



17 MAGGIO 2023

*federalismi.it*

Fascicolo n. 11/2023

# Il ricorso diretto di costituzionalità nell'era della crisi della politica. *Verfassungsbeschwerde* e *recurso de amparo* tra percorsi di innovazione e apertura alla società\*

**di Giuseppe Naglieri**

Dottore di Ricerca in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali – Università degli Studi di Bari Aldo Moro

**Abstract [It]:** Il contributo analizza il ricorso diretto dei singoli al giudice costituzionale quale istituto trainante del coinvolgimento della giurisdizione costituzionale nella politica. Guardando in particolare alle esperienze paradigmatiche della *Beschwerde* tedesca e del *recurso de amparo* spagnolo, si indaga se ed in quale misura il ricorso diretto abbia progressivamente marginalizzato la sua primaria funzione di tutela dei diritti fondamentali per aprirsi, in entrambi gli ordinamenti a una funzione nuova di rivendicazione e di lotta politica.

**Title:** The individual complaint in the age of the crisis of politics. *Verfassungsgeschwerde* and *recurso de amparo* among paths of innovation and opening to society.

**Abstract [En]:** The paper explores the individual complaint to the constitutional courts as a leading instrument of the involvement of constitutional courts in politics. Looking particularly at the paradigmatic experiences of the German *Beschwerde* and the Spanish *recurso de amparo*, it investigates whether and to what extent the direct appeal has progressively marginalized its primary function of protecting fundamental rights in order to gain, in both systems, a new role as a political claim and challenge.

**Parole chiave:** *Verfassungsbeschwerde*, *Recurso de amparo*, giurisdizione costituzionale, *judicialization of politics*, crisi della politica

**Keywords:** *Verfassungsbeschwerde*, *Recurso de amparo*, constitutional jurisdiction, judicialization of politics, crisis of politics

**Sommario:** 1. Judicialization of politics e giurisdizione costituzionale. 2. La *Verfassungsbeschwerde* e le porte aperte di una corte del popolo. 3. Il *recurso de amparo* tra soggettività, oggettività e giurisdizionalizzazione. 4. Ricorso diretto e pangiuridicismo costituzionale.

## 1. *Judicialization of politics* e giurisdizione costituzionale

La giurisdizionalizzazione della politica non è certo un fenomeno recente: la dottrina politologica rileva fin dagli anni Novanta una crescente tendenza al protagonismo delle corti nella determinazione delle politiche pubbliche<sup>1</sup>, fenomeno che si rende ancor più manifesto rispetto a quei giudici dotati del potere di esercitare forme di *constitutional review*<sup>2</sup>.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Cfr. C.N. TATE, T. VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1990.

<sup>2</sup> Così M.L. VOLCANSEK, *Judicialization of Politics or Politicization of the Courts in New Democracies?*, in C. LANDFRIED (eds.), *Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 66.

A ben guardare, però, scorrendo specificamente dei rapporti tra giurisdizione costituzionale e potere politico, degli effetti sul circuito della decisione politica delle decisioni costituzionali e, in ultima istanza, del tasso di politicità dell'attività posta in essere dal giudice costituzionale, si dovrebbe rilevare che la questione, autentico *punctum crucis* della giustizia costituzionale, rimonti sino al sorgere dell'esperienza europea di giurisdizione costituzionale.

Come è stato recentemente rammentato, lo stesso Kelsen riconosceva l'intrinseca natura politica della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, operando una distinzione meramente quantitativa tra la discrezionalità del giudice costituzionale e quella del legislatore<sup>3</sup>, laddove invece la dottrina successiva «ha quasi sempre usato le due classi [politico e giurisdizionale, n.d.a.] come contrapposte, modificando e poi contribuendo a consolidare un uso delle qualificazioni distante da quello di Kelsen, pur quasi sempre additato quale *argumentum quoad auctoritatem*»<sup>4</sup>.

Le Costituzioni della seconda metà del Novecento, che hanno ampliato il parametro costituzionale, codificato principi e valori confliggenti, ed esteso l'oggetto di scrutinio, fino alle leggi di revisione<sup>5</sup>, hanno contribuito a mutare sensibilmente il ruolo della giurisdizione costituzionale, il cui potere, con il consenso dei costituenti e dei legislativi, si è andato espandendo, non già più nel senso della correzione o integrazione delle decisioni del potere rappresentativo, ma ad esse sostituendosi, con strumenti processuali pervasivi, di sovente sorti nella prassi giurisdizionale, in una sorta di processo di costante e crescente auto-legittimazione: «*judicialization creates, in other words, a feedback loop that makes the process regenerative. At its core, judicialization presumes that judges face few or no constraints*»<sup>6</sup>.

Se però, come è stato sostenuto, «*every Court has its Marbury moment*», nel quale cioè una Corte apicale «*asserts new jurisdiction or claims powers to control elected officials but does so in a subtle or strategic way that makes it hard for politicians to reject it*»<sup>7</sup>, è pure vero che occorre guardare alle cause di quella che è stata definita «*judicialization of mega-politics*», vale a dire l'assunzione da parte delle Corti di un ruolo centrale in questioni politiche di primo piano<sup>8</sup>, che espande i confini del coinvolgimento della giurisdizione nella sfera politica «*beyond the ambit of constitutional rights or federalism jurisprudence, and take the judicialization of politics to a point that*

---

<sup>3</sup> Così L. PEGORARO, *Politico e giurisdizionale a cento anni dal Verfassungsgerichtshof*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2020, p. 903 e ss.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 904.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 905.

<sup>6</sup> M. L. VOLCANSEK, *Judicialization*, cit., p. 72, il quale a sua volta cita C. HONNIGE, *The Electoral Connection: How the Pivotal Judge Affects Oppositional Success at European Constitutional Courts*, in *West European Politics*, vol. 32, 2010.

<sup>7</sup> J. FERREJOHN, *Judicial Power: Getting It and Keeping It*, in D. KAPISZEWSKI (eds.), *Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 353.

<sup>8</sup> R. HIRSCL, *Judicialization of Politics*, in R. E. GOODIN (eds.), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 5.

*far exceeds any previous*<sup>9</sup> e che ha oramai condotto ad ogni latitudine le Corti – e quelle costituzionali in particolare – ad assumere un ruolo cruciale nei processi di *policymaking*.

Un fenomeno così esteso e pervasivo, che, che supera le peculiarità delle famiglie giuridiche e finisce oggi per affermarsi universalmente, non può che trovare nell'attitudine delle corti – per tale intendendo il *judicial behavior*, variamente determinato dalla responsività e dall'attenzione delle corti all'opinione pubblica, dall'aderenza a talune narrative, dai posizionamenti ideologici dei giudici e dell'intero collegio, da elementi culturali e di formazione, da considerazioni strategiche rispetto ai rapporti con altri organi costituzionali – solo una prima risposta, che si unisce almeno ad altre due determinanti, vale a dire gli elementi istituzionali di ciascun ordinamento (come la posizione della corte apicale nell'apparato giurisdizionale e politico, le sue funzioni, le forme di accesso e le competenze attribuitegli) e gli assetti del sistema politico (il livello di frammentazione e polarizzazione politica, anche sul piano territoriale, lo stato di salute del sistema rappresentativo e il livello di disaffezione dei cittadini rispetto alla politica tradizionale o la percezione delle capacità di funzionamento del sistema di partiti).

Il differente atteggiarsi (storicamente dato, eppure soggetto ad evoluzioni non di poco conto) dei tre elementi può dunque comportare modelli e livelli diversi di coinvolgimento delle corti nella politica: forme piuttosto estese di accesso alla giustizia, a fronte di un *judicial behavior* segnato da forte interventismo, in sistemi politici ad alta polarizzazione o frammentazione, producono un intenso coinvolgimento delle Corti nei processi di decisione politica, potenzialmente in grado di incidere gli elementi essenziali della forma di stato, di mutare i rapporti tra organi rappresentativi e cittadinanza, di trascinare le Corti nell'agone politico.

Tornando alla precipua dimensione della giustizia costituzionale dell'Europa continentale e indagando in prospettiva evolutiva le interazioni tra forme di accesso, *judicial behavior* e assetti del sistema politico, il presente lavoro intende guardare al ricorso diretto dei singoli al giudice costituzionale quale istituto trainante del coinvolgimento della giurisdizione costituzionale nella politica. Guardando in particolare alle esperienze paradigmatiche della *Beschwerde* tedesca e del *recurso de amparo* spagnolo, si sosterrà che il ricorso diretto abbia progressivamente marginalizzato la sua primaria funzione di tutela dei diritti fondamentali per aprirsi a una funzione nuova di rivendicazione e di lotta politica, proprio attraverso i percorsi di oggettivizzazione che lo hanno investito, con tempi e forme diverse, in entrambi gli ordinamenti e seguendo le vicende dei rapporti tra politica e giurisdizione costituzionale in ciascuno di essi.

