

Giurisdizioni costituzionali e poteri politici. Riflessioni in chiave comparata. Considerazioni introduttive

di Rolando Tarchi

Abstract: *Constitutional Jurisdictions and Political Powers. Reflections from a Comparative Perspective.* Introductory remarks – The essay makes a synthesis of the papers and speeches presented at the conference on “Constitutional Jurisdictions and Political Powers. Reflections from a Comparative Perspective,” the proceedings of which are published in this issue of the Journal. The underlying thesis is to hold that constitutional justice is a constitutive and indispensable element of the constitutional form of state and constitutes the main innovation that characterized European constitutionalism in the second half of the twentieth century. The dualism between policy-making bodies and judicial review of legislation has posed problems regarding the legitimacy of the courts and the role they should play in contemporary constitutional systems. The essay rejects the basis of the anti-majoritarian polemic directed against the constitutional courts considered, instead, as institutions necessary for the preservation of constitutional democracy and whose independence from other powers must be recognized and guaranteed. Comparative analysis of the main experiences of constitutional justice is helpful in confirming this theory.

Keywords: Constitutional state; Judicial review of legislation; Legitimacy and role of constitutional courts; Comparative analysis.

1. Premessa

In questo fascicolo speciale di Dpce Online viene pubblicata la maggior parte (48 su 61) delle relazioni presentate al IX Convegno annuale dell’Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo (da ora DPCE), che si è tenuto a Milano nei giorni 15 e 16 settembre 2023, sul tema: «*Giurisdizioni costituzionali e poteri politici. Riflessioni in chiave comparata*».

Si tratta del quinto volume speciale della Rivista che accoglie gli atti di eventi convegnistici e seminari organizzati dalla nostra Associazione; la serie è stata inaugurata nel 2021 con la pubblicazione dei contributi del VI Convegno biennale su «*I sistemi normativi post-vestfaliani tra decisioni politiche, integrazioni giurisprudenziali e fonti di produzione non formalizzate. Una ricostruzione in chiave comparata*» (a cura di R. Tarchi), svoltosi a Pisa l’8-10 settembre 2021. La serie è proseguita con il fascicolo del 2022 (a cura di G. D’Ignazio e A.M. Russo) su «*I Federalizing Process europei nella democrazia d’emergenza. Riflessioni comparate a partire dai ‘primi’ 20 anni della riforma del Titolo V della Costituzione italiana*», con gli atti del VII Convegno annuale ospitato dall’Università della Calabria il 19-20 ottobre 2021; nel 2023 è stato editato il volume su «*Il costituzionalismo ambientale fra antropocentrismo e biocentrismo. Nuove prospettive dal Diritto comparato*» (a cura di

D. Amirante e R. Tarchi), relativo all'VIII Convegno annuale, organizzato a Caserta dall'Università della Campania "Luigi Vanvitelli" nei giorni 9 e 10 settembre 2022; da ultimo, infine, gli atti del secondo seminario annuale svoltosi a Pescara il 29 e 30 giugno 2023, su «*Costituzionalismo, declinazioni del principio pacifista e conflitti armati*» (a cura di R. Tarchi, A. Ligustro e A. Vendaschi), quale n. SP 1/2024.

L'organizzazione di questo IX Convegno annuale DPCE è stata resa possibile grazie all'ospitalità che l'Università degli Studi di Milano ha voluto riservarci; il ringraziamento va in particolare ai due dipartimenti di Diritto pubblico italiano e sovranazionale e di Studi internazionali, giuridici e storici, rappresentate dalle rispettive direttrici, le colleghe Chiara Amalfitano e Ilaria Viarengo.

Mi pare importante sottolineare come nella sessione introduttiva chi scrive era l'unico maschietto seduto al tavolo dei relatori, garantendo fin dall'inizio del convegno il principio dell'equilibrio di genere cui la nostra Associazione tiene molto; d'altra parte, senza derogare al principio di competenza nella scelta dei relatori, questo equilibrio è confermato da tutte le sessioni del convegno: delle ventiquattro persone selezionate (tra presidenti e relatori delle sessioni principali e coordinatori delle sessioni parallele) tredici sono colleghe donne.

Segnalo che la presenza di due responsabili di dipartimenti diversi è il sintomo della collaborazione stretta intercorsa tra le colleghe e i colleghi milanesi che si sono prodigati nell'organizzazione del nostro evento; peraltro, deve essere anche ricordato che si tratta della prima volta che un convegno annuale DPCE, riceve l'ospitalità dell'Università degli Studi di Milano, ciò che apprezziamo molto per il particolare prestigio di questo Ateneo storico.

Un ringraziamento ancora più grande deve essere però rivolto alle colleghe ed amiche Lorenza Violini e Angela di Gregorio, che sono state le artefici principali della realizzazione di questa iniziativa: oltre ad avere fatto parte insieme a me ed a Enrico Grosso, Luigi Melica e Laura Montanari del comitato scientifico e, quindi, ad avere condiviso l'articolazione e i contenuti del convegno, si sono poi fatte carico di supportare gli oneri finanziari, particolarmente gravosi in un periodo come questo che registra la riduzione dei fondi pubblici al sistema universitario, e quelli logistico-organizzativi.

Il ringraziamento va esteso, in modo particolarmente caloroso, ai componenti "più anziani" della Segreteria organizzativa, i giovani colleghi Arianna Angeli, Antonia a e Pietro Luca Vanoni, che sono stati i miei principali interlocutori più diretti e che hanno svolto un prezioso lavoro di coordinamento dell'intera squadra dell'organizzazione, di cui hanno fatto parte le professoresse Alessandra Osti, Giada Ragone e Benedetta Vimercati e i dottori Daniele Camoni, Giulia Formici, Damiano Fuschi, Paola Pannia, Davide Zecca, Giulio Casilli, Alberto Galli, Martina Iemma e Chiara Padrin. Ci tengo a sottolineare che questi ringraziamenti non sono di maniera, perché come tutti ben sappiamo, l'organizzazione di convegni di questa dimensione, che occupano due intere giornate, è sempre particolarmente gravosa, sia in termini di finanziamento che di tempi di lavoro.

Un ringraziamento doppio deve essere rivolto al dott. Davide Zecca e alla dottoressa Arianna Angeli per il lungo lavoro svolto per la raccolta degli interventi e la loro sottoposizione a referaggio, il cui superamento è stata la condizione necessaria per essere ospitati da Dpce online.

Un grazie speciale va rivolto ancora una volta al direttore della Rivista, Giuseppe Franco Ferrari, che, ormai da cinque anni a questa parte, ha consentito la pubblicazione degli atti dei nostri eventi su queste pagine, consolidando quel rapporto sinergico che ha consentito alle riviste, ma, soprattutto, all'Associazione di consolidarsi e di occupare uno spazio centrale nel panorama degli studi del diritto comparato almeno in Italia.

2. Il tema del Convegno

Come per i precedenti incontri del 2021 dedicati alle fonti del diritto (quello pisano) ed ai tipi di Stato (quello calabrese), anche quest'anno il nostro convegno è dedicato ad approfondire un tema classico degli studi giuridici, quello della giustizia costituzionale. Un tema che negli ultimi decenni è stato oggetto, soprattutto in Italia, di studi particolarmente numerosi, che ne hanno approfondito, talora fino al limite della spigolatura, i molteplici profili, senza tuttavia saturare lo spazio per ulteriori interventi di riflessione, talora sollecitati dalla continua ed incessante evoluzione sia della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che da tribunali di altri Paesi. Si pensi, ad esempio, alle più recenti dinamiche di cui si è resa protagonista la Corte suprema degli Stati Uniti, che rilevano almeno sotto tre aspetti connessi tra loro; intanto, alcune decisioni che possono essere già definite storiche hanno riportato indietro di molti anni le lancette dell'orologio relativamente alla tutela di alcuni diritti fondamentali che si ritenevano definitivamente acquisiti¹. Questo effetto è stato possibile in ragione del tipo e dei criteri di interpretazione costituzionale utilizzati in queste circostanze (tema di cui si occupa ampiamente la relazione di Graziella Romeo su «*Giudizio di costituzionalità e interpretazione: una prospettiva comparata*», v. *infra*); inoltre, è palese che questi interventi sono la conferma del mutamento di ruolo nel sistema istituzionale dei pesi e contrappesi: con un'accentuazione del proprio grado di esposizione politica la Corte Suprema è approdata su posizioni di conservatorismo radicale che sembrano far perdere all'organo quella connotazione contromaggioritaria, che storicamente è stato considerato come uno dei perni sui quali il *judicial review of legislation* ha fondato e rinnovato costantemente la propria legittimazione. L'espressione più utile per indicare questo atteggiamento è probabilmente quella di «*conservative judicial activism*», peraltro «*result oriented*», con una rinuncia ad esercitare quell'opera di bilanciamento tra valori confliggenti che contrassegna tutte le società disomogenee e pluraliste, tra le quali quella americana più di ogni altra. In questo caso la scelta di liberare uno spazio maggiore alla *statute law* federale e, soprattutto, al potere di intervento degli Stati ci pare un sintomo di *self restraint* solo apparente, configurandosi invece come un indice di

¹ Il pensiero corre all'*overruling* di *Roe v. Wade* compiuto da *Dobbs v. Jackson Women's Health Org.* del 22 giugno 2022; ma non si tratta solo della questione dell'aborto: nello stesso anno si è intervenuti anche sul diritto di portare armi configurandolo sempre più come un diritto soggettivo (*New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*); sull'ambiente, con una riduzione dei limiti all'inquinamento da parte di attività produttive (*West Virginia v. EPA*); sull'*affirmative action* e di riserva di quote in materia di istruzione nel 2023 (*Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, 600 U.S. 181). E, successivamente, limitando i poteri interpretativi delle agenzie federali preposte alla tutela di taluni diritti come la salute, rispetto a quelli delle corti come in *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 603 U.S. 369 (2024); o, ancora, *Trump v. Anderson*, 601 U.S. 100 (2024), che alcuni commentatori hanno interpretato come una estensione delle immunità del Presidente federale.

retrocessione costituzionale, considerato che, rispetto alla situazione preesistente, alcuni diritti di libertà (di fatto non considerati più tali) sono stati privati di protezione.

