) intervenire modificando le dimen-

Il secondo ambito in cui si rinvencono disposizioni che disciplinano interferenze presenta di natura più puntuale. Le regole sono volte a disciplinare casi specifici di tensione tra corti e legislatori, e contengono disposizioni che prevedono o la possibilità di un ruolo espansivo per le corti o, assai più frequentemente, un principio generale di prevalenza del legislatore. Un esempio del primo tipo si ha nell'ordinamento tedesco in riferimento alle regole per lo scioglimento di partiti politici a seguito della loro dichiarazione di incostituzionalità (art. 21 LF e corrispondenti disposizioni della legge sul Tribunale costituzionale federale)<sup>32</sup>. Esempi del secondo si rinvencono, tra gli altri, negli ordinamenti canadese e portoghese al fine di consentire al legislatore di superare in via espressa ed eccezionale le pronunce giudiziarie<sup>33</sup>, o in quelli di Stati Uniti<sup>34</sup> e Norvegia<sup>35</sup> in tema di divieto di leggi retroattive.

---

sioni e la composizione delle corti (come nel *court-packing*, su cui v. *infra*, par. IV).

<sup>32</sup> Si tratta di procedimenti assai articolati che possono richiedere maggioranze qualificate anche negli organi giudiziari, come appunto nel caso tedesco (Cfr. i paragrafi 43-47 della legge sul Tribunale costituzionale federale). Questa circostanza ha fatto sì che nel 2006, nonostante l'unanimità della richiesta di governo, parlamento federale e *Bundesrat*, e nonostante la maggioranza assoluta di giudici costituzionali ritenesse di doversi procedere alla dichiarazione di illegittimità del partito di estrema destra NPD, a questa non si è potuti giungere per il non raggiungimento della maggioranza qualificata nel competente senato del Tribunale. Cfr. Streinz, R., "Artikel 21", in von Mangoldt, H *et al.* (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz, Band 2: Artikel 20 bis 82*, München, 2010, pp. 346 ss. e Palermo, F., "La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2005-2006", *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, pp. 3973 ss.

<sup>33</sup> Cfr., rispettivamente, la sez. 33 del *Constitution Act*, 1982 e gli artt. 278 e 279 cost. portoghese. Cfr. Letelier Wartenberg, R. e Nicolini, M., "Nulidad y democracia en la justicia constitucional", *Revista de Derecho*, 11, 2004, pp. 90 ss.

<sup>34</sup> Il divieto di *ex post facto laws* è contenuto all'art. I, sez. 9, cl. 3 (*federal bills of attainder*) e all'art. I, sez. 10 (*state bills of attainder*) cost. statunitense. V. Tribe, L., *American Constitutional Law*, pp. 133 ss.

<sup>35</sup> Il divieto di legislazione retroattiva è contenuto all'art. 97 cost. norvegese, ed è su questa disposizione che si fonda la dottrina dei *vested rights*, su cui *infra*. Cfr. Aschehoug, T.H., *Norges nuværende statsforfatning III*, 2. ed., Christiania, 1893, p. 137; Helgadóttir, R., *The Influence of American Theories of Judicial Review on Nordic Constitutional Law*, Leiden-Boston, 2006, p. 36.

Il terzo ambito di disciplina esplicita delle interazioni tra corti e potere legislativo riguarda il più recente fenomeno del controllo sulla revisione costituzionale. Una funzione più spesso affermata in via pretoria ma sempre più frequentemente contenuta anche in espresse previsioni costituzionali e normative<sup>36</sup>, che aggiunge un ulteriore elemento di complessità al rapporto in parola, toccando diversi nervi scoperti del costituzionalismo<sup>37</sup>.

Le tensioni tra corti e legislatore sono dunque non solo inevitabili e costituzionalmente imposte ma indispensabili per lo sviluppo —e la necessaria flessibilità— degli ordinamenti costituzionali. La questione che si pone è dunque non tanto relativa alla necessità di tale conflitto, ma riguarda il confine tra *funzione non maggioritaria* della giustizia costituzionale e *funzione anti-maggioritaria* —dunque, del confine tra funzione fisiologica e patologica del conflitto. In altre parole, il conflitto è inevitabile. Altra cosa è dire se esso sia sempre fisiologico o se, invece, si diano anche conflitti problematici per l'equilibrio costituzionale.

#### IV. NON-MAGGIORITARIO O ANTI-MAGGIORITARIO? FISIOLOGIA ED ECCEZIONALITÀ DEI RAPPORTI TRA CORTI E LEGISLATORI

La comparazione giuridica presenta numerose ipotesi di conflitti tra corti e legislatori, che assai di rado sono stati poi codificati. Questi conflitti sono comprensibili anche in base alla diversità strutturale che ispira il funzionamento dei due poteri: non-maggioritario nel caso delle corti, politico e dunque intrinsecamente maggioritario nel caso delle assemblee legislative<sup>38</sup>. Tuttavia, proprio per essere intrinsecamente chiamate a deliberare la propria volontà-decisione in base al principio di

---

<sup>36</sup> Su cui *amplius* Ragone, S., *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna, 2011.

<sup>37</sup> Ad es., in Sudafrica, Colombia, Ecuador e Bolivia. Cfr. Brewer-Carías, A.R., “Constitutional Courts as Positive Legislators”, in Brown, K.B. e Snyder, D.V. (eds.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/Rapports Généraux du XVIIIème Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Wien, 2012, p. 552.