Tale transizione, forse ancora troppo poco oggetto di analisi e che è anche portato dell'oggettivazione, si mostra stabilmente con il radicarsi della crisi dei partiti tradizionali, con l'acuirsi della polarizzazione e

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

della conflittualità politica, con l'avvento del populismo e con l'entrata in crisi della democrazia rappresentativa e dei partiti politici tradizionali: tanto in Spagna quanto in Germania può forse dirsi che le riforme, tese a ridurre il carico di lavoro del giudice costituzionale e culminate nell'oggettivazione della *Verfassungsbeschwerde* e del *recurso de amparo*, abbiano paradossalmente accresciuto la funzione di difesa dell'effettività della norma fondamentale: la *especial trascendencia constitucional* e l'equivalente tedesco della *grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt* hanno forse finito per attribuire alla cittadinanza una ancor più intensa funzione di sorveglianza della costituzionalità dell'ordinamento, o, quantomeno, per attribuire alle corti attraverso il ricorso diretto una funzione di controllo astratto che nella lesione del diritto fondamentale non trova altro che un'occasione.

## 2. La *Verfassungsbeschwerde* e le porte aperte di una corte del popolo

Indagando le ragioni del perdurante interesse italiano al modello della *Verfassungsbeschwerde*, il compianto Jorg Luther poneva in rilievo come il ricorso costituzionale costituisca «il rituale di una cittadinanza che difendendo i propri diritti, difende anche la democrazia e lo stato di diritto di tutti»<sup>10</sup> così enfatizzando le finalità di un istituto idoneo a rafforzare le garanzie contro l'arbitrio delle maggioranze anche in «momenti di fallimento dell'opposizione o dei partiti politici», nonché nei casi in cui il ricorso al controllo di costituzionalità o il ricorso delle minoranze parlamentari al giudice costituzionale si dovesse rilevare insufficiente.

Tale considerazione pone certamente in luce la dinamica di un istituto che naturalmente genera, in una cittadinanza sempre più autocosciente, un moto di partecipazione alle decisioni pubbliche che spesso non riesce a trovare albergo nelle strutture della politica tradizionale e che anzi contro questa si dirige e articola la sua proposta e la sua visione attraverso la giustizia costituzionale<sup>11</sup>.

La visione della Costituzione come processo pubblico aperto e pluralistico, che affiora fin dai primi scritti di Peter Häberle<sup>12</sup>, si inverte d'altronde nella ontologia stessa del ricorso diretto al giudice costituzionale, che rappresenta, nella società aperta degli interpreti costituzionali, uno strumento di apertura del processo democratico dal basso, di attuazione e interpretazione pluralistica della norma fondamentale<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> J. LUTHER, *Il rinnovato interesse italiano per la Verfassungsbeschwerde*, in R. TARCHI (a cura di) *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 96.

<sup>11</sup> Similmente, I. VON MÜNCH, *El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania*, in *Revista de estudios políticos*, vol. 7, 1979, p. 288.

<sup>12</sup> P. HABERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation*, in *JuristenZeitung*, vol. 10, 1975, pp. 297–305, nonché ID., *Öffentlichkeit und Verfassung: Bemerkungen zur 3. Aufl. von Jürgen Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1968)*, in *Zeitschrift für Politik*, vol. 16, 1969. Altresì si veda ID., *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 121.

<sup>13</sup> Cfr. C. GUSY, *Die Verfassungsbeschwerde*, in R.C. VAN OUYEN, M.H.W. MÖLLERS (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Auflage, Springer, Wiesbaden, 2015, pp. 344 e ss.

Nessuno dubita, infatti, che un tale istituto, pur depurato di quei connotati di romanticismo che lo accostano alle vicende del mugnaio di San-souci e riformato in senso oggettivo e sussidiario, miri altresì ad accordare al corpo sociale una forma di intervento a garanzia effettiva della Costituzione e uno strumento di educazione alla lealtà costituzionale<sup>14</sup>.

Ciò rappresenta d'altronde il precipitato del *Doppelcharakter* (o *doppelte Funktion*) riconosciuto alla *Verfassungsbeschwerde* dallo stesso *Bundesverfassungsgericht*, istituto di garanzia dei diritti fondamentali, con effetto cassatorio (*kasuistischen Kassationseffekt*) da un lato e strumento di protezione oggettiva del diritto costituzionale e di supporto alla sua interpretazione e al suo sviluppo, con un proprio effetto educativo generale (*generellen Edukationseffekt*) dall'altro<sup>15</sup>.

Alle due classiche funzioni, soggettiva ed oggettiva, della *Beschwerde* la dottrina ha invero ben presto iniziato ad associarne una terza, che alle prime due si accosta senza sostituirsi e che da entrambe trae il suo fondamento. Si tratta di ciò che Erhard Blankenburg ha chiamato mobilitazione per il diritto<sup>16</sup> (*Mobilisierung des Rechts*), intendendo così il ricorso costituzionale come uno strumento nelle mani della cittadinanza per fare rispettare la legge fondamentale (*Mobilisierung der Bürger für die Durchsetzung des Verfassungsrechts*). A ben guardare, gli stessi dibattiti risalenti al momento della formazione del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* contemplavano una tale funzione, se è vero che apertamente si discorreva della *Beschwerde* come istituto atto a promuovere la partecipazione attiva del cittadino («*aktive Teilnahme des Bürgers*») alla piena realizzazione della democrazia<sup>17</sup>, ad attribuire all'individuo «la consapevolezza e l'opportunità di potersi confrontare con lo Stato come soggetto e difensore della democrazia»<sup>18</sup>.

Tale funzione collaterale, ancora poco esplorata dalla dottrina<sup>19</sup>, sembra per vero emergere sempre più prorompente: da decenni si assiste ad un incremento delle cosiddette *Massenbeschwerde*, ricorsi costituzionali di massa provenienti dalle più varie realtà della società civile, prevalentemente orientati a incidere sulle deliberazioni del Parlamento e a ribaltare atti di natura legislativa<sup>20</sup>: come ha rilevato Alec

<sup>14</sup> Della funzione educativa della *Verfassungsbeschwerde* discorre P. HABERLE (trad. di A. D'ATENA) *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 43, citando a sua volta le parole di K. ZWEIGERT, *Die Verfassungsbeschwerde*, in *JuristenZeitung*, 1952, p. 321 e ss.

<sup>15</sup> Così BVerfGE 33, 247. Del ricorso costituzionale come «specifico mezzo di tutela giurisdizionale del diritto costituzionale oggettivo» (*spezifisches Rechtsschutzmittel des objektiven Verfassungsrechts*) il Tribunale ha discorso in tutta la giurisprudenza successiva (BVerfGE 85, 109, 113; 98, 218, 243).

<sup>16</sup> Cfr. E. BLANKENBURG, *Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie*. Springer, Berlin, 1995. Altresì si veda C. R. EPP, *Law as an Instrument of Social Reform*, in K. E. WITTINGTON (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 595 e ss., nonché M. W. MCCANN, *Litigation and legal mobilization*, in K. W. WITTINGTON (eds.), *The Oxford*, cit., p. 522 e ss.

<sup>17</sup> Così riferisce C. GUSY, *op. cit.*, p. 344.

<sup>18</sup> Cfr. C. GUSY, *op. cit.*, p. 344, il quale cita le espressioni di W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Vahlen, Berlin, pp. 237-274.

<sup>19</sup> Cfr. C. GUSY, *op. cit.*, p. 346.

<sup>20</sup> Cfr. C. SCHREIRER, *Die Massenverfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht. Versuche der Revision von Rechtsnormen durch Bürgerinitiativen*, Maecenata Institut, Opusculum n. 51, 2011.



Stone Sweet nel 2000, «privati, società e gruppi di interesse che vogliono provocare riforme di leggi e porre vincoli all'esercizio della discrezionalità del potere legislativo per il futuro, hanno interesse a promuovere un contenzioso che sollevi questioni costituzionali. [...]. Il risultato è che i processi costituzionali sono diventati arene di *policy making* che integrano, e volte rivaleggiano, con il legislatore. Nei sistemi in cui esiste la procedura di reclamo individuale, tale risultato è di gran lunga amplificato»<sup>21</sup>.

A partire dagli oltre 1300 ricorrenti avverso la *Volkszählungsgesetz*, la legge sul censimento del 1982, passando per lo storico ricorso contro la legge sulla conservazione dei dati personali per motivi di sicurezza in attuazione della direttiva 2006/24/CE (*Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*) che contava 34 mila ricorrenti, per la ELENA-*Beschwerde*, ricorso intentato contro la legge sull'archiviazione centralizzata dei dati dei lavoratori dipendenti, per la «causa costituzionale tramite catena umana»<sup>22</sup> (*Verfassungsklage per Menschenkette*) contro il CETA, o ancora per i molteplici ricorsi costituzionali di cui è costellata la strada dell'integrazione europea (*Integrationsverfassungsbeschwerde*), sino alla dirompente *Klima-Urteil* del 2021, il ricorso costituzionale è sempre più divenuto un palco alternativo della politica (*Nebenbühne der Politik*) ed un muro del pianto della cittadinanza (*Klagemauer von Bürgern*)<sup>23</sup>.

Una nuova relazione si è dunque progressivamente forgiata tra giustizia costituzionale e democrazia, attribuendo al cittadino una nuova dimensione di partecipazione alla vita pubblica, giacché il processo politico non culmina con l'approvazione della legge in seno agli organi rappresentativi eletti, ma può proseguire attraverso la *Verfassungsbeschwerde*, che realizza così quel *Verfassungspatriotismus* predicato da Habermas<sup>24</sup>.