Rispetto agli studi più tradizionali sulla giustizia costituzionale, dedicati in misura nettamente prevalente al sistema italiano, talora con qualche richiamo ad esperienze straniere, la finalità che con queste due giornate di interventi e riflessioni si intende perseguire è quella di affrontare il tema nella prospettiva della macro-comparazione, considerata anche la grande diffusione, direi ormai tendenzialmente planetaria, della giustizia costituzionale stessa e in modo da riaffermare l'autonomia del diritto comparato in punto di metodo da tutte le altre discipline giuridiche.

Si tratta del primo convegno che DPCE dedica espressamente a questo tema², declinandolo, come vedremo, in maniera ampia e comprensiva con riferimenti ad una pluralità di esperienze e di profili presi in esame.

Si tratta di un approccio non semplice, per le significative difficoltà che insorgono in considerazione delle differenze rilevanti che caratterizzano le diverse modalità di esercizio del *judicial review of legislation*, tenuto conto sia delle forme in cui l'istituto è stato disciplinato, che dell'influenza decisiva esercitata sul piano dell'effettività dai contesti e dalle tradizioni culturali e giuridiche sottostanti. Si tratta di una materia che, forse quanto quella dei diritti di libertà, è caratterizzata da una quadruplici presenza di formanti; quello normativo (le previsioni costituzionali e quelle legislative e regolamentari che istituiscono e definiscono i poteri delle corti), quello giurisprudenziale (che evidenzia il ruolo che le corti vanno ad occupare rispetto alla forma di Stato e alla forma di governo), quello dottrinale (per l'importanza che assume l'attività dei giuristi chiamati a commentare le decisioni adottate e ad offrire ricostruzioni sistematiche del modello); infine quello ideologico, da intendersi in senso ampio con riguardo all'esperienza storica precedentemente maturata ed alle coordinate politiche e culturali all'interno delle quali i singoli sistemi di giustizia vanno ad inserirsi.

Una serie di profili intrecciati che, aggiunti alla molteplicità di esperienze esistenti, tra loro tutte diverse almeno per alcuni tratti, mettono in evidenza le difficoltà oggettive che incontra il singolo ricercatore quando prova ad addentrarsi su questo terreno.

Non è un caso, allora, che la maggior parte degli studi dedicati alla giustizia costituzionale sul versante della comparazione, a partire da quello curato da Giorgio Lombardi nel 1985³, siano il frutto della collaborazione tra una pluralità di studiosi, spesso provenienti da paesi diversi, ciascuno dei quali riferisce della propria esperienza nazionale⁴. Un genere letterario che si è diffuso soprattutto a

² Vogliamo comunque ricordare il volume di M. Calamò Specchia (a cura di), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011, pubblicato in una collana di DPCE.

³ G. Lombardi (a cura di) *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1985 (il volume pubblicava gli atti del Colloquio internazionale svoltosi a Cuneo e a Torino dall'11 al 13 giugno 1981 su: *Ventiquattro anni di giustizia costituzionale*).

⁴ A titolo esemplificativo si possono ricordare C. Landfried (ed.), *Constitutional Review and Legislation*, Baden-Baden, 1988; R. Brewer-Carias (ed.), *Constitutional Court as Positive Legislators. A Comparative Study*, Cambridge, 2011. Contributi di particolare rilievo si ritrovano nella letteratura italiana; cfr. J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, 2 voll., Torino 2000, dedicato prevalentemente alle giurisdizioni costituzionali classiche; M. Olivetti, T. Groppi (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003;

cavallo tra il la fine del XX secolo e l'inizio del XXI, in una fase storica nella quale, per effetto della terza ondata del costituzionalismo novecentesco dopo la dissoluzione dei regimi di *soviet law* in Europa orientale, la giustizia costituzionale aveva conosciuto una diffusione capillare e si stava consolidando come una delle principali novità nella fase della transizione verso le democrazie costituzionali.

Per quanto riguarda, invece, gli studi di comparazione generale svolti da un solo autore⁵, questi sono limitati a poche voci, peraltro diventate dei veri e propri classici, che si occupano prevalentemente della ricostruzione dei modelli⁶, o sviluppano un taglio manualistico⁷ o ricognitivo delle diverse esperienze⁸, anche nella forma più perfezionata del trattato⁹.

Sussiste, tuttavia, almeno una seconda ragione che ha stimolato la nostra iniziativa, consistente nella presa d'atto di una situazione assai generalizzata di crisi del modello di stato democratico costituzionale faticosamente costruito, almeno nel contesto europeo occidentale, nella seconda metà del secolo breve e che pareva godere fino a pochi anni fa di un successo incontrastato, tanto da proporsi come modello da imitare in altre parti del mondo. Un modello che si regge sulla combinazione, equamente bilanciata, tra organi di governo politicamente attivi e istituzioni di garanzia preposte al contenimento delle decisioni basate sul principio di maggioranza, in maniera funzionale alla tutela dei diritti di libertà ed al rispetto dei principi imposti da costituzioni concepite come leggi superiori.

Come è stato autorevolmente sostenuto da Enzo Cheli¹⁰, lo Stato costituzionale si regge sulla bipartizione tra poteri titolari della funzione di indirizzo politico e istanze di controllo indipendenti e separate dalle altre, all'interno di un quadro complessivo in cui la sovranità non si trasferisce e si esercita soltanto tramite il voto popolare che legittima gli organi di indirizzo politico, ma innerva l'intero ordinamento, dovendo comunque essere esercitata entro i limiti e con le forme previste dalla costituzione, intesa come patto fondativo stipulato con decisione bipartisan e inderogabile nei suoi principi. Principi tra i quali assume un valore supremo proprio quello della separazione e del reciproco bilanciamento tra le due sfere dell'indirizzo politico e del *rule of law*, ovvero, del *gubernaculum* e della *iurisdiction* per richiamare la dicotomia già utilizzata da Gustavo Zagrebelsky¹¹.

L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009; quest'ultimo con l'apertura a numerosi sistemi extra europei.

⁵ Per i profili metodologici v. L. Elia, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, in *Quad. cost.*, 1984, 7 ss.

⁶ M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1968; A. Pizzorusso, *Garanzie costituzionali, Art. 134-139*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981.

⁷ Soprattutto L. Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998; fino a Id., *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019.

⁸ A.R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989; J.J. Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª ed., Madrid, 2007; A. Pizzorusso, voce *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. I, Milano, 2007, 669 ss.

⁹ Cfr. il recente S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, in G.F. Ferrari (dir.), *Trattato di diritto pubblico comparato*, Padova, 2021.

¹⁰ Cfr. E. Cheli, *I fondamenti dello "Stato costituzionale"*, in https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/CHEL/CHELI-Fondamenti-stato-cost_10_05.pdf.

¹¹ Ex multis, G. Zagrebelsky, *La Costituzione e la legge*, Bologna, 2008 (spec. Cap. IV).