<sup>38</sup> Zagrebelsky, G., *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2009.

maggioranza, le assemblee legislative spesso avvertono come anti-maggioritario il carattere non-maggioritario delle decisioni giudiziarie —e ciò, soprattutto quando dette decisioni cancellano le decisioni assunte da una maggioranza democraticamente legittimata. Di conseguenza, relazioni fisiologiche assumono non infrequentemente il carattere di tensioni patologiche, che si palesano prevalentemente in due ambiti.

Il primo riguarda ipotesi di controllo di legittimità costituzionale di atti normativi adottati al fine di superare in modo espreso o indiretto precedenti dichiarazioni d’illegittimità costituzionale. Il conflitto si presenta come particolarmente problematico quando i parlamenti superino le decisioni delle corti (ri)approvando con norma di rango costituzionale la disposizione precedentemente dichiarata illegittima. In tali casi l’eventuale ulteriore sindacato delle corti diviene addirittura ‘sovra-maggioritario’: le corti affermano il loro potere (o addirittura dovere) di sottoporre a controllo di costituzionalità qualsiasi atto del potere legislativo, compresi quelli che entrano a far parte della costituzione, in tal modo attribuendosi, in nome della chiusura del sistema e della salvaguardia dei suoi principi supremi, un ruolo che prevale anche rispetto alla volontà politica espressa da maggioranze qualificate —quelle necessarie per la revisione costituzionale.

In diversi ordinamenti le corti hanno affermato tale sindacato. In Austria, ad es., la Corte costituzionale ha il potere di sindacare la compatibilità delle disposizioni costituzionali con i principi costituzionali fondamentali (*Bauprinzipien*), individuati nei principi democratico, federale, dello stato di diritto, della separazione dei poteri e della tutela dei diritti fondamentali<sup>39</sup>; anche in Italia, Germania e Francia, le Corti hanno affermato in via di principio tale potere di sindacato, pur non avendolo finora mai esercitato in concreto<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Corte cost. austriaca, VfSlg 16.327/2001, su cui Lachmayer, K., “Constitutional Courts as “Positive Legislators””, in Brown, K.B. e Snyder, D.V. (eds.), *General Reports, cit.*, pp. 251 ss.; Gamper, A., “The Principle of Homogeneity and Democracy in Austrian Federalism: The Constitutional Court’s Ruling on Direct Democracy in Vorarlberg”, in Bußjäger, P. e Gamper, A. (eds.), *The Homogeneity of Democracy: Rights and the Rule of Law in Federal or Confederal Systems*, Vienna, 2003, pp. 126 ss.

<sup>40</sup> Per l’Italia v. Corte cost., sent. 1146/1988; per la Germania BVerfGE 84, 90 e BVerfGE 109, 279. In Francia, il *Conseil Constitutionnel* ha affermato il proprio

Il secondo ambito di conflitto (patologico) concerne la composizione delle corti, e può manifestarsi in diversi modi. In particolare, gli organi politici possono rimuovere i giudici per garantire “il coordinamento tra potere giudiziario e potere politico”<sup>41</sup>, o possono intervenire sulla composizione delle corti aumentando il numero di giudici, come nei casi di c.d. ‘impacchettamento’ (*court-packing*). Noto è, in particolare, il tentativo annunciato dal Presidente statunitense Roosevelt nel 1937, che intendeva aumentare con legge ordinaria il numero dei giudici della Corte suprema iniettando giudici ‘di fiducia’ al fine di contrastare la giurisprudenza contraria alla legislazione del *new deal*. Non solo il piano fu respinto dal Senato, ma lo stesso giudice Roberts cambiò il proprio orientamento e abbracciò un’interpretazione favorevole alla legislazione federale ‘interventista’<sup>42</sup>. In altri casi, tuttavia, il *court-packing* si è effettivamente realizzato: è il caso dell’Argentina, ove l’iniziativa è stata assunta dal Presidente Menem nel 1990<sup>43</sup>.

In altri Paesi (tra cui la Norvegia), il conflitto si è mantenuto entro confini assai limitati nonostante il fatto (anzi, forse perché) la Norvegia è stato il primo Paese europeo ad ammettere il controllo di costituzionalità

---

potere di sindacato sugli emendamenti costituzionali (dec. 2 settembre 1992, *Maastricht II*, 92-312 DC, *Rec.* 76, § 19), anche se nel 2003 ha superato questa giurisprudenza (dec. 2003-469 DC, *Rec.* 293), ed è dibattuto se il *Conseil* abbia o meno il potere di sindacare la compatibilità di norme costituzionali con i principi fondamentali della costituzione (*normes de la supraconstitutionnalité*), tra cui in particolare il principio della sovranità popolare, che potrebbe rappresentare l’ostacolo per l’esercizio di tale potere. *Cfr.* Drago, G., *Contentieux constitutionnel français*, *cit.*, pp. 330-333.

<sup>41</sup> Negli Stati Uniti ai tempi della Presidenza Jefferson (1800-1804) fu iniziata la procedura di *impeachment* nei confronti del giudice Chase; tuttavia il Senato, nonostante a maggioranza jeffersoniana, non diede corso all’iniziativa. L’episodio diede luogo alla creazione di una convenzione costituzionale secondo la quale l’“*impeachment cannot be used to remove a federal judge simply because of disagreement with the judge’s ruling*” (Tushnet, M., *The Constitution*, *cit.*, p. 142).