Ma la transizione della *Verfassungsbeschwerde* nel senso della sua trasformazione in uno strumento politico ad uso di una pluralità di realtà sociali per cambiare lo *status quo*, fare politica attraverso la giustizia costituzionale e rappresentare così la propria disaffezione alle istituzioni rappresentative, rappresenta solo parzialmente i mutamenti che il ricorso costituzionale ha attraversato nel tempo: c'è almeno una altra tendenza che può registrarsi ed è l'approccio politicamente orientato al ricorso diretto da parte delle forze politiche. Ciò comporta, più che l'avvento di un governo dei giudici alla Lambert, una condizione di “*governing with judges*”, nella quale cioè, come ha sostenuto Alec Stone Sweet, «la competizione interpartitica per il controllo dei risultati politici genera il rinvio delle leggi della maggioranza alla Corte, delegando

---

<sup>21</sup> A. STONE SWEET, *Governing with judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 89.

<sup>22</sup> Cfr. S. THIERSE, *Mobilisierung des Rechts: Organisierte Interessen und Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *Politische Vierteljahresschrift*, vol. 61, 2020, p. 553.

<sup>23</sup> Cfr. E. BLANKENBURG, *Die Verfassungsbeschwerde – Nebenbühne der Politik und Klagenmaure von Bürgern*, in *Kritische Justiz*, n. 2, 1998.

<sup>24</sup> J. HABERMAS, *Between Facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, MIT Press, Boston, 1998, pp. 465 e ss., cit. in J. FOREJOHN, P. PASQUINO, *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, in *Texas Law Review*, vol. 82, 2004, p. 1687 e ss.

l'autorità legislativa ai giudici e legittimando la creazione di norme a livello costituzionale. L'opposizione, perseguendo i propri obiettivi politici, lavora per consolidare la giurisdizionalizzazione»<sup>25</sup>.

Tale è la parabola della *Integrationsverfassungsbeschwerde*, dalla *Maastricht-Urteil*, passando per la *EZB-Urteil* della primavera del 2020, e sino alla più recente sentenza sulla costituzionalità della ratifica della decisione sulle risorse proprie dell'Unione (*Eigenmittelbeschluss-Urteil*): ciascuno di questi ricorsi costituzionali è il precipitato processuale delle posizioni politiche delle realtà prossime al conservatorismo di matrice ordoliberalista o all'ultradestra di *Alternative für Deutschland*, che, mobilitando il proprio elettorato, ricorrono al Tribunale costituzionale per sfidare, nelle aule di Karlsruhe, le posizioni delle maggioranze parlamentari contingenti.

Ora, tornando alle tre determinanti della giurisdizionalizzazione esposte in apertura, viene da chiedersi quale ruolo abbia avuto il *judicial behavior* del *Bundesverfassungsgericht*, quale invece la regolamentazione processuale della *Beschwerde*, e quale l'assetto del sistema politico. I primi due elementi sono invero in stretta connessione, considerato che è propriamente l'opera interpretativa del BVerfG che ha progressivamente mutato presupposti processuali, parametro e oggetto della *Verfassungsbeschwerde*, aprendone fortemente la dimensione oggettiva.

In tale percorso non possono non annoverarsi le celebri sentenze *Elfes* e *Lüth*, che si iscrivono in quello scontro su due fronti (*Doppelte Fronstellung*)<sup>26</sup> di auto-emancipazione<sup>27</sup> (*Selbstermächtigung*) e di affermazione di autorità del Tribunale rispetto alla politica e alla giurisdizione ordinaria<sup>28</sup>. La nota *Elfes-Urteil* ha contribuito ad ampliare il parametro del ricorso costituzionale, teorizzando, in una interpretazione estensiva dell'art. 2 GG, una libertà generale di agire (*allgemeine Handlungsfreiheit*), ed ha aperto la strada a un controllo tramite *Beschwerde* del diritto costituzionale oggettivo, attraverso una sua soggettivazione<sup>29</sup>; la successiva *Lüth-Urteil* ha esteso, teorizzando l'effetto di irradiazione dei diritti fondamentali (*Ausstrahlungswirkung*), l'oggetto del ricorso diretto ai rapporti interprivati (*Mittelbare Drittwirkung*, effetto indiretto verso i terzi), attraverso la mediazione dei principi del diritto civile da interpretare alla luce del sistema di valori (*Wertesystem*) rappresentato dai diritti fondamentali<sup>30</sup>; e la giurisprudenza sull'integrazione

<sup>25</sup> A. STONE SWEET, *op. cit.*, p. 89.

<sup>26</sup> Così C. MOLLERS, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp, Berlin, 2011, pp. 355 e ss.

<sup>27</sup> Cfr. M. BALDUS, *Frühe Machtkämpfe – Zu den historischen Gründen der Autorität des Bundesverfassungsgerichts*, in T. HENNE, A. RIEDLINGER (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005, p. 237.

5.1. <sup>28</sup> S. LENZ, *Das Elfes-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1957*, in *Rechtswissenschaft*, n. 2, 2016, p. 161 e ss.

<sup>29</sup> Cfr. H. BETHGE, *Die Grenzen grundrechtlicher Subjektivierung objektiven Verfassungsrecht*, in O. DEPENHEUER (Hrsg.), *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, C. F. Müller, Heidelberg, 2007, p. 613.

<sup>30</sup> F. SAIITO, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in G. REPETTO, F. SAIITO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, Jovene, Napoli, 2021, p. 61.



europa, con l'introduzione, con la progressiva estensione dell'*Identitätskontrolle* e dell'*Ultra-vires-kontrolle* ha consentito al BVerfG di servirsi del ricorso costituzionale per mantenere un protagonismo indiscusso non solo nell'ambito del sistema integrato dei diritti fondamentali in Europa<sup>31</sup>, ma anche di svolgere un controllo che non ha precedenti sui momenti di accelerazione e di arresto della costruzione europea.

La amplissima interpretazione dei diritti coperti dalla *Beschwerde*, che ha condotto dall'originario controllo della violazione di taluni diritti fondamentali ad un controllo della legalità e della ragionevolezza costituzionale in funzione oggettiva<sup>32</sup>, l'abbandono di un *petitum* meramente cassatorio in favore di un dispositivo generico e mutevole, accompagnato alla *panoplia* di modelli decisori introdotti in via pretoria e che il Tribunale adotta in tutti i procedimenti, compreso il ricorso costituzionale<sup>33</sup> – tutte circostanze che hanno fatto discorrere eminenti processualisti della necessità di un ritorno ad un ricorso costituzionale puro, una *Echte Verfassungsbeschwerde* – la giurisprudenza sull'integrazione europea e, in particolare, l'orientamento che proietta il diritto all'autodeterminazione democratica (*Recht auf demokratische Selbstbestimmung*), riveniente dalla lettura sistematica dagli artt. 38 comma 1, 20 comma 1 e 79 comma 3 del *Grundgesetz* sugli atti delle istituzioni europee, hanno finito per attrarre e favorire forme di *litigation* politicamente orientate, volte a mutare la realtà sociale e le politiche della maggioranza attraverso il ricorso diretto.

Di più, per ciò che attiene alla *Integrationsverfassungsbeschwerde*, si è detto che la giurisprudenza del BVerfG abbia finito per incoraggiare ricorsi volti a rappresentare nelle aule di Karlsruhe una visione politica euro-scettica, antisolidaristica e ispirata ai canoni ordoliberalisti, provenienti non solo dalla società civile, ma da forze politiche presenti in Parlamento che tentano di opporsi alle politiche della maggioranza ricorrendo alla giustizia costituzionale<sup>34</sup>.

Alla stessa tendenza di dilatare e ammorbidire la natura e i requisiti della *Verfassungsbeschwerde*, che ha finito per ispirare la società civile a volgere rivendicazioni politiche al Tribunale Costituzionale risponde la decisione – che pure appare più tollerabile, considerate le istanze dei ricorrenti – nota come *Klima-Urteil*, che, introducendo la nozione di protezione intertemporale dei diritti (*intertemporale Freiheitsicherung*) ha accolto le istanze di giovani attivisti dell'associazione *Fridays for future* contro le politiche di contrasto al cambiamento climatico del legislativo federale, compendiate nel *Klimaschutzgesetz*.

Virando ora ai mutamenti del sistema politico, e provando a indagare come questi abbiano inciso nella conformazione della *Beschwerde* quale strumento alternativo di rivendicazione politica, occorre richiamare

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>32</sup> C. PESTALOZZA, *Die Echte Verfassungsbeschwerde, Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 18. Oktober 2006*, De Gruyter, Berlin, 2007, p. 22 e ss.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> H. SAUER, *Substantive EU law review beyond the veil of democracy: the German Federal Constitutional Court ultimately acts as Supreme Court of the EU*, in *EU Law Live*, n. 16, 2020, p. 8.

anzitutto il ruolo che il BVerfG ha svolto rispetto al potere politico a partire dagli anni Cinquanta, affermandosi come contrappeso istituzionale al cancellierato forte e maggioritario<sup>35</sup>, fase storica che ha contribuito più d'ogni altra all'affermazione del Tribunale nell'immaginario collettivo e al raggiungimento di uno straordinario livello di approvazione popolare<sup>36</sup>: alla giurisprudenza del primo decennio, finalizzata a recidere ogni rapporto con il recente passato nazional socialista, ad aprire il sistema economico al mercato e a liberarlo dai vecchi vincoli regolatori, nonché a dare avvio alla giurisprudenza sui diritti fondamentali, primo tra tutti il diritto di manifestazione del pensiero, è seguita quella coeva ai governi socialdemocratici di Willy Brandt, tesa a ingaggiare con la politica storiche battaglie sulla leva obbligatoria, l'amministrazione universitaria, le relazioni con la RDT, il finanziamento delle campagne elettorali e, per ben due volte, l'aborto<sup>37</sup>, tutte circostanze che hanno alimentato una narrativa contro-maggioritaria, la quale ha rafforzato la visione del *Bundesverfassungsgericht* come "corte del popolo"<sup>38</sup>, aperta al dialogo con la cittadinanza, che ha sempre più visto nel giudice costituzionale quel giudice a Berlino (o a Karlsruhe) che cercava il mugnaio di San-Souci.