Salvo limitatissime eccezioni quali in Europa quelle del Regno Unito e dell'Olanda, l'architettura su cui si regge il modello di Stato costituzionale (con il compendio delle garanzie di autonomia e indipendenza del potere giudiziario in generale) è costituito proprio dalla presenza di una giurisdizione costituzionale nelle molteplici forme (diffuse, accentrate, miste, dirette, indirette ecc.) con le quali essa è positivamente disciplinata e organizzata in ciascun singolo ordinamento. Un modello di Stato che oggi viene talora rimesso in discussione da involuzioni di carattere autocratico (come in Russia), da visioni autodefinitesi illiberali, che rivendicano il primato delle maggioranze politiche legittimate dal voto popolare rispetto alle decisioni di istanze indipendenti (come in Ungheria, Polonia o altri paesi dell'est Europa dei quali tratta diffusamente Angela Di Gregorio nella sua relazione su: *Tra vulnerabilità politica e possibilità di "cattura": la selezione dei giudici costituzionali nelle esperienze dell'Europa centrale ed orientale*) o, più in generale, da ideologie populiste, reazionarie e radicalizzanti che ignorano l'esigenza di mantenere un equilibrio tra i diversi poteri dello Stato e rifiutano aprioristicamente la visione pluralista, tanto ideologica che istituzionale, quale valore fondante delle democrazie contemporanee. A questo si aggiunge la propensione da parte degli organi di governo che dispongono di poteri di nomina dei giudici costituzionali ad operare delle selezioni fortemente partigiane (a parte l'esperienza degli Stati Uniti l'esempio spagnolo è illuminante sotto questo profilo), per assicurarsi forme di controllo meno ostili.

Il successo, anche solo temporaneo, di queste visioni politiche ha già prodotto effetti devastanti; l'aggressione consapevole alle istituzioni di garanzia ha portato ad una "cattura" dei tribunali costituzionali e delle corti di giustizia in generale, limitate nelle loro prerogative e ricondotte sotto una maggiore controllo da parte delle autorità politiche a partire dalle modalità di scelta dei componenti, determinando, complessivamente, un fenomeno di *constitutional retrogression* estremamente preoccupante anche per la sua possibile contagiosità¹².

Per questo, a prescindere dalla molteplicità dei temi che saranno trattati, se vogliamo individuare un filo rosso della riflessione che intendiamo proporre, questo va ritrovato nel profilo dell'indipendenza delle corti supreme e costituzionali e del ruolo che esse sono in grado di ricoprire all'interno dei rispettivi ordinamenti; un ruolo che ha sempre una natura relazionale ed è definito dal rapporto con altri soggetti e poteri costituzionali, rispetto ai quali deve essere assicurato in mantenuto l'esercizio della funzione di garanzia costituzionale e di tutela dei diritti, dei singoli e delle minoranze, per impedire l'esercizio dei poteri politici in forme che possono diventare tiranniche. Un ruolo che, peraltro, non è definito una volta per tutte e che richiede ai tribunali costituzionali una capacità di autocomprensione per valutare continuamente, anche in termini di ragionevolezza, l'impatto delle proprie decisioni sulle dinamiche della forma di governo con cui sono poste concretamente in relazione.

¹² Di questo fenomeno si sono occupati alcuni degli interventi presentati nelle sessioni parallele; cfr. J. Sawicki, *La clausola di non regressione nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Potenzialità e limitazioni di un nuovo strumento per la protezione dello stato costituzionale di diritto*, *infra*, 1273 ss. e, con riguardo a due esperienze extraeuropee considerate tradizionalmente come modelli di democrazia, A. Baraggia, *La "cattura" della Corti Supreme da parte del potere politico: i casi di Mongolia e Israele*, *infra*, 589 ss.

3. Origini e sviluppi della giustizia costituzionale in Europa

Prima di procedere ad una breve rassegna dei contenuti di alcune delle relazioni che vedono qui la luce e tenendo conto delle osservazioni precedentemente svolte, ci pare opportuno ripercorrere diacronicamente, ovviamente evidenziando solo i passaggi principali, gli sviluppi del costituzionalismo che hanno reso la giurisdizione costituzionale, almeno a livello di verbalizzazione costituzionale, un istituto pressoché universale¹³. Questo anche con riguardo a numerosi sistemi autocratici, nei quali, difettando il presupposto della democrazia liberale e della dicotomia tra *political law* e *professional law*, quest'ultima provvista di una legittimazione contromaggioritaria, si è prodotta una scissione tra forma e sostanza, con un'evidente e diffusa carenza di effettività (tema sul quale insiste la seconda delle sessioni parallele del Convegno, dedicata a “*La circolazione del controllo di costituzionalità oltre la tradizione giuridica occidentale*”).

Nella sua versione classica la giurisdizione costituzionale va quindi considerata come un elemento essenziale della forma di Stato costituzionale, quale forma giuridica della democrazia pluralista contemporanea, espressione di società aperte, caratterizzate da una coesistenza di valori diversi e talora alternativi tra loro, il cui mantenimento è assicurato da «un principio di reciproca tolleranza, ispirato alla ragionevolezza delle regole che devono guidare le azioni umane»¹⁴.

Come ben sappiamo, la diffusione generalizzata della giustizia costituzionale è stata il risultato di un lungo processo storico che si è sviluppato nel corso del XX secolo. Lo Stato monoclasse ottocentesco si è connotato per il successo delle istituzioni parlamentari e per la costruzione di uno stato legale e poi di diritto finalizzato a ricondurre il potere esecutivo e le amministrazioni pubbliche sotto l'egida del principio di legalità, riconoscendo il valore dell'onnipotenza della regola della decisione a maggioranza¹⁵; il passaggio a forme di stato pluriclasse ha imposto il principio fondamentale della sovraordinazione delle carte costituzionali, in quanto tavole di codificazione di valori condivisi, sono state configurate quali “superiores leges” e, conseguentemente, reso necessaria l'attivazione di istituzioni di garanzia provviste di un potere di controllo di tutte le decisioni politiche, comprese quelle parlamentari. Ritorno al primato del potere esecutivo mediante una razionalizzazione delle forme di governo e affermazione della giurisdizione costituzionale, quale principale strumento di effettiva salvaguardia dei diritti di libertà, possono quindi essere considerati i principali elementi di novità del costituzionalismo novecentesco.

Si è trattato di un percorso lungo e contrastato nei suoi vari passaggi, il primo dei quali matura con la prima ondata del costituzionalismo del '900 almeno in parte influenzata dal pensiero di Hans Kelsen. Se fino ad allora il *judicial review of legislation* era rimasto confinato alla sola esperienza degli Stati Uniti, nella quale aveva comunque svolto un ruolo di conservazione dei canoni proprietari propri del liberalismo classico, dopo la rinuncia definitiva all'esercizio di analogo potere di controllo nel sistema inglese¹⁶, alcune delle costituzioni europee del primo

¹³ L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, 2015, 251.

¹⁴ Questa definizione è ripresa da E. Cheli, *I fondamenti dello “Stato costituzionale”*, cit.

¹⁵ J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, 1990; per riferimenti ancora più risalenti, M. Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, 1957.

¹⁶ Le aperture del *Bonham's case*, (1610) e di *Rowles v. Mason*, (1612) dovute all'attivismo di Sir Edward Coke (*Chief Justice of Common Pleas* dal 1606 e *Chief Justice of King's Bench* dal

dopoguerra istituiscono un organo del tutto nuovo, denominato tribunale costituzionale cui viene riconosciuto il monopolio dell'accertamento del rispetto della costituzione da parte degli altri poteri pubblici. Si tratta, comunque, di un'affermazione timida: il sistema weimariano di giustizia costituzionale è debole e indeterminato¹⁷, ispirandosi prevalentemente al modello di *Staatsgerichtbarkeit* e contestato dall'approccio decisionistico che rivendica la prevalenza di una garanzia politica della Costituzione affidata al Presidente della Repubblica rispetto ad una giurisdizionale; mentre nelle costituzioni dell'Austria e della Cecoslovacchia, caratterizzate da costituzioni procedurali e limitati riferimenti ai diritti di libertà, si confeziona per la Corte un ruolo di mero legislatore negativo, con una collocazione esterna rispetto al circuito democratico e la conferma in capo al processo di decisione politico-parlamentare del diritto all'ultima parola, anche mediante il ricorso ad aggravamenti procedurali¹⁸. La breve durata di queste esperienze, travolte da regimi totalitari e la incapacità delle corti di ostacolare questa deriva come dimostrato dalla decisione del 25 ottobre del 2022 dello *Staatsgerichtshof* che pur accogliendo il ricorso della Prussia nei confronti dell'ordinanza del Presidente del Reich del 20 di luglio con cui erano sciolti e commissariati gli organi di governo del Land con un vero e proprio colpo di stato, non trovò applicazione, aprendo di fatto le porte all'ascesa di Hitler alla cancelleria¹⁹.

Qualcosa di simile si ripete a distanza di pochi anni in Spagna; in questo caso, il 5 marzo 1936 il *Tribunal de Garantías Constitucionales*, previsto e disciplinato dal Titolo IX della Costituzione del 1931, dispose l'annullamento della legge statale del 2 gennaio 1935 che aveva sospeso a tempo indeterminato le competenze della *Generalitat* catalana previste dallo Statuto di autonomia; ma con la guerra civile ormai alle porte la decisione non produsse alcun esito. Un precedente, peraltro, che testimonia come a distanza di quasi un secolo la questione catalana non sia stata ancora risolta e come questa minoranza nazionale non abbia ancora trovato la giusta collocazione all'interno della monarchia costituzionale spagnola.