<sup>42</sup> Tribe, L., *American Constitutional Law*, *cit.*, p. 14. *Cfr.* altresì Cushman, B., “Rethinking the New Deal Court”, *Virginia Law Review*, 80, 1994, p. 201.

<sup>43</sup> *Cfr.* Chavez, R.B., *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford, CA, 2004, pp. 33 ss.; Helmke, G., *Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, Cambridge, 2005, pp. 87 ss.

delle leggi nel 1822<sup>44</sup>. Non a caso la letteratura ha voluto individuare numerose affinità tra il sistema norvegese di controllo di costituzionalità e quello concretamente praticato negli Stati Uniti a far data, quanto meno dalla decisione *Marbury v. Madison* del 1803. Per un verso, la Costituzione norvegese è della medesima ‘generazione’ di quella statunitense (è, infatti, la più antica costituzione europea scritta e vigente). Per altro verso, e non diversamente da quanto accaduto negli Stati Uniti, anche in Norvegia il controllo di costituzionalità è stato introdotto in via pretoria dalla Corte suprema (*Høyesterett*) —e non si radica, dunque, in una disposizione costituzionale a tal fine approvata dal potere costituente. Non mancano, infine, elementi strutturali del testo costituzionale che rendono accostabili le due esperienze di *judicial review*: come già s’è detto, entrambe appartengono alla medesima generazione —il che giustifica l’esigenza che il testo costituzionale, debba essere presidiato nella sua rigidità e reso *justiciable* nei confronti di tutti i pubblici poteri, in applicazione del canone interpretativo, che pone la Costituzione al vertice del sistema delle fonti normative e ne esalta “la diretta applicabilità giudiziaria”<sup>45</sup>. La *constitutional interpretation* del testo costituzionale non solo esplicita un principio, per quanto ellitticamente formulato, di per sé desumibile dal disposto costituzionale; ma converte la concretezza in una *qualità* del controllo dei due sistemi ‘classici’ a carattere diffuso —quello statunitense e norvegese— e lo estende *per communicationem* all’intero modello nordico<sup>46</sup>.

Il che, se da un lato, trasforma la *concretezza* del controllo assicurato dal carattere incidentale del giudizio di costituzionalità in elemento che integra, accomunando modelli diffusi e concentrati, la comparabilità fra gli uni e gli altri, dall’altro non impedisce uno sviluppo autonomo della giustizia costituzionale norvegese rispetto al modello statunitense e da quello della gran parte dei Paesi europei.

Ciò, perché la peculiarità del sistema norvegese di giustizia costituzionale sta nel bassissimo grado di conflittualità che si è sviluppato col legislatore; e su di questo converrà ora soffermarsi, al fine di trarne in-

---

<sup>44</sup> Cfr. la sent. *Blom v. Aars* (1822) L’impostazione è illustrata in Slagstad, R., “The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System”, in Smith, E. (ed.), *Constitutional Justice*, cit., pp. 81 ss.

<sup>45</sup> Cfr. Duranti, F., “Gli ordinamenti costituzionali nordici”, cit., p. 140.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 139.

formazioni e spunti per valutazioni di natura comparata in relazione al funzionamento di tale ‘dialogo’.

Ed è proprio per tali caratteristiche che la giustizia costituzionale praticata in Norvegia sembra evocare la nozione di *modello*. Non si tratterebbe né di un *Rechtstypus*, né di un *Rechtsideal*<sup>47</sup>, ma di un *modello esemplare*: il modello norvegese come prodotto di un’evoluzione operata negli interstizi del conflitto tra corti e legislatore<sup>48</sup>.

Non che il diritto pubblico comparato non conosca modelli esemplari — tali non sono forse, la forma di governo presidenziale degli Stati Uniti e quella semipresidenziale francese? E non si sono già dati sistemi di giustizia costituzionale — fra tutti, quello statunitense e quello austriaco — i quali, proprio perché ‘esemplari’, sono assurti al rango di modelli e, dunque, a *tertia comparationis*?<sup>49</sup>

## V. IL CASO NORVEGESE. UN CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ LIMITATO E DEFERENTE

Già s’è detto che nella costituzione norvegese (*Grunnlov*), risalente al 1814 e più volte oggetto di revisione costituzionale non è contenuta alcuna disposizione che espressamente istituisca e disciplini il controllo di costituzionalità delle leggi<sup>50</sup>. Tuttavia la *Høyesterett* ha progressivamente affermato

<sup>47</sup> Cfr. Pegoraro, L. e Rinella, A., *Diritto pubblico comparato. Percorsi metodologici*, cit., p. 60. Sui modelli v., fra i molti, Agostini, E., “La circulation des modèles juridiques”, *Rev. int. dr. comparé*, 1990, pp. 461 ss.; Pegoraro, L., “Metodología y modelos para una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transiciones constitucionales)”, in *Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. Arequipa a Septiembre de 2008, I, Arequipa, 2008, p. 10.

<sup>48</sup> Cfr., sul punto, Pegoraro, L., “I rapporti della Corte costituzionale col legislatore...”, cit., p. 185: l’idealtipo (o modello) esemplare viene costruito per astrazione dal modello ‘storico’ — a sua volta ‘esemplare’.

<sup>49</sup> Cfr. Pizzorusso, A., *I sistemi*, cit., p. 521.

