



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2024

**La giurisdizione costituzionale:
diritto o politica?
Intervista a Dieter Grimm**

a cura di Giovanni Bisogni
e Matteo Bozzon

EDITORIALE SCIENTIFICA

LA GIURISDIZIONE COSTITUZIONALE:
DIRITTO O POLITICA?
INTERVISTA A DIETER GRIMM

a cura di Giovanni Bisogni

Professore di Filosofia del diritto
Università di Salerno

e Matteo Bozzon

Assegnista di ricerca in Filosofia politica
Università di Roma 'La Sapienza'

Secondo il costituzionalista ed ex-giudice del *Bundesverfassungsgericht* Dieter Grimm, la famosa disputa tra Hans Kelsen e Carl Schmitt sul custode della costituzione ha una valenza paradigmatica per la giustizia costituzionale e, per di più, ha recentemente acquistato nuova attualità. Se nella seconda metà del XX secolo è registrabile una generale diffusione dei tribunali costituzionali, con l'inizio del XXI secolo è tornata a farsi sentire una nuova critica radicale nei confronti di queste istituzioni (con concreti risvolti in paesi come la Polonia e l'Ungheria), sulla base di un'alternativa che era stata centrale in quella disputa ovvero la natura giuridica o politica del controllo di costituzionalità delle leggi.

Nel 2017 Dieter Grimm ha tenuto sul tema una lunga conferenza dal titolo *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*. Il testo è stato pubblicato nel 2020 presso l'editore Duncker & Humblot e la sua traduzione italiana è in corso per i tipi della IISF Press.

L'intervista che segue pone al Prof. Grimm solo alcune delle tante domande stimolate dal testo. Siamo particolarmente grati al Prof. Grimm per aver accettato il nostro invito alla discussione¹.

¹ Avvertenza: il riferimento al testo *Recht oder Politik?* avverrà con l'abbreviazione RoP.

-1-

G. Bisogni: *Professor Grimm, in RoP Lei evidenzia come la storia abbia consacrato Kelsen come il vincitore, ma Schmitt è proprio perdente? La dottrina contemporanea forse non ha finito per dimenticare il politico, pensando – anche grazie alla giustizia costituzionale – che tutto possa essere giuridicizzato?*

In questo genere di dibattiti decidere chi siano i vincitori e chi i vinti ha di rado un carattere definitivo: dipende sempre dal momento in cui ci si interroga al riguardo. Nella seconda metà del XX secolo, il superamento di regimi dittatoriali o autoritari in tutte le parti del mondo è proceduto parallelamente all'istituzione di corti costituzionali o di corti supreme dotate del potere di sindacare la legge. Le corti costituzionali sono state considerate universalmente come il mezzo migliore per salvaguardare lo Stato costituzionale democratico e liberale. La giuridificazione della politica che ne è derivata è stata intenzionale, sebbene non esente da contestazioni. Alcune delle nuove corti costituzionali hanno, tuttavia, espanso considerevolmente la giuridificazione attraverso un'interpretazione estensiva della costituzione. La dottrina costituzionalistica è stata spesso coinvolta in questo processo, dischiudendo costantemente nuovi ambiti di applicazione e nuove dimensioni di validità per la costituzione. Nel frattempo, si è tornati a invocare maggiore spazio per la politica, soprattutto nella scienza del diritto e della politica di lingua inglese. Anche le corti costituzionali sono finite sotto pressione da un punto di vista politico, soprattutto laddove si stanno instaurando nuovamente regimi autoritari o forme illiberali di democrazia. Nella misura in cui ciò si verifica, la posizione di Carl Schmitt sta guadagnando nuovamente terreno. Tuttavia, non si intravede ancora una vera e propria inversione di tendenza.

-2-

G. Bisogni: *In RoP, Lei scrive che nella contrapposizione fra i due antagonisti “nel secondo dopoguerra, il pendolo è oscillato per la prima volta dalla parte di Kelsen”. Tuttavia, in Italia è controverso fra gli storici l’influsso di Kelsen sulle scelte della Costituente relative alla giustizia*

costituzionale: a quali idee si ispirarono i costituenti tedeschi quando introdussero il Bundesverfassungsgericht?