1613, morto nel 1634) e ad alle particolari contingenze storiche del primo decennio del XVII secolo legate al conflitto tra corti di common law e Corte di cancelleria e che eserciteranno un'influenza decisiva sui futuri sviluppi statunitensi (a partire dal § 78 del *Federalist*), rimangono sospese in Inghilterra per molto tempo, fino alla definitiva chiusura disposta dalle parole del giudice Willes nella decisione *Lee v. Bude* (1871), che definisce in maniera netta la posizione del giudice inglese rispetto alla volontà del Parlamento: «*We sit here as servants of the Queen and the legislature. Are we act as regent over what is done by Parliament with the consent of the Queen, lords and commons? I deny that any such authority exists. [...] The proceedings here are judicial, not autocratic, which they would be if we could make laws instead of administering them*» (brano tratto da G. Criscuoli, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 1994, 410).

¹⁷ L'art. 108 della Costituzione del 1919 si limita a prescrivere che con apposita legge del Reich sarà istituito un tribunale costituzionale per il Reich, senza precisarne composizione e poteri.

¹⁸ H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, in C. Geraci (a cura di), *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, 171 ss. H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, 1928, 197 ss., ora in Id., *La giustizia costituzionale*, ed. a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, 143 ss; *de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, XXXV, 1928, 197 ss., cfr., anche H. Kelsen, *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in *Journ. of Politics*, 1942, 183 ss.

¹⁹ Per una dettagliata ricostruzione della vicenda, G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977, 177 ss.; si ricorda che Carl Schmitt era uno dei componenti del collegio difensivo del Reich.

Queste vicende, che confermarono l'impossibilità di imporre il rispetto della legalità costituzionale in contesti ancora culturalmente e politicamente immaturi, caratterizzati dalla radicalizzazione e dall'estremismo politico che accettava solo la logica dell'amico/nemico²⁰ ed il primato della forza sul diritto, sembrarono dare ragione ai critici che, soprattutto in Francia negli stessi anni in cui Hans Kelsen maturava la sua opera, avevano manifestato scetticismo nei confronti della giustizia costituzionale, ritenendola non compatibile con la tradizione costituzionale europea (mentre in Italia si apre una timida riflessione sulla possibilità di imporre dei limiti al legislatore, peraltro in una stagione poco incline a riflessioni di questa natura)²¹. Il riferimento più noto è certamente quello a Eduard Lambert ed alla sua ricostruzione del sistema americano dopo il 1883, considerato come un raffinato strumento di conservazione sociale per limitare il legislatore nella sua inclinazione all'interventismo economico e imbrigliare il movimento operaio²², ma non va dimenticato che si trattava di un'opinione diffusa e condivisa dai principali giuristi dell'epoca, tra i quali Leon Duguit che nella sua opera manualistica del 1923, pur valutando in astratto questa possibilità, ne metteva in luce le difficoltà pratiche che rendevano problematica l'introduzione del controllo di costituzionalità²³.

La svolta non tarda ad arrivare: in tutto il continente europeo la giurisdizione costituzionale germoglierà sulle ceneri lasciate dai precedenti regimi totalitari e come reazione ad essi, caratterizzando in maniera profonda la seconda e la terza ondata del costituzionalismo novecentesco; quasi per paradosso, sarà un giurista francese a segnalare con grande chiarezza questo passaggio, riconoscendo come: «le développement de la justice constitutionnelle est certainement l'événement le plus marquant du droit constitutionnel européen de la seconde moitié du XXe siècle»²⁴. Ferma restando l'*exception française* (almeno fino

²⁰ Non riprendiamo, in questa sede la dialettica tra Hans Kelsen e Carl Schmitt (v. comunque C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, trad. it., Milano, 1984) a tutti nota; per una ricostruzione insuperata v. C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.

²¹ Il riferimento è allo studio di C. Esposito, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, 1934.

²² É. Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris (tr. it. Milano, 1996), spec. 200 ss. L'attenzione per l'esperienza statunitense, seppure con un approccio più descrittivo, si manifesta qualche anno dopo anche in Italia; i volumi di M. Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche del controllo di costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Torino, 1931 e S. Catinella, *La Corte suprema federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 1934, sono i primi studi sull'argomento.

²³ L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel - Théorie générale de l'Etat, Le droit et l'Etat, Les libertés publiques, L'organisation politique de la France*, Paris, 1923 che nel capitolo 78 dell'opera ritenendo quella costituzionale come una giurisdizione priva di carattere politico finalizzata al controllo e all'annullamento delle leggi incostituzionali, osservava come la realizzazione di un simile istituto ponesse due questioni fondamentali; la prima relativa alla composizione del tribunale ed ai criteri di designazione dei giudici, ritenendosi che una loro nomina da parte del Parlamento o del governo o un'elezione popolare avrebbe trasformato questa giurisdizione in un organo politico, privo della necessaria imparzialità. Che, al contrario, il ricorso a meccanismi di cooptazione avrebbe determinato la nascita di una corporazione aristocratica, non compatibile con la moderna democrazia. In secondo luogo, poi, si poneva il problema delle vie d'accesso, ritenendosi che tutte quelle possibili in astratto (da parte del governo, ex officio, ricorso individuale) ponevano problemi di compatibilità con il principio del valore della legge, di cui deve essere presunta la conformità al diritto.

²⁴ L. Favoreu, *Les Cours Constitutionnelles*, Paris, 1986, 3.

all'introduzione della *saisine parlementaire* nel 1974 ed alla successiva revisione costituzionale del 2008). Sarà la Costituzione italiana approvata nel 1947 a tracciare la strada, subito seguita dalla Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca e dalla ritrovata vigenza della Costituzione austriaca del 1920; da quel momento tutte le costituzioni approvate o riformate fino alla fine degli anni '90 proseguiranno questo cammino, con un'attenzione maggiore da parte di quelle che vedranno la luce dopo il crollo dei precedenti regimi autocratici (Grecia, Portogallo, Spagna negli anni '70, paesi usciti dall'esperienza del *soviet law* dopo il 1989)²⁵. Si tratta di un dato particolarmente significativo, che evidenzia lo stretto legame che si instaura tra l'introduzione di sistemi di giustizia costituzionale da una parte e processi di transizione democratica dall'altra che, fin dall'avvio e fino al loro completamento dipendono largamente dall'opera di controllo svolta dai giudici; si pensi al contributo determinante della giurisprudenza costituzionale italiana con riguardo al sindacato sulle leggi anteriori che, a fronte dell'inerzia del legislatore protrattasi per vari decenni è stato il canale che ha permesso ai principi costituzionali di dispiegare il loro valore modificando in misura rilevante l'intero sistema giuridico (anche se si tratta, in questo caso, di un'eccezione italiana: per ragioni che non possiamo qui approfondire, nelle altre esperienze gli attori politici sono stati i principali artefici del rinnovamento).

Come abbiamo già ricordato, il tratto comune di queste esperienze si rinviene nell'affermazione del valore normativo delle costituzioni anche con riguardo alle sue disposizioni di principio ed a carattere programmatico e dall'esigenza di offrire una tutela effettiva ai diritti di libertà solennemente proclamati mediante l'adozione di lunghi cataloghi. Senza insistere su una questione fin troppo nota, possiamo riconoscere come la costruzione dello Stato costituzionale che ne deriva produce l'effetto di conferire una forza precettiva all'idea di costituzione codificata dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, fino a quel momento provvista solo di forza politica e, quindi, suscettibile di costante disapplicazione. Per la parte relativa ai diritti di libertà, l'effetto è stato quello di una concretizzazione dei principi costituzionali, con un effetto di materializzazione che li cala nelle relazioni intersoggettive e li rende giustiziabili. Per quanto concerne la garanzia del rispetto del principio della divisione dei poteri (sia in senso orizzontale, che verticale per gli ordinamenti federali o regionali), la quasi totalità dei sistemi di giustizia costituzionale recepisce i principali strumenti di controllo offerti dal modello dello *Staatsgerichtbarkeit* con varie tipologie di ricorso in via principale, realizzando una forma, non sempre totale, di giuridificazione della politica, mentre la tutela dei diritti è affidata a canali diversi sia di tipo diffuso (consentendo a tutti i giudici di fare applicazione diretta della costituzione nei casi concreti), che accentrato, con il riconoscimento della possibilità di accedere ai giudici delle leggi sia per il tramite di un'altra autorità (come per i giudizi in via incidentale) che in via diretta, consentendo ai singoli la possibilità di ricorrere per la difesa dei propri diritti fondamentali, fino all'estremo dell'*actio popularis* (introdotta nella prima fase in Ungheria) quale strumento di garanzia oggettiva, almeno sul piano teorico, di superiorità della costituzione e di salvaguardia dello Stato costituzionale. Una scelta, quella di favorire la costruzione di giurisdizioni