<sup>50</sup> Cfr. Smith, E., “Pays Scdinaves”, in Favoreu, L. e Jolowicz, J.A. (dir.), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité e développements récentes*, Paris, 1986, p. 229. Smith, C., “Judicial Review of Parliamentary Legislation: Norway as a European Pioneer”, *Public Law*, 2000, p. 596; Husa, J., “Guarding the Consti-

tale controllo<sup>51</sup> attraverso una serie di pronunce nel corso del XIX secolo<sup>52</sup>, cui sono seguite rare precisazioni in poche ma significative decisioni del XX secolo<sup>53</sup>. Tutte le decisioni in parola assumevano come parametri di costituzionalità poche disposizioni della Costituzione: quelle sullo *status* dei funzionari pubblici (art. 22), sull’espropriazione per pubblica utilità (art. 105), sul principio di non retroattività delle leggi (art. 97)<sup>54</sup>.

L’attivismo della *Høyesterett*<sup>55</sup> è andato così progressivamente scemando nel tempo e si è pressoché esaurito nel corso del XX secolo<sup>56</sup>. Nel

---

tutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective”, *The American Journal of Comparative Law*, 48(3), 2000, p. 357.

<sup>51</sup> Come ricordano Slagstad, R., *The Breakthrough*, *cit.*, p. 91 e Duranti, F., “Gli ordinamenti costituzionali nordici”, *cit.*, p. 141, “i precedenti giurisprudenziali —nel periodo 1820-1860— sono genericamente scarsi, anche in considerazione del fatto che i voti e le opinioni dei giudici della Corte Suprema sono in questa fase (e fino a tutto il 1862) ancora segreti”.

<sup>52</sup> *Cfr.* *Dahl v. Norway* (*Norsk Retstidende-Rt.* 1854: 93); *Lützow v. Norway* (*Rt.* 1863:30); *Wedel-Jarlsberg v. Norway* (*Rt.* 1867:165). In *Dahl*, la questione verteva circa la possibilità per i giudici di avere diritto alla compensazione per perdite risultanti dall’abolizione di determinati tributi. La Corte ritenne che la disposizione che aboliva i tributi violava l’art. 22 cost. (sullo *status* dei funzionari), l’art. 97 cost. (sul divieto di retroattività della legge) e l’art. 107 cost. (diritto d’indennizzo). In *Lützow*, oggetto del contendere era una disposizione della legge sul servizio militare, in forza della quale gli ufficiali di marina erano chiamati a presiedere le commissioni per l’arruolamento senza ricevere un ulteriore compenso. La Corte suprema rigettò il ricorso. In *Wedel-Jarlsberg*, caso analogo a *Lützow*, l’ufficiale di marina ricorrente ottenne ragione e la Corte riconobbe che la prevalenza della Costituzione sulle leggi ordinarie. *Cfr.* Slagstad, R., *The Breakthrough*, *cit.*, pp. 90 ss.; Smith, C., “Judicial Review”, *cit.*, p. 597.

<sup>53</sup> Nel senso che il controllo di costituzionalità sia rimasto dormiente nei decenni successivi al 1930 v. Slagstad, R., *The Breakthrough*, *cit.*, p. 1995, p. 109 —anche se tuttavia dopo il 1970 vi è stata una ripresa di questa funzione. *Cfr.* Smith, E., “Norway-Supreme Court strongly reaffirms supremacy of constitution by striking down controversial legislative provisions”, *Public Law*, 2001, p. 188.

<sup>54</sup> *Rt.* 1917.392 and *Rt.* 1917.402, *Rt.* 1948.1147, 1149, *Rt.* 1952.31, 35, *Rt.* 1959.33 e molti altri. *Cfr.* Husa, J., “Guarding”, *cit.*, p. 2000, p. 359, n. 58; Helgadóttir, R., “The Influence”, *cit.*, pp. 135-141.

<sup>55</sup> Grendstad, G. *et al.*, *Policy Making in an Independent Judiciary: the Norwegian Supreme Court*, Colchester, 2015.

<sup>56</sup> Husa, J., “Guarding”, *cit.*, p. 357: “control by the courts [...] was not taken into active use [...] until the middle of the 1970’s”. Come ricordato da Smith, C., “Judicial Review”, *cit.*, p. 599, la *Høyesterett* “did not try to copy the United States

fondamentale caso *Great Concession* (1918)<sup>57</sup>, la Corte ha persino affermato che nella disciplina dei diritti economici la volontà e dunque l'interpretazione del Parlamento (*Storting*) deve prevalere su quella della Corte<sup>58</sup>, e da allora la posizione non è mutata. Tuttavia, la ragione di questa deferenza incondizionata (per quanto limitata a un ambito specifico) va compresa alla luce dell'intenzione del governo di allora di far approvare una revisione costituzionale che consentisse espressamente al Parlamento di superare qualunque decisione giudiziaria. La rinuncia all'esercizio del controllo di costituzionalità in tema di diritti economici è stata dunque strumentale al mantenimento della funzione nel suo complesso<sup>59</sup>.

La limitazione per via parlamentare del controllo di costituzionalità è proseguita alcuni anni dopo, nel 1926, quando una legge ordinaria ha stabilito che, per esercitare il controllo di costituzionalità sulle leggi, fosse necessaria la presenza di tutti e 19 i giudici della *Høyesterett* —più precisamente questa regola, detta *prejudikat*<sup>60</sup>, stabilisce che solo la com-

---

Supreme Court's resistance to Roosevelt's New Deal". La Corte ha esercitato il controllo di costituzionalità in pochi casi, tra cui *Nørve Rt.* 1950, p. 831 e *Gold clause* 1962, p. 369.