Il pendolo è oscillato verso il “lato kelseniano”, ma non a favore di Kelsen in quanto tale. Nella Germania del secondo dopoguerra egli fu screditato in quanto positivista e il positivismo giuridico fu visto come una delle ragioni della predisposizione dei giuristi al nazional-socialismo. Per quanto ne so, non c’è stato alcun riferimento a Kelsen, nemmeno nel *Parlamentarischer Rat* che ha redatto il *Grundgesetz* nel 1948-49. Al centro dell’attenzione si pose l’esperienza del fallimento della democrazia weimariana: ciò che doveva essere evitato a tutti i costi era il ripetersi di questa esperienza. Sulla base di questa volontà si spiega il concetto di “*wehrhafte Demokratie*” [democrazia capace di difendersi], l’immutabilità dei principi fondamentali espressi dal *Grundgesetz*, l’estensione della validità dei diritti fondamentali nei riguardi del legislatore, la sfiducia costruttiva, la stretta sulle misure di carattere emergenziale, l’esclusione di leggi come l’*Ermächtigungsgesetz*² e anche l’istituzione di una forte giurisdizione costituzionale per salvaguardare la costituzione da un’eventuale ricaduta in un regime autoritario.

-3-

M. Bozzon: *Le sarei grato se potesse soffermarsi proprio su alcuni aspetti di contesto che aiutino a meglio comprendere la connessione e la contrapposizione tra i due capitoli di RoP. Si può affermare in effetti che*

² L’*Ermächtigungsgesetz*, nota in italiano come ‘legge (talvolta anche, ma impropriamente, ‘decreto’) dei pieni poteri’, è il termine con cui comunemente ci si riferisce alla legge di revisione costituzionale approvata il 24 marzo 1933 e intitolata ufficialmente “*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*” (“Legge a rimedio dell’afflizione del popolo e del Reich”). Grazie ad essa Hitler di fatto svuotò la sostanza democratica della Costituzione di Weimar, attribuendo – di qui *Ermächtigung* – la funzione legislativa anche al Governo ma senza alcuna mediazione parlamentare e per di più stabilendo che le leggi approvate dal Governo potessero derogare alle norme costituzionali. Proprio per evitare leggi del genere l’art. 79, comma 3, del *Grundgesetz* sottrae alla revisione costituzionale l’articolazione federale della Germania, la partecipazione dei *Länder* alla funzione legislativa e i diritti fondamentali sanciti dagli artt. 1 a 20.

l'istituzione di tribunali costituzionali nel secondo dopoguerra coincide con una svolta rispetto al contesto weimariano in virtù del passaggio da una concezione formal-procedurale a una material-contenutistica della costituzione. In che modo proprio la crisi della Repubblica di Weimar ha influenzato questo differente modo di intendere la costituzione e quali resistenze ha incontrato?