Guardando invece alla giurisprudenza dell'ultimo quindicennio, non può invece non segnalarsi un cambio di attitudine del BVerfG, primariamente visibile nella giurisprudenza sull'integrazione europea, eppure manifestatosi in numerosi ambiti del diritto costituzionale, che è coinciso con l'avvento dei governi di grande coalizione guidati dalla Cancelliera Merkel. Come un recente e illuminante studio di Florian Meinel segnala, la competizione politica per la cancelleria, che è stata un meccanismo fondativo nella conformazione della forma di governo e dell'intero assetto parlamentare, è cessata nel 2005, anno a partire dal quale la competizione politica si è ridotta a una corsa tra partiti per essere lo *junior* partner nelle coalizioni a guida Merkel. Ciò ha limitato fortemente la dialettica parlamentare e, soprattutto, per via delle amplissime maggioranze, ha ridotto la dipendenza del governo federale dalla maggioranza parlamentare, spostando il processo decisionale fuori dal parlamento, in seno all'esecutivo<sup>39</sup>.

In un tale assetto politico il *Bundesverfassungsgericht* ha visto il rischio di una super maggioranza priva di contrappesi istituzionali, solida al punto da potere approvare in solitaria revisioni costituzionali. La

---

<sup>35</sup> Cfr. A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni Costituzionali* n. 1, 2020, i quali citano, tra gli altri C. SCHÖNBERGER, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in C. SCHÖNBERGER, M. JESTAEDT, O. LAPSIUS, C. MÖLLERS, *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp, Berlin, 2011, pp. 16-17; O.W. LEMBCKE, *Das Bundesverfassungsgericht und die Regierung Adenauer – vom Streit um den Status zur Anerkennung der Autorität*, in R.C. VAN Ooyen, M.H.W. MÖLLERS (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Auflage, Springer, Wiesbaden, 2015, pp. 231-243.

<sup>36</sup> C. MOLLERS, *Legality, Legitimacy, and Legitimation of the Federal Constitutional Court*, in M. JESTAEDT (ed.) *The Court without Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 137-138.

<sup>37</sup> F. MEINEL, *The Merkel Court: Judicial populism since the Lisbon Treaty*, in *European Constitutional Law Review*, n. 1, 2023, p. 120.

<sup>38</sup> Così A. VOÛLE, C. BUMKE, *German Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 28.

<sup>39</sup> F. MEINEL, *op. cit.*, p. 118.

risposta del Tribunale è stata quella di operare uno stretto controllo sul processo di integrazione europea – è questo, non a caso, il momento nel quale il BVerfG adopera per la prima volta il cd. *Identitätskontrolle*, con la *Lissabon-Urteil* del 2009 – attraverso una limitazione del potere di revisione costituzionale mossa da una interpretazione sistematica e sostanziale del diritto all'autodeterminazione democratica e il riconoscimento di una responsabilità costituzionale del *Bundestag* per l'integrazione (*Integrationverantwortung*). Tale orientamento, teso ad attribuire al legislativo il potere/dovere di vagliare l'implementazione del diritto europeo alla luce dei principi costituzionali, ha però finito per distorcere il ruolo del *Bundestag* nella forma di governo, che non è più quello di una assemblea che controlla il Governo, giacché invece è egli stesso destinatario di una responsabilità che deriva dal nucleo della sua funzione rappresentativa<sup>40</sup>, e della quale non può in nessun caso spogliarsi: enfatizzare la responsabilità del legislativo<sup>41</sup> ha finito per accentuare la competenza del *Bundestag* nel processo legislativo e appannarne invece la funzione di controllo sull'esecutivo, e per costituzionalizzare e cristallizzare quel dualismo istituzionale tra il *Bundestag* ed un esecutivo federale burocratico e tecnico che agisce in autonomia che si è visto negli anni della grande coalizione. Ma verso chi è esercitata una tale responsabilità? Quale è la sua funzione? Secondo il *Bundesverfassungsgericht*, la risposta a tali domande è sempre la stessa, e vale a dire il popolo, nel cui diritto all'autodeterminazione democratica risiede il diritto a non vedere spogliati i poteri dell'assemblea rappresentativa, e qualora ciò accada, qualora gli stessi rappresentanti eletti rinunzino ad esercitare la loro responsabilità costituzionale, la *Volkswille* non può che dirigersi contro il Parlamento, e rivolgersi al *Bundesverfassungsgericht* che così si colloca nel sistema costituzionale come l'autentico rappresentante del popolo, contro la volontà dei rappresentanti eletti<sup>42</sup>. Quale è allora lo strumento attraverso il quale affermare ed estendere un tale «*ideal of a non-electoral form of popular representation against the alleged imperfections of electoral politics*» se non il ricorso diretto al giudice costituzionale? Tale è stata la sorte della *Integrationsverfassungsbeschwerde*, divenuta, attraverso la giurisprudenza sopra descritta, una autentica *actio popularis*, e la stessa potrà essere la sorte del ricorso diretto in numerosi altri ambiti dell'ordinamento, qualora il Tribunale costituzionale dovesse perseverare nell'accentuare la responsabilità del legislatore<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> F. MEINEL, *op. cit.*, pp. 126-127.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Secondo F. MEINEL, *op. cit.*, p. 127, «*The Volkswille the Court envisages needs a representative specifically against the parliament. As matters stand, this can be none other than the Federal Constitutional Court itself, which in this way sets itself up as the true representative of the people against parliamentary representation*».

<sup>43</sup> A ben guardare, anche la succitata *Klima-Urteil* si fonda sul riconoscimento di una *Verantwortung für die künftigen Generationen* in capo al Parlamento. Di più, come rammenta F. MEINEL, *op. cit.*, p. 125, il concetto di responsabilità è stato esteso dal BVerfG ben oltre l'integrazione europea, per esempio allorché il Tribunale ha riconosciuto una responsabilità del *Bundestag* per il bilancio federale (*Haushaltsverantwortung*).

Del varco che il ricorso costituzionale apre nel sistema politico, della capacità della *Beschwerde* di fungere da catalizzatore dei processi politici e di mutamenti costituzionali a lungo richiesti<sup>44</sup>, la cittadinanza ha fatto sempre più uso, guardando alla *Beschwerde* come ad un efficace strumento di partecipazione politica, come alternativa alla politica tradizionale, ma anche come parte di campagne mediatiche volte a richiamare l'attenzione dell'opinione pubblica e della politica su battaglie storiche: «la conoscenza della possibilità di poter ricorrere alla Corte costituzionale federale contro qualsiasi violazione di un diritto fondamentale di qualsiasi autorità, senza rilevanti ostacoli procedurali, con la reale aspettativa, provata da regolari comunicati stampa sui ricorsi costituzionali di successo, di poter ottenere una vittoria anche contro le più alte istituzioni dello Stato, è profondamente radicata nella coscienza dei cittadini e porta alla Corte costituzionale federale»<sup>45</sup>.

### 3. Il *Recurso de amparo* tra soggettività, oggettività e giurisdizionalizzazione

Prima di entrare nelle riflessioni sul *recurso de amparo* nell'ordinamento spagnolo, deve segnalarsi un duplice elemento, che potrà altresì giustificare, almeno parzialmente, la differente intensità del mutamento del ricorso diretto nei due ordinamenti, vale a dire, da un lato, la presenza nell'ordinamento tedesco – e in casi nemmeno così eccezionali – di un ricorso costituzionale avverso leggi (*Rechtssatzverfassungsbeschwerde*), circostanza che non si dà in Spagna, pur nonostante alcune aperture del Tribunale sui casi eccezionali di *amparo contra leyes* delle quali si dirà; e, dall'altro, la ben più ampia discrezionalità riconosciuta al *Bundesverfassungsgericht* nel momento di decidere dell'ammissibilità dei ricorsi, se è vero che mentre in Spagna, con l'entrata in vigore della LO 6/2007, la *admisión a tramite* del *recurso de amparo* avviene previo esaurimento di tutti i mezzi di tutela previsti dall'ordinamento, con prova dell'elemento soggettivo – la lesione di un diritto fondamentale compreso tra gli artt. 14 e 30 CE – e della *especial trascendencia constitucional* – espressione, come noto, chiarita, nella celebre STC 155/2009 – il BVerfG, ai sensi della §90 BVerfGG può ammettere un ricorso prima che siano stati esperiti i ricorsi ordinari «se il ricorso è di interesse generale ovvero qualora il ricorrente subirebbe uno svantaggio grave e inevitabile se esperisse prima i rimedi legali», mentre ai sensi della §93a, lettera b), secondo periodo BVerfGG, il Tribunale può ammettere un ricorso che non presenti il requisito della importanza fondamentale per il diritto costituzionale (*grundätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt*), ma che, qualora non ammesso alla decisione di merito, possa comportare per il ricorrente uno svantaggio particolarmente grave.