<sup>57</sup> *Rt.* 1918, p. 401. Johansen chiedeva un risarcimento a seguito della nazionalizzazione di un'infrastruttura costruita da privati su proprio terreno per la produzione di energia idroelettrica in base alla legge sulle concessioni del 1909. In questa decisione la Corte superò la precedente interpretazione dell'art. 105 Cost. (diritto al risarcimento) e diede ragione al governo —anche perché la questione era strategica nella politica di sviluppo economico dell'esecutivo. Cfr. Slagstad, R., "The Breakthrough", *cit.*, p. 107; Helgadóttir, R., "The Influence", *cit.*, pp. 56 ss.

<sup>58</sup> Cfr. *supra*, par. 3. Cfr. Husa, J., "Guarding", *cit.*, p. 359: "the Supreme Court follows the doctrine of interpretation [...] trying to avoid possible unconstitutionality by using the Basic Law as the interpretation-medium [*Grunnloven som tolkningsmiddel*]".

<sup>59</sup> Duranti, F., "Gli ordinamenti costituzionali nordici", *cit.*, p. 154 vede in tale deferenza l'elemento che accomuna la Norvegia e gli altri sistemi nordici di giustizia costituzionale, facendone un modello: è la "centralità che nei sistemi costituzionali considerati è tradizionalmente riconosciuta al Parlamento, la quale determina una speciale presunzione di conformità a Costituzione della legislazione approvata dall'Assemblea democraticamente eletta da cittadini".

<sup>60</sup> L. 2/1926 del 26 giugno 1926.

posizione plenaria della Corte può dichiarare l'incostituzionalità delle leggi.

L'attuale posizione della Corte rispetto al controllo di costituzionalità è ben riassunta nelle parole del giudice Blom, relatore dell'opinione di maggioranza nel caso *Kløfta* del 1976<sup>61</sup>, che rappresenta tuttora lo stato dell'arte del *judicial review* in Norvegia:

"There are [...] different views on how much it takes for the courts to set aside a statute as unconstitutional. [...] The solution will to some extent depend on which provisions of the constitution are concerned. If the matter concerns provisions for the protection of the personal freedom or safety of the individual, I assume that the force of the Constitution must be considerable. If on the other hand it concerns constitutional provisions regulating the other state powers' working procedure or competence in relation to one another, I am of the opinion [...] that the courts must to a vast extent respect the *Storting's* own view. Constitutional provisions for the protection of economic rights must as it were come in an intermediate position".

Secondo questa interpretazione, la Corte può intervenire secondo tre gradi d'intensità nell'esercizio del controllo di costituzionalità. Il primo livello d'intervento è in tema di diritti fondamentali, e qui il controllo di costituzionalità è non solo possibile ma anche dovuto, anche se nella prassi questo è esercitato solo in conformità a pochi principi e parametri costituzionali, come quelli —già indicati— contenuti agli artt. 22, 97 e 105 cost. Il secondo ambito, per contro, riguarda l'organizzazione e i poteri dello Stato: qui la Corte è totalmente deferente verso lo *Storting*<sup>62</sup>, rinunciando all'esercizio del suo potere di controllo. Il terzo settore, in cui il controllo è di tipo 'intermedio', è quello dei

---

<sup>61</sup> *Rt.* 1976: 1 ss., citata da Slagstad, R., "The Breakthrough", *cit.*, p. 110. Nel caso *Kløfta* la Corte ritenne a maggioranza che le disposizioni della legge sugli espropri del 1973 non potesse essere applicata letteralmente senza violare la costituzione.

<sup>62</sup> *Cf.*: Husa, J., "Guarding", *cit.*, p. 358: "the controlling power of the Supreme Court and other courts is limited in that questions regarding the relation between the higher organs of state and the division of power between them are not treated in the sphere of legal judgement, since they are not connected to individual constitutional rights, duties nor rights of property. Most disputes are resolved on behalf of Parliament, and almost always in its favour".

diritti economici, ambito nel quale lo scrutinio della Corte è divenuto progressivamente più deferente. In questo modo, si può affermare che il rapporto tra *Høyesterett* e *Storting* è andato evolvendo secondo una dottrina assai simile a quella dei già indicati *preferred rights*<sup>63</sup>.

## VI. ...E LE SUE 10 PARTICOLARITÀ

In Norvegia sono assai rari i giudizi in materia costituzionale<sup>64</sup>. La tendenza è opposta rispetto alla maggior parte delle democrazie liberali e alla complessiva evoluzione del costituzionalismo, che invece registra un aumento costante della domanda di giustizia costituzionale<sup>65</sup>. Ciò pare dovuto a una serie di ragioni, che possono così riassumersi.