Il *Grundgesetz* viene spesso descritto come una “*Anti-Weimar-Verfassung*” [Costituzione antiweimariana]. Tuttavia, questa descrizione non rende affatto giustizia né al *Grundgesetz* né alla Costituzione di Weimar. Entrambe le costituzioni concordano in merito a quelli che sono da considerare i fondamenti dello Stato: la sovranità popolare, la democrazia, lo Stato di diritto con gli annessi diritti fondamentali e separazione dei poteri, il principio dello Stato federale e quello dello Stato sociale. Le trasformazioni relative al *Grundgesetz* si situano sul piano della concretizzazione di questi principi. Le istituzioni e le norme della Costituzione di Weimar, che a posteriori sono state reputate come degli elementi di debolezza e ritenute responsabili del fallimento della Repubblica di Weimar, sono state modificate. Il fatto che ciò sia coinciso con il passaggio da una concezione formale a una materiale della costituzione non ha tanto a che fare con il testo costituzionale in sé, quanto con la sua interpretazione. Come nel caso del positivismo, anche la concezione formale della costituzione, della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali fu ritenuta responsabile della scarsa forza di resistenza che la Costituzione di Weimar esibì di fronte al nazionalsocialismo. In reazione a ciò, soprattutto i diritti furono intesi come espressione giuridica di valori e interpretati in questo senso. Ciò lasciava poco spazio alla dottrina di Hans Kelsen, ma molto a quella di Rudolf Smend. Poiché il *Bundesverfassungsgericht* si è fatto sostenitore di una concezione materiale della Costituzione e l’ha formulata con precisione sulla base di concrete controversie, questa concezione è rapidamente diventata determinante. Ma tutto questo non è rimasto affatto esente da contestazioni. Il modo in cui i valori venivano intesi e il loro principale interprete, il *Bundesverfassungsgericht*, furono osteggiati sia dall’ala conservatrice (Schmitt, Forsthoff), che ravvisava in ciò una minaccia allo Stato di diritto, sia da quella progressista (Habermas, Denninger), che vi vedeva, invece, una minaccia alla democrazia. La problematica si è così delineata in modo più netto, ma le critiche non hanno condotto ad alcuna svolta fondamentale. Anche Böckenförde,

pur essendo tra i detrattori, non ha esercitato il suo spirito critico una volta divenuto giudice costituzionale.

-4-

G. Bisogni: *Nel dibattito weimariano fra Kelsen e Schmitt, quest'ultimo, nel chiedere un "custode della costituzione" contro "pluralismo, policrazia e federalismo", esigeva molto di più di quanto Kelsen attribuiva ad un tribunale costituzionale ovvero "l'esercizio regolare delle funzioni dello Stato". Tuttavia, data la centralità e l'autorevolezza che i tribunali costituzionali hanno oggi nelle democrazie contemporanee, Lei non crede che essi facciamo molto più di questo e siano diventati un po' dei "custodi della costituzione"?*

Occorre tenere sempre ben presente che Schmitt non voleva affidare in nessun caso la funzione di custode ad una giurisdizione. Il suo obiettivo era piuttosto quello di attribuirlo a un'autorità politica (come il Presidente del *Reich*). Ciò che gli stava a cuore era il primato della politica sul diritto. Dopo le esperienze del nazionalsocialismo in Germania questa posizione non era più condivisibile: ci si attendeva una soluzione solo da un'autorità vincolata esclusivamente sul piano del diritto. Perciò l'elenco delle competenze spettanti al *Bundesverfassungsgericht* fu eccezionalmente ampio. Infatti, sulla base della sua concezione materiale della Costituzione, esso si è trasformato da garante dell'esercizio conforme a diritto da parte dei poteri pubblici a garante di una statualità conforme a costituzione e delle connesse aspirazioni ad un ordinamento giusto in costante aggiornamento. Ciò si poneva agli esatti antipodi delle idee di Schmitt. Ma nemmeno Kelsen avrebbe immaginato la giurisdizione costituzionale in questi termini: egli nutriva delle riserve persino nell'uso dei diritti fondamentali come criterio di giudizio nelle sentenze emesse da una corte costituzionale.

-5-

G. Bisogni: *Passiamo ad alcuni interrogativi più direttamente teorici sollevati da RoP. In una delle sue prime decisioni (Urteil des Ersten Senats vom 20. März 1952 – 1 BvL 12, 15, 16, 24, 28/51), la Corte costitu-*

zionale tedesca affermò che, in sede di approvazione del Grundgesetz, “una delle principali obiezioni al sindacato diffuso di costituzionalità fu proprio la minaccia al potere legislativo rappresentata dall’estensione del controllo da parte dei giudici comuni. L’obiezione fu superata perché il controllo di costituzionalità sarebbe spettato a organi speciali partecipati dal legislatore stesso”. Questo passo ha spinto il costituzionalista ed ex-giudice costituzionale italiano Gustavo Zagrebelsky a sostenere che, a differenza del judicial review statunitense, i tribunali costituzionali dell’Europa continentale rappresentano un “privilegio del legislatore”, allo scopo di “tenere nel debito conto, accanto alle esigenze dei diritti, le esigenze propriamente politiche che si esprimono nella legge”, (Il diritto mite, Einaudi, 2024 [1992¹], p. 70). Dunque, qual è, secondo lei, la ratio di un controllo accentrato di costituzionalità?