---

<sup>44</sup> A. VOBULE, *op. cit.*, p. 26, il quale afferma che «*fundamental rights are an especially important catalyst for the constitutionlization of ordinary law*» e che «*the driving force behind this development was and remains the individual constitutional complaint, which has played a significant role in expanding and developing fundamental rights*». Gli autori citano altresì l'opera di G. SCHUPPERT, C. BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Nomos, Baden-Baden, 2000.

<sup>45</sup> M. EICHBERGER, *Die Bedeutung der Verfassungsbeschwerde für das Bundesverfassungsgericht und die deutsche Gesellschaft*, disponibile su IRZ – Dialogue Afroallemand, al link <https://www.irz-dialogue-afroallemand.de>.

Ciò premesso, è dalla natura e dalla funzione del ricorso di *amparo* che occorre muovere per riflettere sulle evoluzioni che questo ha subito<sup>46</sup>.

Ben prima dell'entrata in vigore della riforma tesa all'oggettivazione dell'*amparo* operata con la LO 6/2007 e, in particolare, fin dall'avvio dei lavori del *Tribunal Constitucional*, anche nell'ordinamento spagnolo è stato riconosciuto come, in ragione del *doble carácter* dei diritti fondamentali, «*derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia*», da un lato, e, dall'altro, «*elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución*»<sup>47</sup>, il *recurso de amparo* rechi con sé una doppia finalità, una primaria di protezione, in sede costituzionale, dei diritti e delle libertà fondamentali quando le vie ordinarie di protezione siano risultate non soddisfattorie, a cui si associa quella di difesa oggettiva della Costituzione, servendo così l'azione di *amparo* a un fine che trascende quello individuale, e che consente al Tribunale di operare come interprete supremo della norma costituzionale.

Certo, l'entrata in vigore della legge organica di riforma ha posto nuovamente al centro delle riflessioni la questione della natura del ricorso, giacché l'introduzione, quale requisito di ammissibilità del ricorso, della «enigmatica figura processuale<sup>48</sup>» della *especial transcendencia constitucional*, che, unita all'inversione dell'onere motivazionale dei requisiti di ammissibilità<sup>49</sup>, ha fatto temere per una revisione strutturale del ricorso in senso totalmente oggettivo<sup>50</sup>, quando non di una «*reforma encubierta*» della Costituzione, che invece configura il ricorso come uno strumento marcatamente soggettivo<sup>51</sup>. Certo, sebbene sia lo stesso

---

<sup>46</sup> A riguardo, nonché rispetto alla funzione della *Verfassungsbeschwerde*, si veda il recente studio di L. FABIANO, P. MARTINO, *Acceso e funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale e della sua motivazione. Proposte di lettura*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2022, spec. p. 31 e ss.

<sup>47</sup> STC 1/1981, FJ 2. Parimenti, nella STC 245/1991, il Tribunale ha affermato che «*los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva*».

<sup>48</sup> Così U. ADAMO, *L'amparo costituzionale in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta Online*, n. 3, 2015, p. 670, il quale richiama D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *La especial transcendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la STC 155/2009, de 25 de junio*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 25, 2010, nonché la definizione della *especial transcendencia* quale “arcano” di J.L. REQUEJO PAGÉS, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2008. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 85, 2009, p. 231,

<sup>49</sup> Prendendo in prestito le parole di L.VILLACORTA MANCEBO, *La poco feliz idea (y realidad) de objetivar nuestro recurso de amparo*, in *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, vol. 27, 2012, p. 161 «*La Ley Orgánica 6/2007 introduce la inversión del juicio de admisibilidad, de modo que, en lugar de examinar si concurre alguna causa de inadmisión como se preveía en la regulación previa, se ha de verificar si la demanda de amparo cumple los requisitos necesarios para su admisión, decidiéndose a favor de ésta “solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos” en expresión del artículo 50.1 de la LOTC*».

<sup>50</sup> Del timore di una conversione del Tribunale Constitucional «*en un tribunal de casación constitucional en materia de Derechos fundamentales, como entendemos indisimuladamente se ha pretendido*» ha discusso L.VILLACORTA MANCEBO, *op. cit.*, p. 166.

<sup>51</sup> G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 85, 2007. Sostiene J. ALMAGRO NOSETTE, *La reforma de la justicia constitucional*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 185, che la oggettivazione operata con la LO



Tribunale ad avere affermato, nella nota STC 155/2009<sup>52</sup>, che «*constituye el elemento más novedoso o la 'caracterización más distintiva' (ATC 188/2008, F.J. 3o) de esta regulación del recurso de amparo el requisito sustantivo o de fondo de la 'especial trascendencia constitucional' que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso. En él se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161. b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su 'especial trascendencia constitucional', frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTC]. El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales» e ad avere successivamente ribadito, nonostante contrarie opinioni isolate<sup>53</sup>, che il *recurso de amparo* «*sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales*», permangono dubbi con riguardo agli effetti della riforma, quando non sul piano della sua legittimità costituzionale, su quello della sua opportunità rispetto alla garanzia di effettività della tutela dei diritti fondamentali<sup>54</sup>.*

Ora, la domanda da porsi è se tale ristrettezza nell'accesso al giudizio di *amparo*, sensibilmente intensificata con la sua oggettivazione, abbia avuto effetti sull'uso del ricorso da parte della cittadinanza, nonché da parte delle formazioni politiche. Come si è visto sopra, l'emersione di una terza funzione della *Beschwerde*, quale strumento di rivendicazione politica, si è manifestata almeno in due accezioni, vale a dire l'affermazione di ricorsi costituzionali di massa (*Massenbeschwerden*) provenienti dalla cittadinanza, per mutare lo *status quo* e, in particolare, le politiche delle maggioranze contingenti e l'uso del ricorso costituzionale da parte di talune forze politiche quale strumento di opposizione alle politiche della maggioranza e per affermare, attraverso la giustizia costituzionale, le proprie visioni.

Ad una scorsa della giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo, non si dà un uso sistematico del *recurso de amparo* quale strumento massivo di rivendicazione da parte del corpo sociale. Ciò si deve probabilmente tanto al differente dettaglio delle norme della LOTC rispetto a quelle del BVerfGG – basti pensare alla maggiore semplicità con la quale qualunque cittadino, senza l'intervento di un avvocato, può

---

6/2007 «*roza la constitucionalidad*», giacché «*la limitación de los casos en los que el ciudadano puede acudir al Tribunal Constitucional supone desconocer cuál es la esencia de la legitimación que establece la propia Constitución*».

<sup>52</sup> Reiterato, per esempio, in ATC 64/2014, FJ 4.

<sup>53</sup> In ATC 29/2011, emesso da una sezione del TC, si legge che «*la reforma llevada a cabo por la L. O. 6/2007 en la regulación del recurso de amparo ha eliminado la dimensión subjetiva del recurso de amparo para dotarlo exclusivamente de un significado objetivo*»

<sup>54</sup> Si veda, a riguardo, la critica di L. VILLACORTA MANCEBO, *op. cit.*, p. 158 e ss.



depositare un ricorso al BVerfG – ad aspetti processuali (la maggiore precisione della LOTC nella determinazione dei requisiti del ricorso, e del suo contenuto) come pure, e soprattutto, alle diverse traiettorie dei due tribunali costituzionali nel corso della loro storia.

Il *Tribunal constitucional* spagnolo, costituito e regolato come autentico organo giurisdizionale<sup>55</sup> – pur separato dalla giurisdizione ordinaria – ha interpretato la sua funzione con spirito fortemente giurisdizionale, senza ingaggiare quella lotta che il BVerfG ha condotto con il potere politico all’inizio della sua attività, per vedersi riconosciuta, ben oltre la funzione giurisdizionale che la costituzione gli attribuisce, quella di organo costituzionale, circostanza che lo ha trasformato in un autentico attore politico, in costante dialogo con il legislatore<sup>56</sup> e senza operare, mediante la sua giurisprudenza, quelle relevantissime innovazioni processuali tese ad espandere i confini della sua giurisdizione.

Ciò che invece è possibile registrare, almeno dell’ultimo decennio, nell’evoluzione del *recurso de amparo*, è il secondo dei mutamenti funzionali dei quali si è discusso, ossia l’incremento esponenziale dell’uso dell’*amparo* da parte delle opposizioni, per censurare atti delle maggioranze parlamentari.

Ciò avviene non già per censurare atti aventi forza di legge – avverso i quali, si rammenta, non è l’*amparo* che funge da rimedio, quanto invece i procedimenti per il controllo di costituzionalità, primo tra tutti, nel caso delle minoranze, il *recurso de inconstitucionalidad* proposto da almeno cinquanta deputati o senatori – quanto invece, decisioni o atti senza valore di legge «*emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos*», come disposto dall’art. 42 LOTC, che disciplina l’*amparo parlamentario*.