La prima è che il controllo di costituzionalità in Norvegia ha sempre avuto carattere eccezionale ed è stato sempre ritenuto tale nel contesto costituzionale del Paese. All'epoca della redazione della Costituzione, anche sulla scorta dell'esperienza statunitense, si discusse dell'opportunità di prevedere esplicitamente il controllo di costituzionalità, e la questione rimase di attualità anche in seguito<sup>66</sup>. Il controllo di costitu-

---

<sup>63</sup> Cfr. *supra*, nota 28. Secondo Smith, C., "Judicial Review", *cit.*, pp. 601-603, "the Supreme Court was inspired by the American 'preferred position principle'". Sulla *preferred-right doctrine* negli Stati Uniti Cfr. Ely, J.H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA, 1980. La *Høyesterett* ha fatto ricorso a tale dottrina in *Bothen* (Rt. 1996, p. 1415), *Thunheim* (1996, p. 1440), e *Kujus* (1997, p. 1821).

<sup>64</sup> Per ulteriori informazioni in lingua inglese [www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett](http://www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett).

<sup>65</sup> Cfr. Kommers, D.P., "The Value of Comparative Constitutional Law", *John Marshall Law Review*, 9, 1976, p. 686, che si riferisce al "relative success of newly created constitutional courts" e allo "spreading phenomenon of judicial review in various parts of the world".

<sup>66</sup> Sui dibattiti in assemblea costituente Cfr. Slagstad, R., "The Breakthrough", *cit.*, pp. 82 ss. In quell'occasione, influenti componenti dell'assemblea come J. G. Adler e C. M. Flasen proposero (senza successo) l'introduzione di un articolo che proibisse esplicitamente il controllo di costituzionalità ("Le corti non possono ritardare né impedire l'applicazione delle leggi") — Cfr. "Udkast til en Constitution for Kongeriget Norge", in *Riksforsamlingens forhandlinger*, Part 3 (1916), p. 40. La lezione di *Marbury v. Madison* era in effetti molto recente. Cfr. Slagstad, R., "The Breakthrough", *cit.*, pp. 83-86, in cui l'A. riporta il contenuto

zionalità —per quanto praticato da più tempo che in qualsiasi altro Paese europeo e presente in modo latente in tutta la storia costituzionale norvegese— non è mai appartenuto ai principi fondamentali e strutturali del sistema costituzionale.

In secondo luogo, l’evoluzione della giustizia costituzionale in Norvegia, che s’è vista caratterizzata da sviluppo precoce ma da un utilizzo parsimonioso e decrescente, è stata influenzata da fattori storici. La nascita si deve essenzialmente alla funzione servente la ‘causa’ del conseguimento e mantenimento dell’indipendenza —e in questa logica è stata costantemente adattata dalla Corte suprema. Durante il dominio svedese (1814-1905), le leggi promanavano da un’autorità esterna e considerata non legittima: il controllo di costituzionalità era, in questa logica, uno strumento utile a contrastare la Corona svedese e a compensare l’assenza della relazione fiduciaria tra Parlamento e Governo secondo la forma di governo monarchico costituzionale tracciata dalla Costituzione del 1814. La separazione tra potere esecutivo (che nominava i giudici) e potere legislativo ha preservato il potere giudiziario dalle ‘interferenze’ del Parlamento e facilitato la possibilità di ricorrere in alcuni casi al controllo di costituzionalità delle leggi. Non è un caso che l’atteggiamento di deferenza verso il legislatore sia iniziato dopo il 1905, quando il nuovo governo indipendente iniziò ad avere la fiducia dello *Storting*. L’apice dell’attivismo si colloca nel periodo precedente all’affermazione di una forma di governo parlamentare (fino al 1884 il governo non era legato alla fiducia del parlamento ma a quella del Re di Svezia)<sup>67</sup>, mentre la *deference doctrine* coincide con l’introduzione del rapporto di fiducia tra parlamento e governo. Questi fattori storici spiegano perché la giustizia costituzionale si affermò così presto e perché l’attivismo giudiziario cessò dopo la piena indipendenza del Paese nel 1905.

---

del dibattito, nel quale le posizioni favorevoli al controllo di costituzionalità erano sostenute, tra gli altri, da H. Steenbuch, P.K. Gaarder, F. Stang, T.H. Ascheoug.

<sup>67</sup> “The breakthrough of judicial review is seen as a conservative response to the breakthrough of parliamentary democracy in Norway in 1884”: Slagstad, R., “The Breakthrough”, *cit.*, p. 81. *Cfr.* anche Smith, C., “Judicial Review”, *cit.*, p. 597.

Terzo, e conseguentemente, in Norvegia la giustizia costituzionale non si è sviluppata solo con il fine di garantire la gerarchia delle fonti (come nella gran parte degli ordinamenti costituzionali), quanto (e soprattutto) come strumento per il conseguimento dell'indipendenza nazionale. Ciò distingue significativamente l'esperienza norvegese rispetto a quella dei prototipi statunitense e austriaco. La Norvegia, tra l'altro, ha sempre avuto un ordinamento fortemente unitario, senza alcun potere legislativo sub-statale, e pertanto il suo modello di giustizia costituzionale non ha mai avuto la funzione di garantire la prevalenza delle norme statali su quelle sub-statali, bensì 'solo' di tutelare i diritti fondamentali —facendo, com'è noto, un uso assai prudente di tale funzione. L'assenza di un controllo sulla gerarchia delle fonti ha un'evidente ricaduta sulla rinuncia a sindacare qualsiasi aspetto della forma di governo e più in generale dell'esercizio dei poteri e delle funzioni dello Stato.