²⁵ Cfr. S. Bartole, *Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell'Europa centro-orientale*, in *Quad. cost.*, 196, 229 ss.; M. Mazza, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Padova, 1999; A. Di Gregorio, *La giustizia costituzionale in Russia. Origini, modelli, giurisprudenza*, Milano, 2004.

costituzionali concentrate in un solo giudice con caratteri peculiari, piuttosto che l'opzione per un sindacato diffuso, che è stata considerata da alcuni come un "privilegio per il legislatore", per garantire un equilibrio tra le esigenze di quest'ultimo e quelle dei diritti ed evitare che si sfociasse in una *judicial supremacy*, ovvero in una supremazia dei diritti, tramite la giurisdizione, sulla legge²⁶. Cogliendo il parallelismo con la creazione della giustizia amministrativa come giurisdizione speciale, questa scelta di creare un giudice ad hoc anche per il legislatore corrisponde ad un'esigenza storica ineludibile: in primo luogo superare la diffidenza da parte delle classi politiche che vedevano nel controllo di costituzionalità un limite pericoloso e potenzialmente conservatore alle loro decisioni ed alle esigenze di riforma che si profilavano (basti ricordare la posizione mantenuta nella nostra Assemblea costituente dai partiti della sinistra); da questo punto di vista la creazione di tribunali ad hoc divenne un compromesso necessario. Secondariamente si dovevano fare i conti con l'impreparazione dei giudici comuni, che avevano peraltro fino ad allora esercitato il proprio magistero in regimi autoritari, ad esercitare una funzione siffatta: le vicende italiane dell'immediato dopoguerra confermano pienamente questa deficienza di formazione adeguata, soprattutto negli alti gradi della magistratura ordinaria. Rispetto al punto di partenza la situazione appare oggi molto cambiata; strumenti come il ricorso diretto individuale presente nella maggior parte delle giurisdizioni costituzionali (ad eccezione di Francia e Italia) ha consentito una penetrazione capillare e più efficace del precipitato delle previsioni costituzionali sulle relazioni intersoggettive, mentre si è scoperto che ricorrendo all'interpretazione sistematica anche per i giudici comuni era possibile, se non doveroso, applicare le leggi in maniera costituzionalmente orientata, così da operare una diffusione del sindacato di costituzionalità, fermo restando il monopolio del potere di annullamento delle leggi incostituzionali in capo ai tribunali costituzionali.

L'analisi quantitativa ci porta quindi a riconoscere come si sia realizzata una circolazione capillare del *judicial review of legislation* nell'intero continente europeo; la quasi totalità dei paesi membri del Consiglio d'Europa (con la sole eccezioni del Regno Unito e dei Paesi Bassi) hanno adottato una qualche forma di controllo di costituzionalità e nella quasi totalità dei casi questa scelta si è materializzata con l'istituzione di un tribunale costituzionale unico provvisto di una molteplicità di competenze questo anche nei sistemi c.d. misti come quelli di Grecia e Portogallo), tra cui quella di disporre l'annullamento con effetti *erga omnes* delle norme legislative oggetto di sindacato²⁷.

Per riprendere le parole di Rubio Llorente, in definitiva: «*the introduction of constitutional jurisdiction in Europe has not been the product of an evolution, but rather of a revolution*»²⁸.

Sul piano qualitativo, l'andamento diacronico della circolazione ha consentito che si facesse tesoro delle esperienze precedenti tenendo conto oltre che

²⁶ È il pensiero di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 80.

²⁷ Per la contabilità si rinvia ai dati elaborati in R. Tarchi, *Il ricorso diretto individuale a tutela dei diritti fondamentali: prospettiva comparata e sistema italiano di giustizia costituzionale*, in R. Tarchi (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2012; Id., "Così fan tutte": *la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento da parte delle Corti costituzionali europee. Una prospettiva comparata*, Milano, 2021.

²⁸ F. Rubio Llorente, in A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlin, 1988, 165.

dei disegni teorici dei sistemi già realizzati anche del loro rendimento in concreto; in questo modo i sistemi austriaco, italiano e tedesco sono stati consapevolmente imitati, producendo un effetto di stratificazione e di ibridazione delle giurisdizioni costituzionali create in momenti successivi. Questo ha portato la dottrina a distinguere tre diverse generazioni dei sistemi di giustizia costituzionale della seconda metà del Novecento, coincidenti, rispettivamente, con quelli dell'immediato dopoguerra, degli anni '70 e poi degli anni '90 del secolo scorso²⁹.

Il risultato conseguito ci mostra l'esistenza di una pluralità di esperienze, ciascuna delle quali, se si tiene conto sia del dato normativo relativo alla disciplina di ciascun sistema, sia di quello fattuale del ruolo che la giurisdizione costituzionale riesce concretamente a svolgere sul piano dell'effettività, risulta non sovrapponibile rispetto a tutte le altre; ne risultano differenze anche piuttosto consistenti riguardo alla consistenza ed al grado di penetrazione del formante giurisprudenziale, tra ordinamenti come quello della Germania nei quali il *Verfassungsgericht* ha esercitato (ed è stato sollecitato a farlo senza particolari contrasti, se non quelli derivanti da una parte della dottrina conservatrice di Schmitt e Forsthoff prima e da quella progressista di Habermas e Denninger poi) un ruolo particolarmente attivo ed altri nei quali, all'opposto, il tribunale costituzionale è ormai in balia del potere politico e non è più in grado di svolgere la funzione di contropotere (come in Russia che ormai si è trasformata in un regime autocratico o, comunque, nei paesi che si definiscono illiberali).

Come già ricordato, la circolazione della giustizia costituzionale non ha riguardato soltanto l'ambito europeo, trasformandosi in un processo di portata globale, con il recepimento diffuso sia del modello di matrice statunitense (come nella maggior parte delle ex colonie britanniche o in alcuni paesi latino-americani o nello stesso Giappone, per fare solo alcuni esempi) che di quello di derivazione europea continentale nelle sue diverse varianti. Di questo fenomeno non trattiamo in questa sede, anche perché lo stesso convegno se ne è occupato solo marginalmente trattando della questione della composizione delle corti supreme e costituzionali o in alcuni degli interventi presentati nelle sessioni parallele e relativi ad esperienze quali quelle di aree dell'America latina, dell'Africa o più in generale del *Global South* (v. *infra*, 559 ss.).

Questo processo di universalizzazione della giustizia costituzionale, connotato da una tendenziale omogeneità rispetto agli obiettivi che si intendevano conseguire e ad alcune coordinate di fondo dei rispettivi sistemi e da diversità profonde per quanto concerne la declinazione effettiva dei modelli, ha prodotto

²⁹ Riprendiamo qui la recente impostazione di F. Biagi, *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Bologna, 2016. Così come per le costituzioni ed i diritti di libertà, è ormai invalsa anche la catalogazione dei sistemi di giustizia costituzionale in generazioni o stagioni, guardando all'epoca della loro origine storica, pur con esiti tassonomici non sempre coincidenti; v., per tutti, A. Pizzorusso, voce *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. I, Milano, 2007, 669 ss. La ricostruzione da noi proposta in un precedente scritto si basa sulla distinzione di quattro diverse stagioni, ciascuna corrispondente al periodo in cui le diverse esperienze si sono concretizzate. La prima coincide con la fase del costituzionalismo del primo dopoguerra (fino alla Costituzione della Seconda Repubblica spagnola del 1931); la seconda con il costituzionalismo del secondo dopoguerra, che ha completato la costruzione dei prototipi dei sistemi di giustizia costituzionale. La terza stagione è poi quella che matura negli anni '70 del XX secolo, mentre la quarta corrisponde alla stagione che è stata definita come la terza ondata della democratizzazione e che, nell'ultimo decennio del secolo scorso ha portato alla diffusione del controllo di costituzionalità su larga scala, espandendosi all'intero continente europeo. Cfr. R. Tarchi, "Così fan tutte", cit., 42.

delle conseguenze sul piano della riflessione teorico-generale. Come è già stato messo in risalto dalla dottrina più avveduta³⁰, l'analisi della molteplicità delle esperienze concretamente realizzate non consente più di elaborare dei modelli e di comporre una tassonomia che, come in passato, contrapponeva, ad esempio, i sistemi diffusi rispetto a quelli accentrati o i sistemi astratti a quelli concreti superando la dicotomia cappellettiana³¹ o, ancora, la *Verfassungsgerichtsbarkeit* alla *Verfassungsbeschwerde* o alla *Staatsgerichtbarkeit*, per la netta prevalenza di sistemi ibridi e tendenzialmente misti. Per questo prevale oggi l'opinione secondo la quale è preferibile rinunciare a tentativi di questo genere, limitando lo studio alla considerazione delle esperienze esistenti, o eventualmente, ricorrendo ad un approccio empirico, tentando di ricostruire tassonomie plurali e molteplici, ciascuna delle quali basata su un elemento ordinatore limitato ad uno dei diversi profili che caratterizza ciascun sistema (struttura delle corti, indole politica o giurisdizionale del controllo, funzioni esercitate, parametro e oggetto del controllo, vie di accesso, efficacia delle decisioni ecc.)³². Si tratterebbe di un'operazione intellettuale piuttosto complessa e forse relativamente utile, in quanto non conseguirebbe le finalità euristiche che caratterizzano le classificazioni proposte dai comparatisti, utili per ricondurre la molteplicità delle esperienze esistenti in un numero limitato di categorie generali facili da ricordare e capaci di orientare l'attività degli interpreti. Anche in considerazione di ciò neppure questo profilo della giustizia costituzionale è stato oggetto di specifiche relazioni in questo convegno, per quanto poi emerga implicitamente da più d'uno degli interventi svolti.