Come il *Bundesverfassungsgericht* nella decisione citata, ritengo che il rispetto per il legislatore democratico sia prioritario. Da un lato, il *Bundesverfassungsgericht* enfatizza la preminenza della Costituzione sulla legge ordinaria; dall’altro lato, esso ravvisa lo scopo dell’art. 100 del *Grundgesetz* nel fatto che non tutti i tribunali possono annullare una legge approvata dal Parlamento. Il “pericolo di incertezza giuridica e di frammentazione del diritto” (BVerfG 1, 199) nel caso di un sindacato diffuso di costituzionalità costituì un’ulteriore ragione a favore di un controllo accentrato – e lo è anche a mio avviso. Carl Schmitt, che, di contro, era a favore di un sindacato diffuso e respingeva il controllo da parte di una apposita corte costituzionale, non si occupò del problema in modo approfondito semplicemente perché aveva come unica preoccupazione quella di impedire *tout court* una giurisdizione costituzionale.

-6-

G. Bisogni: *La Corte suprema degli Stati Uniti è un esempio di controllo diffuso di costituzionalità; eppure, essa sembra non essere in imbarazzo nell’esibire la propria “politicalità”. La polarizzazione politica dei Justices è intensa, al punto che si dice che essa voti, mentre i tribunali costituzionali dovrebbero invece deliberare: come spiega questa differenza?*

Anche le corti costituzionali italiana e tedesca in fin dei conti votano, ma dopo una deliberazione che incide sul risultato e che, dunque, ha un'influenza sulla formazione dell'opinione dei giudici. Per molto tempo anche negli Stati Uniti le cose non sono andate diversamente. Che ciò sia cambiato dipende principalmente dalla politicizzazione della nomina dei giudici. Già a partire dal XX secolo con i repubblicani, e proseguendo poi con i democratici, i partiti osservano la scena e tengono pronte liste di persone qualificate dal punto di vista giuridico, ma anche affidabili da quello politico. Un presidente può fare ricorso a queste liste se ha l'occasione di riempire dei posti vacanti alla Corte suprema. A favorire ulteriormente la cosa gioca un ruolo l'opinione, diffusa negli Stati Uniti anche tra gli studiosi di diritto, secondo cui i giudici comunque non giudicano secondo diritto e legge, ma decidono in base a ben altri criteri, a preferenze politiche o a interessi propri dell'apparato giudiziario. Questo fenomeno è ciò che definisco "iper-realismo". Le ripercussioni di questa politicizzazione sono aggravate dal fatto che negli Stati Uniti i giudici restano in carica a vita.

-7-

M. Bozzon: *Un aspetto fondamentale che Lei pone in rilievo in RoP è quello dell'interpretazione giuridica, che, quando ha a che fare con la costituzione, sarebbe in realtà, secondo Schmitt, nient'altro che una manifestazione di decisionismo – un esito che Lei respinge con forza. E tuttavia, fino a che punto l'interpretazione resta tale e non diviene piuttosto decisione che modifica la costituzione?*