Uno strumento che, allorquando introdotto nella LOTC ha sollevato le perplessità della dottrina più attenta<sup>57</sup>, ha progressivamente mutato, anche in ragione di una giurisprudenza aperturista del *Tribunal*, la sua funzione, divenendo al giorno d’oggi un pericoloso strumento di ingerenza del giudice costituzionale

---

<sup>55</sup> In G. NAGLIERI, *Giudicare e ottemperare. Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell’esecuzione costituzionale*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2023, si è discusso, a riguardo, di un autentico crittotipo della giustizia costituzionale in Spagna, vale a dire una rappresentazione fortemente giurisdizionale della giustizia costituzionale, unita a una visione strettamente unitaria del concetto di giurisdizione, che porta alla naturale applicazione dei medesimi canoni e delle medesime strutture e categorie logiche del processo comune al processo costituzionale. Come segnalava d’altronde uno dei padri del *Tribunal Constitucional*, guardando criticamente all’esperienza del *Tribunal de Garantías Constitucionales* della Seconda Repubblica, è necessario che «*el Tribunal en su estructura y en su actuación sea un auténtico órgano jurisdiccional, no un órgano político; [que] quienes pueden acudir a él no pretendan del Tribunal soluciones que el Tribunal no puede dar[...]; que en ningún caso sean residenciables ante el Tribunal cuestiones improprias de la jurisdicción constitucional [...]*». Cfr. F. RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, vol. 16, 1982-1983.

<sup>56</sup> Il riferimento è a P. HÄBERLE, *El Tribunal Constitucional como poder político*, in *Revista de Estudios Políticos*, vol. 125, 2004.

<sup>57</sup> L. M. RETORTILLO BAQUER, *El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento*, in *Revista de Administración Pública*, vol. 107, 1985, p. 99. In tale brillante contributo a commento dell’*amparo parlamentario*, l’autore ha sostenuto «*Tengo la impresión de que estamos ante un mecanismo, no sé si constitucional, pero, desde luego, jurídico, enormemente desencajado. No quiero ocultar que espero con curiosidad cuál va a ser el resultado efectivo de estas fórmulas, cuál va a ser el juego que van a proporcionar. Pero tengo la sospecha, y lo digo con absoluto respeto para quienes han pensado o piensan de otra manera, más aún sabiendo que puedo equivocarme en mis apreciaciones; la sospecha, digo, de que sería mejor enderezar rumbo cuanto antes y comenzar a ir haciendo desaparecer esta tan atípica y tan compleja intervención del Tribunal Constitucional. Aunque sólo sea como reflejo de una idea que tengo muy arraigada: la de que no debe abusarse de él en absoluto. La de que —visto el tema desde otra perspectiva— los amparos deben ser, sin duda, excepcionales*».

nell'attività parlamentare, ma prim'ancora un efficace tentativo per bloccare l'attività delle maggioranze contingenti.

Indagando, come con riguardo alla *Beschwerde*, le tre determinanti poste in apertura, si direbbe dunque che l'esistenza di un tale inedito strumento di controllo dell'attività parlamentare abbia consentito al *Tribunal Constitucional* dapprima di superare la dottrina dell'*interna corporis acta* e, successivamente, di entrare all'occorrenza pericolosamente nel merito delle deliberazioni parlamentari.

Se, sino alla Sentenza n. 188/1988, dottrina e giurisprudenza concordavano sul fatto che gli atti interni delle Camere costituissero un limite invalicabile all'attività del giudice costituzionale<sup>58</sup>, è con quest'ultima decisione che il Tribunale ha operato una inversione di marcia, affermando che la giurisprudenza precedente – la quale sosteneva che restano esclusi dal controllo in via di *amparo* ex art. 42 LOTC gli atti interni della camera – non può escludere tuttavia la possibilità di esaminare se quegli atti abbiano prodotto in concreto una violazione dei diritti fondamentali cui la Costituzione attribuisce la tutela rafforzata dell'*amparo*. La dottrina degli *interna corporis* sarà dunque applicabile, secondo il Tribunale, solo qualora gli atti avverso cui si ricorre non abbiano comportato una lesione ai diritti fondamentali. Il Tribunale non può dunque conoscere, attraverso l'art. 42 LOTC, di alcun atto che non comporti la lesione di diritti, mentre invece «*en cuanto un acto parlamentario afecte a un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional, sale o transcende de la esfera irrevisable propia de los interna corporis acta, y corresponde a este Tribunal el examen, pero sólo ello, de la virtual lesión de tales derechos o libertades*»<sup>59</sup>.

Quali sono dunque gli effetti di una tale giurisprudenza sulla finalità del *recurso de amparo*? La risposta è presto detta, giacché tanto nei parlamenti autonomici quanto nelle *Cortes*, si è preso a utilizzare l'*amparo* ex art. 42 LOTC quale strumento per ricorrere al Tribunale costituzionale avverso gli atti parlamentari, lamentando la lesione dell'art. 23 comma CE, che riconosce il diritto alla rappresentanza politica e, in particolare, del secondo comma dell'articolo, il quale garantisce non solo l'accesso in condizioni di parità alle cariche elettive, ma anche che i rappresentanti non siano turbati nell'esercizio del mandato rappresentativo e che svolgano le loro funzioni in conformità con ciò che dispone la legge (*ius in officium*)<sup>60</sup>, da cui discende il dovere degli organi parlamentari di non adottare atti idonei a limitare

---

<sup>58</sup> Si vedano gli AATC 183/1984, FJ 2; 12/1986; 706/1966; 292/1986. Nella prima delle ordinanze, si effettua una distinzione tra atto con rilevanza interna e atto che incide su relazioni esterne all'organo: «*un acto interno de la cámara tiene por finalidad la regulación de las relaciones que existen entre la cámara y sus propios miembros. No es, por tanto, una norma que deba regular las relaciones de la cámara con terceros vinculados con ella por relaciones contractuales o funcionariales, sino un acto puramente interno de un órgano constitucional. Característica propia de éstos es la independencia y el aseguramiento de ésta obliga a entender que, si bien sus decisiones, como sujetas que están a la Constitución y a las leyes, no están exentas del control jurisdiccional, sólo quedan sujetas a este control cuando afectan a relaciones externas del órgano o se concretan en la redacción de normas objetivas y generales susceptibles de ser objeto del control de inconstitucionalidad, pero ello sólo, naturalmente, a través de las vías que para ello se ofrecen.*»

<sup>59</sup> Evoluzione giurisprudenziale poi confermata in STC 161/1988 e 23/1990.

<sup>60</sup> STC 208/2003, che cita altresì SSTC 5/1983, FJ 3; 10/1983, FJ 2; 28/1984, FJ 2; 32/1985, FJ 3; 161/1988, FJ 6.

le funzioni del rappresentante, nonché di interpretare restrittivamente ogni norma che possa supporre una limitazione delle attribuzioni che la Costituzione gli conferisce<sup>61</sup>.

L'acme di un tale uso dell'*amparo parlamentario* si è avuto nel corso della fase più acuta del conflitto secessionista catalano, allorquando, contro numerosi atti della *Mesa del Parlament de Catalunya*, quali mozioni, risoluzioni, proposte di legge, i partiti dell'arco costituzionale, contrari al processo di secessione unilaterale – PSC, PP, *Ciutadans* – sono ripetutamente ricorsi al Tribunale Costituzionale in via di *amparo*, lamentando la lesione del loro *ius in officium* tutelato dall'art. 23 comma 2 CE.

Tali sono stati i ricorsi decisi con le SSTC 107, 108 e 109 del 2016, concernenti la legittimità della decisione della *Junta de Portavoces* di rigettare una *solicitud de reconsideración* della *admisión a tramite* di una risoluzione sull'inizio del processo di secessione, le SSTC 224 e 225 del 2017 e 71 del 2017 concernenti una delibera della *Mesa* della camera autonoma che autorizzava la costituzione di *ponencias* congiunte per l'elaborazione del testo di tre diverse proposte di legge, nonché ancora la STC 46/2018, nella quale si chiede al Tribunale di annullare gli atti di ammissione di iniziative parlamentari contrarie a precedenti risoluzioni del TC, come anche nel ricorso da cui origina la STC 119/2019.

Nei casi indicati appena sopra, i ricorsi delle opposizioni usano il diritto alla rappresentanza politica nella sua accezione di *ius in officium* ex art. 23 comma 2 CE, come grimaldello per consentire al giudice costituzionale di operare un controllo oggettivo e astratto sulla conformità degli atti impugnati rispetto ai regolamenti parlamentari.

Così, nel caso delle SSTC 107, 108 e 109 del 2016, il Tribunale, a fronte di una mera violazione regolamentare, ha ritenuto violato per tutti e tre i partiti (PSC, *Ciutadans* e PP) il diritto a costituire un gruppo parlamentare, che invece poteva dirsi leso solo per il *Partido Popular*, che al momento dei fatti non era ancora costituito in gruppo, laddove invece gli altri due partiti erano costituiti in gruppo e avevano partecipato alla riunione della *Junta de Portavoces*.