La ricostruzione che abbiamo operato in chiave diacronica ci narra una storia di successo della giustizia costituzionale, ma certamente non siamo arrivati alla fine della storia. Come abbiamo ricordato in precedenza nel corso del XXI secolo hanno cominciato a manifestarsi inversioni di tendenza, con aggressioni e tentativi ripetuti di normalizzazione delle istituzioni di garanzia che sono messe sotto pressione dal decisore politico e che fanno parlare di una crisi palese o latente della stessa giurisdizione costituzionale, non più avvertita come un elemento indefettibile dei sistemi democratici. Certamente non si tratta di una crisi generale e uniforme, ma alcuni segnali preoccupanti devono essere colti, anche per individuare, se possibile, le ragioni di questa involuzione.

Non prendendo qui in considerazione il problema indotto dalla perdita di centralità degli Stati e dei loro governi, con uno spostamento verso la dimensione globale e sovranazionale di molti dei poteri di decisione politica in senso postdemocratico e conseguentemente della parziale perdita di prescrittività dei testi costituzionali (post costituzionalismo?), ribadita anche dalla presenza di corti sovranazionali (Corte Edu e Corte di giustizia UE) che con il loro consolidamento hanno contribuito a limitare gli spazi d'intervento e di autorità, anche in termini di legittimazione, delle corti costituzionali nazionali (questione di grande rilievo che meriterebbe un'analisi a parte), personalmente ritengo che gran parte delle difficoltà attuali derivano da fattori extragiuridici e siano riconducibili a dinamiche sociali e politiche che stanno registrando una crescente frammentazione e

³⁰ Cfr. L. Pegoraro, *Classificazioni e modelli di giustizia costituzionale nella dinamica degli ordinamenti*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 1561 ss.; G. Tusseau, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica* (trad. it), Bologna, 2009.

³¹ Come A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 3, 1982, 522 ss.

³² Cfr. L. Pegoraro, *Sistemi di giustizia costituzionale*, cit., 193 ss.

polarizzazione dei diversi interessi; fenomeno che talora assume anche un carattere valoriale, facendo emergere impostazioni ideologiche contrapposte e difficilmente conciliabili tra loro innanzi tutto per ragioni di ordine culturale. Questa divaricazione si ripercuote in prima battuta sui sistemi politici con una crescita del numero dei partiti ed il ritorno di quelli che un tempo venivano considerati, per le ideologie professate, antisistema, in quanto alieni dalle classiche visioni liberal-democratiche e seguaci, invece, di ideologie nazionalistiche molto accentuate con forti venature di demagogia e di populismo. Il passaggio successivo riguarda le forme di governo, che per effetto del fenomeno precedente, sono diventate (pressoché ovunque in Europa) più instabili, con grandi difficoltà a coalizzare maggioranze omogenee ed il ricorso sempre più diffuso a governi di minoranza per non coinvolgere i rappresentanti delle forze estremiste.

Inevitabilmente si produce un terzo passaggio che finisce per coinvolgere le istituzioni di garanzia, secondo una duplice modalità. Intanto la polarizzazione eccessiva degli interessi e delle aspettative rende più complessa quell'opera di bilanciamento che è una delle principali fonti di legittimazione delle corti e che, per essere esercitata, richiede, comunque, almeno una relativa omogeneità dei valori da contemperare. Se i valori posti a fondamento del sistema costituzionale cessano, almeno in parte, di essere condivisi, le decisioni dei tribunali costituzionali possono risultare insoddisfacenti per una parte consistente degli attori politici e dell'opinione pubblica, incrementando la possibilità che le critiche si trasformino in veri e propri attacchi che mettono in dubbio la legittimazione stessa delle corti e portino alla loro qualificazione come *least dangerous branch* in qualche modo da limitare per impedire loro di rimettere in discussione le scelte compiute dal circuito democratico-elettorale.

Se poi, come è avvenuto in alcune esperienze, le forze populiste/nazionaliste/estremiste si trasformano in maggioranza politica, diventa possibile l'aggressione e la cattura delle istituzioni di garanzia, rendendo di fatto inutile la loro presenza, in quanto ormai gregarie delle istituzioni governanti delle quali sono semplicemente chiamate a rafforzare le decisioni.

Rispetto al secolo scorso, quindi, il crinale su cui le corti si sono collocate alla ricerca di una loro legittimazione si è fatto ancora più sottile ed i rischi di sopravvivenza dello stesso Stato costituzionale si sono accresciuti. Di questo dobbiamo avere la consapevolezza anche per adottare tutte le possibili strategie di un costituzionalismo militante che possano impedire questa infausta involuzione.

4. Le sessioni principali

Gli undici saggi pubblicati nella prima parte di questo fascicolo speciale della rivista replicano le relazioni che sono state espone oralmente, con la sola eccezione di quella di Tania Groppi che si era occupata di «Judicial review of legislation, società civile, opinione pubblica»³³, della quale discute alcuni passaggi l'intervento di Enrico Grosso che apre questo volume³⁴; tema sul quale tornano gli interventi

³³ La stessa Autrice ha trattato il tema in T. Groppi, *Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale. Dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della cultura costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2023, 1, 73 ss.

³⁴ E. Grosso, *Corti costituzionali e opinione pubblica: un problema di legittimazione*, *infra* 1 ss.

presentati nelle sessioni parallele da Alessandra Osti e Angioletta Sperti³⁵. Si tratta di un profilo relativamente nuovo degli studi sulla giustizia costituzionale, con la presa d'atto di un attivismo delle corti, esercitato in una molteplicità di forme nei diversi contesti, volto ad uscire "fuori dal palazzo" e comunicare direttamente con i comuni cittadini e la società civile il senso della loro attività ed i contenuti delle loro decisioni, per esercitare una funzione pedagogica di "magistero costituzionale". Come osserva Grosso siamo di fronte ad un cambio di paradigma che manifesta l'esigenza avvertita dalle stesse corti di ricercare un'ulteriore fonte di legittimazione, tale da rafforzare la loro legittimazione nel confronto quotidiano che devono sostenere con la sfera della politica e di fronte ai possibili conflitti che possono insorgere di fronte a decisioni che contrastano con la volontà manifestata dal legislatore. È evidente che siamo in presenza di comportamenti che incidono in maniera diretta sul ruolo dei tribunali costituzionali e che talora sono stati oggetto anche di valutazioni critiche da parte di chi ritiene che i giudici dovrebbero restare confinati nel loro alveo istituzionale e parlare solo attraverso le sentenze, evitando esondazioni. Di questa tendenza recente delle corti dobbiamo comunque prendere atto senza stigmatizzazioni, ricordando, semmai, come la questione ora richiamata debba essere ricondotta alle visioni alternative dell'approccio con il quale i tribunali costituzionali percepiscono la propria funzione istituzionale ed il loro ruolo sia nei confronti degli altri poteri pubblici, che delle persone delle comunità cui le loro decisioni sono in qualche misura direttamente rivolte.

Gli altri saggi pubblicati in questa prima parte affrontano tutti, sotto profili diversi, le principali questioni che attengono proprio al rapporto tra giurisdizioni costituzionali e poteri politici, secondo quanto evocato dallo stesso titolo del convegno e del volume che si pubblica. Per la loro dimensione quantitativa ed il loro livello di approfondimento, questi interventi possono essere solo succintamente richiamati.

4.1 Criteri di selezione e indipendenza dei giudici costituzionali. Le esperienze di *common law*

³⁵ Cfr. A. Osti, *La finestra sulla Corte costituzionale: modernizzazione necessaria, ricerca di legittimazione o finalità educativa?* e A. Sperti, *Alcune riflessioni su legittimazione e consenso delle Corti costituzionali nel loro attuale rapporto con l'opinione pubblica*, *infra*, 1211 ss. e 1299 ss.

federale. In particolare, Osti si concentra, guardando ad un numero significativo di esperienze, sulla presenza nelle aule delle corti di telecamere per la diffusione delle udienze (uno dei tanti strumenti di comunicazione utilizzati, quali social network, siti web, podcast, interazione dei singoli giudici con settori della società civile, conferenze stampa e comunicati stampa) per chiedersi quali siano le ragioni, riconducibili astrattamente ad esigenze di modernizzazione necessaria, a intenti pedagogici, o piuttosto alla ricerca di legittimazione popolare. Un interrogativo difficile da sciogliere per la poca chiarezza delle motivazioni utilizzate e con l'avvertenza di una possibile manipolazione del pubblico, che oltre a non conoscere le regole processuali osserva soltanto quello che gli viene mostrato dalle telecamere.