Quarto, i casi di sindacato di costituzionalità in Norvegia sono prevalentemente, se non esclusivamente, di natura molto tecnica e puntuale, mai estendendosi ad affermazioni di portata interpretativa generale. I soli parametri costituzionali utilizzati sono quelli della non retroattività delle leggi (art. 97 cost.), dello *status* dei funzionari pubblici (art. 22 cost.) e della indennizzo per l'espropriazione (art. 105 cost.)<sup>68</sup>. Di conseguenza, anche l'impatto politico delle pronunce di costituzionalità è sempre stato assai ridotto.

Quinto, anche la composizione della Corte gioca un ruolo nel contenere il numero dei conflitti. Come gli altri giudici, i 19 componenti della Corte suprema sono nominati dal governo su proposta del ministro della giustizia, e restano in carica a vita (*during good behaviour*, verrebbe da dire). La gran parte dei componenti la Corte suprema provengono dalla funzione pubblica, dall'università o dalla carriera diplomatica, e solo nel 2003 è intervenuta la modifica dell'art. 62, c. 1, cost. per rendere incompatibile la carica con un mandato politico elettivo nazionale. L'assenza di una categoria di giudici professionisti e la permeabilità del ruolo con diverse altre professioni impedisce che i giudici norvegesi (compresi quelli supremi) costituiscano un ordine rigidamente separa-

---

<sup>68</sup> Cfr. Smith, E., "Norway", *cit.*, p. 188.

to da altre figure professionali e non solo non impedisce ma favorisce il collegamento con il potere politico.

In sesto luogo, la configurazione della giustizia costituzionale è evidentemente influenzata anche dalla natura rigida della costituzione. Nonostante sia stata emendata più volte nella sua storia bicentenaria<sup>69</sup>, la Costituzione norvegese non è facile da modificare<sup>70</sup>. La rigidità della costituzione è stata lo strumento principale per mantenere l'indipendenza dalla Corona svedese senza stravolgere lo spirito del testo originario.

Settimo, appare plausibile affermare in via teorica (per quanto non se ne possa dare conferma empirica) che uno dei motivi per i quali il rapporto tra Corte suprema e parlamento non si è mai sviluppato in forma conflittuale vada identificato nella disposizione (art. 83 cost.) che consente allo *Storting* di chiedere parere giuridici alla Corte suprema. Anche se a questa possibilità non è mai stato fatto ricorso, la sua sola esistenza costituisce un ulteriore strumento di dialogo che potrebbe prevenire eventuali conflitti successivi.

In ottavo luogo, la disposizione sul c.d. *prejudikat* (introdotta nel 1926) rende proceduralmente più difficile per la Corte esaminare questioni di legittimità costituzionale, richiedendosi la presenza di tutti e 19 i giudici.

---

<sup>69</sup> [www.stortinget.no/nn/In-English/About-the-Storting/News-archive/Front-page-news/2012-2013/The-Bicentenary-of-the-Norwegian-Constitution-2014/](http://www.stortinget.no/nn/In-English/About-the-Storting/News-archive/Front-page-news/2012-2013/The-Bicentenary-of-the-Norwegian-Constitution-2014/).

<sup>70</sup> L'art. 112 cost. norvegese afferma: "If experience shows that any part of this Constitution of the Kingdom of Norway ought to be amended, the proposal to this effect shall be submitted to the first, second or third *Storting* after a new General Election and be publicly announced in print. But it shall be left to the first, second or third *Storting* after the following General Election to decide whether or not the proposed amendment shall be adopted. Such amendment must never, however, contradict the principles embodied in this Constitution, but solely relate to modifications of particular provisions which do not alter the spirit of the Constitution, and such amendment requires that two thirds of the *Storting* agree thereto. An amendment to the Constitution adopted in the manner aforesaid shall be signed by the President and the Secretary of the *Storting*, and shall be sent to the King for public announcement in print as an applicable provision of the Constitution of the Kingdom of Norway".

Nono fattore di peculiarità della giustizia costituzionale norvegese, e probabilmente il più importante in chiave meta-giuridica, è l'assenza di una cultura del conflitto nella società. In Norvegia, com'è noto, vi è un diffuso spirito di fiducia nelle istituzioni, in particolar modo nel parlamento e nel governo, e i giudici sono parte di questa cultura. La Corte può eccezionalmente dover correggere alcuni aspetti tecnici, ma il primato del Parlamento è del tutto incontestato.

Decimo, la teoria e la cultura della deferenza sono il prodotto della cultura giuridica complessiva del Paese<sup>71</sup>. Durante la redazione della costituzione venne discussa la questione sulla natura della magistratura quale 'potere' o meno, e prevalse la posizione del padre della costituzione Christian Magnus Falsen, per il quale parlare di potere sarebbe stato impreciso<sup>72</sup>. Questa impostazione non fu mai abbandonata e fu anzi ulteriormente sviluppata nel XX secolo<sup>73</sup>.

## VII. IL RAPPORTO TRA CORTI E LEGISLATORE. SCONTRO CON VINCITORI E VINTI O DIALOGO SULLA FIDUCIA? SPUNTI DAL CASO NORVEGESE PER LA RIFLESSIONE COMPARATA

L'esperienza norvegese di giustizia costituzionale, nella sua particolarità, presenta alcuni interessanti spunti di riflessione per un'analisi sistemica e comparativa dei rapporti tra controllo giudiziario di costituzionalità e legislatori.