A mio avviso è importante operare una distinzione tra la costituzione e la sua interpretazione ovvero, detto in altri termini, tra il testo costituzionale e la comprensione di esso. Il testo costituzionale costituisce l'oggetto dell'interpretazione; la comprensione della costituzione (*Verfassungsverständnis*) è il risultato della sua interpretazione. Attraverso l'interpretazione, a mutare non è la costituzione, ma la sua comprensione. Chiunque esamini la costituzione per sapere cosa "vuole" o, meglio, cosa essa *significhi* riguardo a una certa questione o a un certo problema, raramente ricaverà la risposta sulla base della semplice lettura. Non è di per sé da escludere che quest'ultima sia sufficiente. Ad esempio, quando il *Grundgesetz* stabilisce che il Cancelliere è elet-

to dal *Bundestag*, nessuna interpretazione può portare a concludere che debba essere eletto dal *Bundesrat* o nominato dal Presidente. Cionondimeno, la maggior parte delle disposizioni non raggiunge questo grado di univocità. Soprattutto per quanto riguarda i principi dello Stato e i diritti fondamentali il testo lascia in sospeso molti aspetti. In proposito non c'è comprensione del testo senza previa interpretazione. Quale sia la comprensione "corretta" può essere materia di discussione e di contrapposizione: essa può variare nel corso del tempo. Ma ciò che resta fissa è la costituzione stessa, che viene interpretata o intesa prima in un modo e poi in un altro. In effetti, ciò che a mio avviso è rilevante a questo proposito è che l'interpretazione costituzionale è un modo di procedere guidato da un metodo di carattere *giuridico* e, quindi, giustificabile, il quale può certo condurre a risultati diversi, ma non arbitrari. E questo vale sia contro Schmitt sia contro Kelsen, e, nella discussione contemporanea, anche contro i fautori del cosiddetto "*popular*" o "*populist constitutionalism*" e contro gli iperrealisti.

-8-

M. Bozzon: *Un'esigenza che Lei fa emergere è quella di una scienza politica adeguata allo specifico oggetto di studio della giurisdizione costituzionale: alla luce di quanto Lei afferma in RoP, in che termini è possibile una politologia di questo genere?*

Le corti costituzionali si situano al confine tra diritto e politica. Gli oggetti e gli effetti delle loro sentenze sono politici, mentre la loro attività, vale a dire l'applicazione del diritto costituzionale alla condotta politica, è giuridica. La scienza del diritto considera la giurisdizione costituzionale principalmente da una prospettiva interna: essa si occupa della "corretta" interpretazione e applicazione della costituzione. Come la teoria del diritto, la filosofia del diritto, la sociologia del diritto e la storia del diritto, la scienza giuridica assume la prospettiva dell'osservatore, ma da un punto di vista squisitamente giuridico. La scienza politica, invece, osserva sempre la giurisdizione costituzionale da una prospettiva che resta esterna. Può dire a una corte costituzionale cosa fa "realmente" e quali ricadute hanno le sue azioni sul sistema politico. Tuttavia, essa può anche formulare asserzioni normative, ad esempio sul concetto di democrazia, e misurare le attività delle corti co-

stituzionali rispetto ad esse. In Germania la scienza politica ha a lungo rivolto scarsa attenzione alla giurisdizione costituzionale, trascurando così un importante elemento della sua stessa materia di studio. Da qualche tempo a questa parte, tuttavia, si registra un crescente interesse da parte della scienza politica tedesca per il *Bundesverfassungsgericht* e per la giurisdizione costituzionale in generale. Per la scienza giuridica si tratta di un'importante cartina di tornasole utile per passare al vaglio le proprie tesi sul tema della giurisdizione costituzionale.

-9-

M. Bozzon: RoP guarda al passato – il dibattito fra Kelsen e Schmitt – per rivolgersi al futuro ed è proprio sul futuro della giustizia costituzionale (e della costituzione) che vertono le due ultime domande. Lei lamenta da tempo la perdita di capacità regolativa delle costituzioni ‘moderne’ (mi riferisco con ciò, ad esempio, ai nuovi compiti di governo assolti dallo Stato, all’adozione di modelli legislativi finalistici, al trasferimento delle decisioni politiche ai privati e a organi non responsabili politicamente ecc.). Quali implicazioni ha tutto questo per la giurisdizione costituzionale? Ci sono argini che quest’ultima potrebbe porre rispetto a tali tendenze?