Sperti, ponendosi in una prospettiva più ampia, analizza, rigettandole, le critiche sollevate negli ultimi anni nei confronti delle corti costituzionali e supreme per la loro svolta comunicativa, dovuta all'esigenza di non affidare soltanto ad altri l'illustrazione dei contenuti delle sentenze e più in generale delle funzioni istituzionali da svolgere, soprattutto in tempi di populismo. Il rapporto che si instaura così tra corti ed opinione pubblica, con un intento anche pedagogico, è volto alla ricerca di un "consenso", che, tuttavia, non assume un significato politico e va invece, inteso come ricerca di unità intorno ai valori costituzionali, connesso alla loro alla garanzia.

Una particolare attenzione è stata rivolta al tema dell'organizzazione dei tribunali costituzionali e delle corti supreme, in particolare sotto il profilo dei criteri di selezione dei giudici, che, forse più di ogni altro, impatta in modo diretto sulla loro indipendenza e sul tipo di relazioni che si instaurano tra le corti e gli altri organi dello Stato titolari del potere di nomina; ciò che impatta direttamente sulla legittimazione stessa delle corti. Si tratta di uno snodo di particolare delicatezza, tenuto conto che costituisce il primo punto di possibile aggressione da parte dei poteri politici per la cattura delle corti costituzionali o, comunque, per indirizzarne in maniera decisiva gli indirizzi giurisprudenziali; una vera e propria cartina di tornasole se si guarda oltre la disciplina normativa esistente e si analizzano le prassi e le convenzioni seguite nelle diverse esperienze, che mettono in luce le linee di tendenza seguite e le dinamiche effettive che si realizzano.

Per avere un quadro il più possibile completo, tenuto conto anche della scarsità di riflessioni approfondite di taglio comparato³⁶, il tema è stato articolato tra ben quattro relazioni, ciascuna delle quali dedicata alle principali tradizioni giuridiche dell'occidente, quelle di *common law*, di *civil law*, dei paesi dell'Europa centrale e orientale e di quella dell'America latina, ciascuna delle quali presenta elementi di peculiarità che affondano le loro radici anche nelle rispettive coordinate storiche e culturali³⁷ e nella diversità dei contesti che su queste basi si sono materializzati.

Sono soprattutto i primi tre saggi a fare piena luce sull'argomento³⁸, a partire da quello di Benedetta Barbisan dedicato ai sistemi di *common law*³⁹, che prende in considerazione alcune delle principali esperienze di questa tradizione, quali quelle di Australia, Irlanda, Canada, India e Stati Uniti. Si pone preliminarmente un trilemma, rivolgendo l'attenzione a tre profili collegati tra loro: l'indipendenza, l'imparzialità e la legittimazione delle corti (in questi casi supreme) considerando che questi requisiti non solo devono riscontrarsi effettivamente ma devono altresì

³⁶ Per quanto riguarda una possibile modellistica si rimanda a P. Carrozza, *La giustizia costituzionale e i suoi modelli: il problema delle regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito* e R. Balduzzi, *Profili organizzati e ruolo delle Corti: schemi di giustizia costituzionale*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, rispettivamente 449 ss. e 461 ss.; nello stesso volume compaiono saggi che trattano di singole esperienze; restano comunque dei riferimenti imprescindibili i contributi pubblicati in M. Calamo Specchia (a cura di), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, cit.

³⁷ Diversità che attengono innanzi tutto ai diversi modelli di ordinamento giudiziario storicamente realizzati; cfr. P. Carrozza, voce *Corti*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 430 ss.; A. Pizzorusso, voce *Ordinamenti giudiziari e professioni giuridiche*, *Enc. sc. soc.*, Roma, 1996, IV, 375 ss.; V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, 8ª ed., Torino, 2024, spec. 204 ss. (con riguardo ai sistemi giudiziari dell'Europa orientale).

³⁸ Quello di L. Mezzetti, *La dialettica tra organi di giustizia costituzionale e poteri politici: le esperienze latinoamericane*, *infra*, 339 ss., affronta un tema di grande rilievo ed attualità ma in una prospettiva limitata al contesto di riferimento, trattando dei modelli di giudizio politico ed impeachment dei membri degli organi di giustizia costituzionale, con un'analisi sia della disciplina costituzionale che della prassi nei principali ordinamenti latino-americani, tenuto conto degli interventi della Corte interamericana dei diritti umani. Il problema principale resta quello dell'effettività del principio della separazione dei poteri nel quadro di esperienze che restano fragili (si usano le definizioni di *democraduras* o *dictablandas*) sul piano di un definitivo consolidamento degli assetti democratici

³⁹ B. Barbisan, *Indipendenza e imparzialità dei giudici nelle esperienze di common law (Australia, Irlanda, Stati Uniti): la bias rule e la judicial legitimacy*, *infra*, 215 ss.

essere percepiti come esistenti da parte dell'opinione pubblica e di altri soggetti istituzionali.

Richiamando poi i diversi modelli utilizzati per la scelta dei giudici supremi, che riconoscono un potere esclusivo del Governo (come in Australia); del Presidente della Repubblica su indicazione del potere esecutivo ora coadiuvato da un organo tecnico giuridico (come in Irlanda); o del Presidente federale con il consenso del Senato (come in USA), si evidenzia come le regole esistenti non rivestano mai un carattere decisivo, dovendosi tener conto delle coordinate culturali all'interno delle quali vengono applicate. Emblematico il caso australiano che ha mantenuto inalterato il modello tradizione di *common law* di derivazione inglese: la pressoché totale discrezionalità riconosciuta al potere esecutivo per la nomina dei giudici (compresa la mancata previsione di requisiti soggettivi degli stessi) e la loro relativa opacità delle procedure che nella prassi sono rimaste pressoché segrete, non hanno mai ingenerato questioni di legittimazione dell'*High Court* che è sempre rimasta espressione del gruppo sociale dominante (bianco, anglosassone, cristiano), ciò che pone un evidente problema di *diversity*, anche per quanto concerne la rappresentanza di genere.

Allo stesso modo non si sono posti problemi particolari nell'esperienza irlandese che con il *Courts and Court Officers Act 1995* ha superato il sistema tradizionale che affidava al potere esecutivo la scelta dei giudici con l'istituzione di un organo tecnico (il *Judicial Appointments Advisory Board*, sostituito nel 2023 dalla *Judicial Appointments Commission*) preposto ad effettuare una selezione sulla base del *merit*. Valutando il prima e il dopo, Barbisan osserva come nella sostanza le nomine effettuate non siano mai state influenzate in maniera decisiva dall'affiliazione politica dei candidati, con una netta prevalenza del criterio meritocratico. Questa tradizionale deferenza è stata mantenuta nonostante l'attivismo giudiziario manifestato in alcuni casi dalle corti e in particolare dalla *Supreme Court* nell'esercizio del *judicial review of legislation*, che non ha suscitato particolari reazioni in sede politica e, semmai, ha portato ad iniziative referendarie.

Viene quindi ben messo in evidenza come questa *independence culture*, che non ha dato luogo a problemi di legittimazione degli organi di garanzia, sia il risultato non tanto delle regole formali esistenti, quanto della combinazione di svariati fattori ambientali riconducibili alla tradizione giuridica e politica propria che ha costantemente caratterizzato questa esperienza.

Molto diverso il caso degli Stati Uniti che nell'ultimo periodo ha registrato una politicizzazione radicale del processo di nomina dei giudici della Corte suprema, con l'azzeramento degli spazi di dialogo e di possibili convergenze su candidati più moderati rispetto a quelli proposti dal Presidente federale. La vicenda è fin troppo nota ma merita un sintetico richiamo⁴⁰; dopo avere ripercorso i diversi passaggi storici di adattamento della procedura, Barbisan individua nel doppio passaggio consistente nel rifiuto della maggioranza repubblicana al Senato di prendere in considerazione il candidato (Garlan) proposto da Obama nell'ultimo anno del suo mandato (il 2016) per sostituire *Justice* Scalia prematuramente scomparso e nella successiva modifica della Rule XXII consentendo la *cloture* del *filibustering* a maggioranza semplice anche per il *consent* ai giudici della Corte suprema (con la conseguente conferma di Gormush, candidato proposto da Trump con soli 54 voti ed una maggioranza totalmente partisan). Una tendenza poi

⁴⁰ V. anche A. Baraggia, *Reshaping the US Judiciary in times of polarization: Biden's Judicial nominations and Supreme Court reform*, in *Dpce online*, No. Sp 1, 2023, 97 ss.

confermata nelle tre occasioni successive del 2018, 2020 e 2022, restando quello della nomina dei giudici uno strumento politico di grande rilievo per consolidare le posizioni di una sola parte rispetto all'altra, confidando nell'aspettativa che ogni giudice voti in modo prevedibile secondo linee di appartenenza ideologica. Se è vero che da sempre le decisioni della Corte suprema americana sono state adottate sulla base di una logica di appartenenza culturale e talora politica dei giudici, nella fase attuale questa forma di politicizzazione si manifesta in maniera radicale, ponendo evidenti problemi di legittimazione dell'organo, ormai una delle corti più politicizzate nel panorama odierno, secondo quanto abbiamo già rilevato in precedenza.