Nel caso delle SSTC 224 e 225 e della 71 del 2017, il Tribunale ha ritenuto, a fronte di una violazione regolamentare concernente la selezione del procedimento legislativo con *ponencia* unica, violato il diritto di partecipazione politica dei gruppi parlamentari di opposizione, di nuovo operando una «*equiparación automática entre vulneración reglamentaria y violación del derecho de participación*»<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> STC 90/2005.

<sup>62</sup> E. GÓMEZ CORONA, *Los límites de la autonomía parlamentaria hoy. El conflicto catalán y el control de los actos parlamentarios sin valor de ley por el tribunal constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 47, 2021, p. 255.

Nuovamente, nel caso della STC 46/2018, il Tribunale ha ritenuto, con un salto logico-giuridico senza precedenti, di includere nel nucleo dello *ius in officium* del parlamentare, il «diritto a che non siano ammesse iniziative che contravvengano manifestamente le decisioni del *Tribunal Constitucional*»<sup>63</sup>.

Altro preoccupante esempio di una tale tendenza è il ricorso di *amparo* presentato dal gruppo parlamentare nel *Congreso del Partido Popular* lo scorso dicembre<sup>64</sup> avverso la decisione della *Mesa* della camera di ammettere, nell'ambito della discussione di una proposta di legge organica avente ad oggetto il recepimento di direttive europee per l'adattamento della legislazione penale all'ordinamento UE, nonché la modifica di altre norme del codice penale tra le quali spicca la discussa riforma dei delitti contro la sicurezza dello Stato, due emendamenti diretti a superare il blocco del rinnovo del *Tribunal Constitucional* da parte del *Consejo General del Poder Judicial* e a consentire dunque al Governo di finalizzare la nomina dei due magistrati costituzionali ad esso spettanti. Imbracciando la giurisprudenza che riconosce diretta connessione tra violazione di norme regolamentari e *ius in officium* dei parlamentari di opposizione, i ricorrenti chiedevano (sic!) al Tribunale di sospendere il procedimento di approvazione degli emendamenti ammessi attraverso una misura cautelare *inaudita parte*. Il Tribunale, in una inedita e assai commentata ordinanza<sup>65</sup>, ha dichiarato ammissibile il ricorso, riconoscendo un *fumus* di violazione del diritto dei parlamentari ex art. 23 comma 2 CE<sup>66</sup> e la *especial trascendencia constitucional*, giacché «*la cuestión planteada es de relevante y general repercusión social, que además, tiene unas consecuencias políticas generales*» in ragione del fatto che «*lo que está en juego en el presente caso no es solo la eventual reparación del derecho fundamental de los diputados recurrentes en amparo al ejercicio de sus funciones representativas, sino también le integridad del procedimiento legislativo en la regulación de una cuestión fundamental para la estructura institucional del Estado y su régimen de mecanismo de garantía y control previstos en el ordenamiento, como es la designación de magistrados del Tribunal Constitucional*»<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> «*La salvaguarda de los bienes constitucionales protegidos conlleva que la tramitación de iniciativas que incumplan manifestamente las decisiones del Tribunal Constitucional vulnere no solo el artículo 87.1 LOTC y el artículo 9.1 CE, sino también el artículo 23 CE, pues en relación con esa concreta iniciativa los parlamentarios no podrían ejercer legítimamente las funciones representativas propias de su cargo.*»

<sup>64</sup> ATC 177/2022.

<sup>65</sup> J. M. CASTELLÁ ANDREU, *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España*, in DPCE Online n. 4, 2022, G. RUIZ-RICO RUIZ, *¿Réquiem por el Tribunal Constitucional? Comentario al último caso en el proceso de politización de la justicia constitucional en España (la atribución ilegítima de una competencia para el control preventivo de los actos del Parlamento)*, in DPCE Online n. 4, 2022, C. VIDAL PRADO, *Crisi istituzionale in Spagna: il rinnovo frustrato del Consejo General del Poder Judicial e del Tribunal Constitucional*, in *Federalismi.it*, n. 34, 2022, A. RUÍZ ROBLEDO, *Cronica de una trampa legislativa vestida de crisis institucional*, in *Diario La Ley*, 9 gennaio 2023. Sia altresì consentito il rinvio a G. NAGLIERI, *Polarizzazione, giurisdizionalizzazione, delegittimazione. La crisi istituzionale spagnola tra regolarità e anomalie*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2023.

<sup>66</sup> Secondo l'Auto di sospensione della *tramitación* degli emendamenti «*las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas no carecen prima facie de verosimilitud, atendiendo a la doctrina constitucional sobre el derecho a la enmienda y la debida relación de homogeneidad que ha de existir entre las enmiendas y la iniciativa legislativa que se pretende modificar.*»

<sup>67</sup> ATC 177/2022, FJ 6.

D'altronde, dalla celebre STC 155/2009, che, come noto, ha sistematizzato i casi in cui ricorra il requisito della *especial trascendencia constitucional*, emergeva come, prima o poi, in un momento di particolare tensione nel quadro politico, il Tribunale avrebbe potuto piegare la *especial trascendencia constitucional* per ammettere ricorsi di *amparo* dal contenuto fortemente politicizzato e finalizzati a portare davanti al giudice costituzionale questioni di alto impatto político, considerata la clausola di apertura lì contenuta, secondo cui il requisito si inverte altresì «*cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios*».

Una tale conformazione dell'*amparo* si iscrive, per vero, in un contesto di estrema polarizzazione del quadro politico, da cui è derivata una preoccupante giurisdizionalizzazione della politica ed un uso distorto della giustizia costituzionale: a partire dall'impugnazione del *Partido Popular* avverso lo statuto catalano del 2007, passando per i momenti più acuti del conflitto secessionista tra il 2015 e il 2017, nonché per i numerosissimi ricorsi di costituzionalità delle opposizioni avverso leggi approvate dalla maggioranza già a partire dalla VIII legislatura, le opposizioni contingenti hanno spesso fatto ricorso al giudice costituzionale con il fine di stigmatizzare e ribaltare le politiche delle maggioranze del momento. Prova di un tale uso politico della giustizia costituzionale sono i numerosi e ripetuti tentativi di bloccare o ritardare, anche per tempo considerevole, la designazione dei giudici costituzionali al momento della scadenza<sup>68</sup>, con il fine di mantenere in piedi, all'occorrenza, maggioranze conservatrici o progressiste, o ancora i tentativi incrociati di ricusazione di giudici costituzionali nella decisione di taluni casi politicamente sensibili<sup>69</sup>.

#### 4. Ricorso diretto e pangiuridicismo costituzionale

Nel corso dell'analisi evolutiva della *Verfassungsbeschwerde* e del *recurso de amparo* si è apprezzato come entrambi gli istituti, pur con traiettorie diverse e in misura differente, siano stati nel corso del tempo piegati, per ragioni giuridico-processuali, per le peculiari vicende del sistema politico, e per via dell'attitudine del giudice costituzionale, ad una funzione ulteriore rispetto alla tutela dei diritti

<sup>68</sup> Ciò è avvenuto sistematicamente, e costituisce oramai il risvolto patologico della giurisdizionalizzazione della politica in Spagna. P. RODRÍGUEZ PATRÓN, *Función y utilidad: un acercamiento distinto al problema de la politización del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 49, 2022, p. 271; secondo L. LÓPEZ GUERRA, *Los retos al Tribunal Constitucional Español, desde la perspectiva del «constitucionalismo político»*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, 2021, pp. 11-34 «*la tardanza en la renovación del Tribunal se percibe como resultado de la resistencia de la oposición parlamentaria del momento a alterar la composición del Tribunal cuando considera que esta le es favorable; esto contribuye a reforzar las opiniones en el sentido de que esa composición se identifica con una mayoría partidista concreta*».

<sup>69</sup> Assai note sono le ricusazioni incrociate del *Partido Popular* e del *Partido Socialista*, rispettivamente a magistrati costituzionali progressisti e conservatori prima della Sentenza del Tribunale sulla legittimità del nuovo *Estatuto de Autonomía de Catalunya*, la STC 31/2010.



fondamentali e dell'integrità dell'ordinamento costituzionale, divenendo strumenti nelle mani della cittadinanza o della politica istituzionale attraverso i quali perseguire obiettivi politici.

Fortemente radicata nell'immaginario giuridico collettivo, la *Beschwerde* ha accompagnato e favorito l'affermazione di *auctoritas* del *Bundesverfassungsgericht* nel sistema costituzionale e ha profondamente mutato l'essenza stessa del processo politico: come è stato rammentato, il ricorso costituzionale è divenuto strumento imprescindibile nelle mani della cittadinanza, che, come nella teoria deliberativa del potere di Habermas, contribuisce alla creazione del diritto, completando la deliberazione degli *institutionalized deliberative bodies*<sup>70</sup> e, in definitiva, alla diffusione degli strumenti di esercizio della sovranità popolare<sup>71</sup>.