Al pari di tutti gli ordinamenti che non hanno attraversato modifiche traumatiche della forma di stato in via rivoluzionaria (gli altri Paesi

---

<sup>71</sup> Cfr. Cappelletti, M. e Adams, J.C. *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 1217: "the modest role that judicial review has played in the constitutional history of Norway attests to the sobriety of the *Storting* and to a general desire to proceed in a legal and orderly manner, rather than to the courts' abdication of their constitutional responsibility".

<sup>72</sup> Cfr. Falsen, C.M., "Norges Grundlov gjennemgaaet i Spersmaal og Svar", p. 1817, cit. da Slagstad, R., "The Breakthrough", cit., p. 83.

<sup>73</sup> Schjelderup, F., *Det amerikanske demokratis fremvekst under konstitusjonen*, 1938 *TfR*, pp. 14 e 121.

nordici, il Regno Unito, la Svizzera, in parte gli Stati Uniti), l'atteggiamento delle corti nei confronti del legislatore è di grande deferenza. In generale, più antiche, meno dettagliate e più 'politiche' (dunque rette in gran parte da norme convenzionali e/o consuetudinarie) sono le costituzioni, più le corti tendono ad essere deferenti e dunque il conflitto col legislatore è ridotto al minimo. Per contro, quando gli ordinamenti si formano in via traumatica e rivoluzionaria, le costituzioni tendono a essere più dettagliate, a prevedere un maggior numero di garanzie formali e procedurali e a conferire un ruolo più attivo alle corti costituzionali e supreme nel controllo di costituzionalità. Tale fenomeno si riscontra diffusamente in ogni caso nelle costituzioni più recenti, che in quanto più 'giuridiche' e dettagliate richiedono la presenza di forti organi di controllo della costituzionalità delle leggi, spesso attribuendo alle corti anche funzioni di natura non giurisdizionale<sup>74</sup>, aumentando il rischio di conflitti col legislatore.

In questo quadro si ripropone la domanda posta all'inizio di questo saggio e che accompagna costantemente il dibattito sulla giustizia costituzionale: il ruolo delle corti deve essere non-maggioritario o anti-maggioritario? Il controllo di costituzionalità deve essere ritenuto un'eccezione al 'privilegio del legislatore' di giacobina memoria o può considerarsi fisiologico e inerente al sistema? Qual è in ultimo il ruolo del primato della politica?

Per quanto ciò possa apparire paradossale, in chiave sistemica non può che constatarsi che il controllo di costituzionalità delle leggi resta un'eccezione, per quanto talmente ampia e significativa da essere lo strumento per eccellenza dell'affermazione del primato (e della giuridicità) della costituzione. Ciò vale anche (e nonostante) il ruolo di supporto svolto dalle corti sovranazionali e internazionali —in Norvegia in particolare dopo l'adattamento alla CEDU dell'ordinamento interno avvenuta con lo *Human Right Act* del 1999. Il controllo di costituzionalità e il ruolo delle corti sovranazionali rafforzano il ruolo dei giudici e pongono nuove sfide alle assemblee i cui atti possono essere oggetto di scrutinio da parte di giudici nazionali e internazionali. D'altro canto, l'incorporazione della CEDU sta a confermare la *raison d'être* della giustizia costituzionale norvegese: la tutela dei diritti fondamentali aver-

---

<sup>74</sup> Cfr. Baldin, S., *Le "altre" funzioni delle Corti costituzionali*, Trieste, 2000.

so l'operato dei pubblici poteri. Non è un caso che l'adattamento alla CEDU sia stato immediatamente seguito da una revisione costituzionale che ha introdotto l'art. 110c cost., secondo cui "è compito delle autorità dello Stato rispettare e promuovere i diritti umani. Disposizioni specifiche per l'attuazione dei trattati internazionali in materia sono adottate con legge"<sup>75</sup>.

Si tratta dell'approccio corretto? Avendo riguardo a ordinamenti in cui non si ripone il medesimo grado di fiducia nei parlamenti, la risposta parrebbe negativa. Tuttavia, casi come quello norvegese e pochi altri inducono a riproporsi domande fondamentali intorno al ruolo del diritto costituzionale. In particolare, si pone la questione se le regole siano in grado di ricostruire la fiducia quando questa manchi. Ciò induce a interrogarsi sulla tenuta di categorie apparentemente consolidate come il privilegio del legislatore, sulla loro portata e financo sulla loro esistenza, stante il ruolo assunto dalla giustizia costituzionale. In tal senso, si pone la questione se l'esperienza norvegese possa può considerarsi ancora la regola (non certo sul piano quantitativo ma su quello sistematico) o sia divenuta (e come) un'eccezione.

Risposte certe sul punto non possono essere fornite senza mettere in discussione categorie consolidate della teoria costituzionale. Un'ambizione che questo scritto non può avere, e che è invece ampiamente presente nei lavori di Lucio Pegoraro, fondamentali per capire le sfide del moderno costituzionalismo proprio, primariamente, attraverso l'analisi del funzionamento, dell'evoluzione e della natura della giustizia costituzionale.

---

<sup>75</sup> Cfr. Smith, E., "Les pays scandinaves et la Cour européenne des droits de l'homme", in Iliopoulos-Strangas, J. (ed.), *Cours nationales suprêmes et cours européennes: concurrence ou collaboration?*, Bruxelles, 2007, pp. 253-274. Si veda anche il fascicolo monografico "Current National Practices and Debates Towards European Judicial Review in the Nordic States", in *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 27(2), 2009, pp. 141 ss.