Alcuni di questi sviluppi non sono stati introdotti intenzionalmente, ma sono di natura strutturale e, quindi, non è possibile alcuna inversione di rotta. Giusto per fare un esempio: non possiamo tornare indietro rispetto alla digitalizzazione e ai cambiamenti che ne sono derivati per quanto riguarda i compiti dello Stato e il modo in cui vengono adempiuti. Non c'è, quindi, nulla contro cui recriminare in questo caso. È possibile solo registrare i cambiamenti e cercare di rendere effettivi i requisiti della costituzione rispetto alle nuove condizioni. Altri sviluppi, invece, sono stati indotti in maniera deliberata, come, ad esempio, la privatizzazione dei servizi pubblici. In questo caso una corte costituzionale può tracciare dei limiti e formulare le condizioni di ammissibilità.

-10-

M. Bozzon: *Come vede il cambiamento del controllo di costituzionalità con le corti costituzionali nazionali che diventano parte di un sistema corale in virtù dell'affermazione di istituzioni giudiziarie oltre lo Stato? Con il cosiddetto dialogo tra le corti e la proiezione internazionale dei tribunali costituzionali questi ultimi non rischiano di diventare singolarmente "più schmittiani" nel loro farsi, tra l'altro, garanti della democrazia (cfr. D. Grimm, Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave, Laterza 2023)?*

Per le costituzioni e le corti costituzionali l'internazionalizzazione comporta una perdita di significato. Ogni volta che competenze statali vengono trasferite a istituzioni sovranazionali, l'ambito di applicazione delle costituzioni nazionali si restringe e, con esso, il raggio d'azione delle corti costituzionali. Questo fenomeno è particolarmente evidente nell'Unione Europea. Tuttavia, non deve essere un motivo di doglianza, perché senza il trasferimento di quelle competenze non ci sarebbe alcuna integrazione europea. Un problema si ha soltanto quando la perdita di rilevanza della statualità costituzionale non è pienamente compensata a livello europeo. Da un lato, questo livello è legittimato sotto il profilo democratico in maniera più debole rispetto a quello nazionale. Dall'altro lato, la giurisdizione europea tende ad ampliare la perdita di competenze attraverso un'interpretazione estensiva di quelle trasferite. In un contesto del genere le corti costituzionali nazionali rappresentano l'unico contrappeso efficace, difendendo il principio di puntuale e delimitata attribuzione che salvaguarda la competenza ultima (*Kompetenz-Kompetenz*) degli Stati membri e quindi, allo stesso tempo, tutela l'ambito nazionale di applicazione della democrazia contro il suo svuotamento. L'attività delle corti costituzionali è prettamente giuridica: riguarda esclusivamente la questione giuridica relativa a quali competenze siano state trasferite e quali no. Tuttavia, gli effetti delle loro decisioni sono politici. Non si tratta di nulla di fondamentalmente nuovo. Anche a livello nazionale le corti costituzionali decidono questioni di natura giuridica, i cui effetti spesso sono politici. A livello europeo, però, queste decisioni sembrano ancora più politiche perché coinvolgono relazioni internazionali, in cui le corti costituzionali sono solitamente meno implicate, e perché gli effetti delle decisioni delle corti nazionali riguardano non solo il proprio Stato di riferimento, ma anche gli altri Stati membri.

* * *

ABSTRACT

ITA

Nel 2017 Dieter Grimm ha tenuto una lunga conferenza dal titolo *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*. Il testo è stato pubblicato nel 2020 presso l'editore Duncker & Humblot e la sua traduzione italiana è in corso presso la IISF Press. L'intervista che segue pone al Prof. Grimm solo alcune delle tante domande stimolate dal testo, che ruota attorno ad una questione centrale in quella disputa ovvero la natura giuridica o politica della giustizia costituzionale.

EN

In 2017, Dieter Grimm gave a long lecture entitled “Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage”. The text was published in 2020 by Duncker & Humblot and an Italian translation is in progress at IISF Press. The following interview asks Prof. Grimm just a few of the many questions raised by “Recht oder Politik?”, revolving around an issue which was controversial in that dispute, namely the legal or political nature of constitutional justice.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)