Una tale capacità si deve certamente, come segnalato sopra, oltre che al *judicial behavior* del BVerfG, che ha affermato il suo rilievo nell'ordinamento e forgiato la sua funzione di corte del popolo<sup>72</sup> con l'intento di assumere centralità nel sistema costituzionale, autonomia dal potere giudiziario, dall'esecutivo e dal legislativo, quale autentico *Hüter der Verfassung*<sup>73</sup>, alle vicende del sistema politico, nonché, soprattutto, agli elementi istituzionali, vale a dire alla regolamentazione della *Beschwerde*, che ha consentito al tribunale di ampliare progressivamente il parametro e l'oggetto, nonché all'ampiezza degli atti oggetto del controllo esercitato in sede di ricorso costituzionale: prima d'ogni cosa, l'elemento che avvicina il ricorso costituzionale alla cittadinanza e che gli attribuisce quella percezione di entrare in dialogo con il legislatore<sup>74</sup> è la presenza del ricorso contro leggi (*Rechtssatzverfassungsbeschwerde*).

La sua assenza, nel caso spagnolo, nonostante le aperture del *Tribunal Constitucional* nei casi di *amparo* contro provvedimenti e decisioni che, senza l'intermediazione di altri poteri dello Stato, replicano il contenuto di leggi auto-applicative<sup>75</sup>, ha lasciato nell'ombra quell'elemento di partecipazione del cittadino

---

<sup>70</sup> Come segnala, analizzando la teoria deliberativa della democrazia di Habermas, J. FLYNN, *Communicative power in Habermas's theory of democracy*, in *European Journal of Political Theory*, vol. 3, 2004, «in the model of deliberative politics, the locus for the normative demand that the addressees of the law also be its authors ultimately lies in the interplay between formal deliberative bodies and the informal public sphere». Secondo Habermas «the normative demands of deliberative politics can only be met by the open communicative structure of a public sphere which must itself be 'kept intact by an energetic civil society'» Cfr. J. HABERMAS, *Between Facts*, cit., p. 369.

<sup>71</sup> J. FOREJOHN, P. PASQUINO, *Constitutional Adjudication*, cit., p. 1687.

<sup>72</sup> A. VOÛLE, C. BUMKE, *op. cit.*, p. 28.

<sup>73</sup> Questa era, come noto, la finalità dello scontro tra BVerfG e potere politico, registratosi agli albori della sua attività e culminato con il celebre *memorandum* sullo status del Tribunale. A riguardo si veda U. WESEL, *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Karl Blessing, München, 2004, p. 54 e ss., nonché M. BALDUS, *Frühe Machtkämpfe* cit., p. 237.

<sup>74</sup> Come rammentano J. FOREJOHN, P. PASQUINO, *Constitutional Adjudication*, cit., p. 1687, «this system as one in which citizens have more than just the political right to participate in the legislative process, choosing by competitive elections representative legislators (as well as directly or indirectly the executive). They are also able to engage in a continuous, uninterrupted dialogue with their government by sending constitutional complaints to the Justices in Karlsruhe and getting answers to their questions».

<sup>75</sup> A fronte di opinioni autorevoli assolutamente favorevoli a tale istituto da ammettersi in via generale (A. CANO MATA, *El recurso de amparo (doctrina del Tribunal Constitucional)*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid 1983, p. 24, nonché P. C. CRUZ VILLALÓN, *El recurso de amparo constitucional*, in A.A.V.V., *Los procesos Constitucionales. Segundo simposio de derecho Constitucional*, in *Cuadernos y Debates*, n. 41, 1991, I. OTTO PARDO, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*,



al processo politico nella società aperta degli interpreti costituzionali, che invece emerge dalla pratica della *Verfassungsbeschwerde*.

Al contrario, ciò che l'ordinamento spagnolo vive da lungo tempo – e che si dà significativamente in misura inferiore in Germania – è un uso politicamente orientato della giurisdizione costituzionale, che ha condotto ad una eterogenesi dei fini del *recurso de amparo parlamentario*, il quale ha cessato di essere uno strumento per censurare le lesioni dei diritti fondamentali operate dagli organi parlamentari con atti di natura non legislativa ed è divenuto un meccanismo di rigoroso controllo della legalità regolamentare su richiesta delle minoranze – anche qualora la violazione dei diritti appaia sullo sfondo, e, tutto sommato, di modesta entità – e, talvolta, di paralisi dell'attività parlamentare.

Ma c'è di più. Le differenti attitudini delle due corti paiono avere da un lato, nel caso tedesco, contribuito all'affermazione, nell'immaginario giuridico collettivo, del *Bundesverfassungsgericht* quale organo costituzionale in grado di fungere da contrappeso alle maggioranze politiche contingenti, in un costante dialogo con il legislatore, e, dunque ispirato l'accesso di massa al ricorso costituzionale; dall'altro, nel caso spagnolo, paiono avere contribuito alla visione del *Tribunal Constitucional* quale ultima autentica istanza giurisdizionale per la tutela dei diritti fondamentali. Non a caso, se in Germania i momenti di conflitto si sono dati quasi esclusivamente rispetto al legislatore, in Spagna sono noti invece gli scontri, anche gravi, con la giurisdizione ordinaria<sup>76</sup>.

Da sfondo all'intera riflessione fa però, probabilmente, una questione, alla quale occorre provare a rispondere.

Pur qualificando come distorto, o politicamente orientato, l'uso che la cittadinanza e le opposizioni possono fare del ricorso diretto, nel momento in cui il giudice costituzionale riconosce, negli atti sottoposti al suo controllo, un difetto di costituzionalità, la natura politica dell'attività del ricorrente, rileva, o invece perde di significato, giacché la finalità ultima del ricorso è stata quella di fare luce su una zona d'ombra dell'ordinamento?

---

Editorial Ariel, Barcelona 1989, p. 146) il Tribunale ha mantenuto un atteggiamento ondivago, tuttavia giungendo ad affermare la legittimità di un ricorso di *amparo* avverso un atto di attuazione di una legge auto applicativa e direttamente lesiva dei diritti, anche qualora l'unico *petitum* sia la declaratoria di incostituzionalità della legge.

<sup>76</sup> Del conflitto tra giurisdizione costituzionale e potere politico in Germania si è detto, mentre, con riguardo ai conflitti tra *Tribunal Constitucional* e giurisdizione costituzionale, si rammenta qui l'episodio più grave, vale a dire la pronuncia della Sentenza della *Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo* del 23 gennaio 2004, nella quale si dichiarò la responsabilità civile, con conseguente condanna al risarcimento del danno, di diversi magistrati del *Tribunal Constitucional* per «*negligencia profesional grave*» e «*ignorancia inexcusable*» in ragione della declaratoria di inammissibilità di un ricorso di *amparo*. La decisione fu poi impugnata in via di *amparo* dagli stessi giudici costituzionali condannati, e annullata con la STC 133/2013. Come noto, tale episodio fu all'origine di alcune modifiche della LOTC contenute nella LO 6/2007, che attribuirono al Tribunale il potere di dichiarare, in qualunque momento, la nullità di ogni atto che contravenga alle proprie decisioni o interferisca con l'esercizio della sua giurisdizione. Altri casi sono segnalati da L. LÓPEZ GUERRA, *op. cit.*, p. 19.

Guardando alla funzione oggettiva del ricorso diretto dei singoli, la risposta sarebbe che qualora, ad onta della finalità recondita del ricorrente, l'effetto del ricorso sia quello di espungere dall'ordinamento atti, leggi, disposizioni, risoluzioni, che si pongono in contrasto con la Costituzione, la funzione ontologica del ricorso sia stata in ogni caso assoluta. Come pure, rispondendo con le lenti della funzione soggettiva del ricorso diretto, si direbbe che ogni qual volta una violazione dei diritti fondamentali, non altrimenti riparata, sia stata riparata, in ultima istanza, dal giudice costituzionale, la funzione ontologica del ricorso sia stata, altrettanto, assoluta.

C'è però un tema che occorre richiamare, e rispetto al quale lo stesso testo di Stone Sweet, diffusamente citato, mette in guardia: un certo uso "opportunistico" della giustizia costituzionale, teso a risolvere attraverso la giurisdizione questioni e conflitti che invece nella politica devono trovare la loro composizione, finisce per alimentare, come in una spirale, la giurisdizionalizzazione della politica. Nello specifico ambito della giustizia costituzionale, il rischio nel richiedere l'intervento del giudice costituzionale per risolvere questioni intrinsecamente politiche è quello di favorire, ricorso dopo ricorso, una costituzionalizzazione integrale dell'ordinamento, che sempre più restringe lo spazio del politicamente possibile e sempre più allarga quello del costituzionalmente doveroso<sup>77</sup>: l'estensione dell'oggetto e del parametro, che in modi diversi ha riguardato la *Beschwerde* e l'*amparo constitucional*, unita all'intensità che la natura oggettiva del ricorso va assumendo, rischiano di trasformare i due istituti in strumenti di controllo astratto, i quali, negando che «la costituzione incorpora il conflitto tra valori e interessi inconciliabili, senza assegnare supremazie gerarchiche a nessuno di essi»<sup>78</sup>, muovono dai diritti fondamentali per ricavare principi nuovi, in grado di contribuire ad un moderno pangiuridicismo costituzionale.

---

<sup>77</sup> Tale è la visione del *Bundesverfassungsgericht* che emerge da un recente volume di A. KULIK, J. J. VASEL, *Das konservative Gericht. Ein Essay zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgericht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2021. Si veda altresì M. JESTAEDT (ed.) *The Court*, cit.

<sup>78</sup> Così R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2007, p. 30.