Guardando al profilo dell'omogeneità/disomogeneità tra maggioranza dei giudici supremi, Presidente federale e maggioranze al Congresso (in particolare al Senato), si profila un'alternativa secca. In caso di disomogeneità la *Supreme Court* si trasforma in un organo di opposizione all'indirizzo politico presidenziale e/o parlamentare, ben oltre la funzione contro maggioritaria che sarebbe chiamata ad assolvere. Nell'ipotesi inversa la Corte potrebbe invece trasformarsi in un organo ausiliario delle agenzie politiche, rinunciando ad esercitare il ruolo di contrappeso istituzionale, con ciò, indebolendo la prescrittività della Costituzione federale, fino all'estremo di diventare una componente attiva dell'idea di governo unitario tanto cara alla destra più radicale. Il problema è acuito dalla durata vitalizia della carica di giudice federale (salvo *impeachment*), che garantisce ai titolari il massimo dell'indipendenza ma richiede anche il massimo della saggezza e della prudenza, probabilmente in una misura tale da non ritrovarsi in nessun essere umano. I *revirement* giurisprudenziali derivanti dal cambiamento di maggioranza all'interno dell'organo e che indeboliscono il valore della certezza garantito dal sistema dei precedenti, tendono così a cristallizzarsi per lunghi periodi rendendo molto improbabili successivi *overruling* per la riaffermazione di posizioni meno radicali.

4.2 segue: i sistemi di *civil law*

Il saggio di Sabrina Ragone⁴¹ prende in esame un numero consistente di esperienze europee qualificabili come democrazie consolidate e ascrivibili, secondo la bipartizione prima tracciata, sia alla prima (Austria, Germania, Italia) che alla seconda (Portogallo, Spagna, Belgio) generazione di giustizia costituzionale della seconda metà del Novecento. Non si considera, invece, il caso francese che continua a mantenere delle anomalie rilevanti rispetto a tutti gli altri per la derivazione direttamente politica dei componenti del *Conseil constitutionnel* e la presenza in essa di personalità che hanno ricoperto cariche istituzionali di massimo rilievo (anche Primi ministri).

All'accurata analisi delle diverse discipline normative che fa emergere alcune analogie di fondo ma anche qualche differenza rilevante, Ragone abbina una ricostruzione delle prassi seguite nei vari contesti, ormai radicate, trattandosi di esperienze operanti da mezzo secolo e, in alcuni casi (Austria, Germania, Italia) da settant'anni. Muovendo dalla premessa secondo cui la giurisdizione costituzionale dovrebbe collocarsi al di fuori dell'agone politico, mantenendo comunque un'anima "politica" come «custode del *pactum societatis*, garanzia delle condizioni d'insieme minime della vita collettiva», si imposta la sequenza che collega strettamente

⁴¹ S. Ragone, *Nomine, rapporti con i poteri politici e legittimazione delle Corti costituzionali: esperienze di Civil Law*, *infra*, 247 ss.

composizione (e, quindi, criteri di nomina dei giudici) delle corti, loro indipendenza e, quindi, loro legittimazione. Interessante la modellistica che distingue i sistemi tenendo conto degli organi che sono investiti del potere di selezione dei giudici, distinguendo tra quelli che riconoscono questa competenza alle sole assemblee parlamentari (Germania e Belgio), prevedono un'integrazione della componente parlamentare con un meccanismo di cooptazione cui partecipa lo stesso Tribunale (Portogallo), la distribuiscono tra due soggetti politici (parlamento e governo come in Austria), o prevedono modalità maggiormente pluraliste come in Italia e Spagna, con il coinvolgimento anche di organi del potere giudiziario.

Trascurando i dettagli delle numerose considerazioni meritevoli di considerazione, ci limitiamo ad estrapolare alcuni dei riferimenti principali; intanto l'osservazione per la quale le scelte dei giudici operate in sede parlamentare, unico elemento comune a tutti i sistemi, è sempre il frutto di una lottizzazione tra i partiti che tiene prevalentemente conto di logiche politiche e di appartenenza, talora influenzate da fattori di tipo religioso (Germania) e linguistico (Belgio). Lottizzazione certamente favorita dalla frequente ricorrenza di elezioni di blocco (nel 2023 in Spagna sono cambiati contemporaneamente quattro giudici) che rendono più agevole una spartizione dei giudici per il conseguimento della maggioranza richiesta, altro fattore che concorre e talora (se sono previste maggioranze qualificate) rende necessaria la condivisione da parte di una pluralità di gruppi parlamentari dei candidati da eleggere.

Un altro elemento che merita di essere ricordato è quello del ritardo con il quale, almeno in Italia e Spagna, le assemblee parlamentari provvedono ad esercitare il loro potere per la difficoltà di conseguire l'accordo necessario (per i dati, di grande interesse, si rinvia al testo di Ragone). Una situazione che non riguarda solo la fase più recente ma che si è di fatto cronicizzata, con effetti peraltro opposti. In Italia il ritardo nella sostituzione dei giudici cessati produce una riduzione del numero dei componenti che ha delle conseguenze sulla capacità di lavoro della Corte costituzionale e ne riduce la rappresentatività. In Spagna, invece, sussistendo l'istituto della *prorogatio*, si produce un congelamento *sine die* della composizione esistente che può convenire alla parte politica precedentemente maggioritaria e favorire manovre dilatorie per il mantenimento dello *status quo*.

Dall'analisi emergono due punti di forza dell'esperienza italiana; si tratta dell'unico caso in cui il potere di nomina di una parte dei giudici è configurato come un atto proprio del Presidente della Repubblica e non del Governo; la prassi ha mostrato, oltre alla tempestività, un esercizio equilibrato di questo potere, con scelte che hanno premiato la competenza e il pluralismo culturale ed ideologico, talora con effetti di bilanciamento sulla composizione complessiva dell'organo quanto alla sua rappresentatività. Per altro verso, il riconoscimento alle supreme magistrature di eleggere un terzo dei giudici costituzionali ha accentuato una presenza di tipo corporativo limitando, però, le ricadute in termini di ulteriore politicizzazione, secondo quanto è invece avvenuto in Spagna, ove l'attribuzione conferita al *Consejo General del Poder Judicial* di nominare due giudici ha prodotto l'effetto opposto, rendendo talora inevitabile una concertazione delle scelte con il Governo ed i partiti politici. Il risultato della comparazione fa emergere come il Tribunale costituzionale spagnolo sia il più politicizzato tra quelli europei⁴², con

⁴² Cfr. già E. Mostacci, *Nomina dei giudici del Tribunal Constitucional e politicizzazione della giustizia costituzionale in Spagna – Presentazione*, J.M. Castellà Andreu, *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España*; G.

evidenti problemi riguardo alla sua legittimazione anche per il modo in cui è stata gestita la complessa questione catalana. Una notazione personale: nel tempo la scelta dei giudici costituzionali ha premiato in maniera crescente la componente dei magistrati (dopo il 2023 dei dodici componenti undici provengono dalle fila della magistratura e in particolare dal *Tribunal supremo*) rispetto a quella dei docenti universitari, molti dei quali hanno contribuito in un passato ormai remoto al consolidamento del sistema. Sarebbe interessante indagare le ragioni di questa dinamica, molto probabilmente di natura culturale e politica, in quanto la scarsa considerazione della componente universitaria sembra orientata alla marginalizzazione del sapere critico.

Le conclusioni cui Ragone perviene sono efficacemente sintetizzate dal titolo del paragrafo finale «*Più che la norma poté la prassi*» e confermano il valore decisivo del contesto determinato dalla concorrenza di elementi culturali, politici (quali la configurazione del sistema dei partiti ed il grado di polarizzazione) e dalla presenza o meno negli attori politici di sensibilità istituzionale e di cultura politica. La disciplina costituzionale (e talora legislativa) delle nomine, che presenta comunque dei margini di indeterminatezza, costituisce solo la cornice, all'interno della quale sono i fattori extragiuridici a risultare determinanti per l'interpretazione e l'applicazione in concreto delle norme e la conformazione di sistemi che sfuggono alla possibilità di una classificazione rigida e possono essere solo valutati ex post in ordine al loro rendimento ed alla capacità delle corti di mantenere un effettivo equilibrio tra i poteri e, in definitiva, di esercitare correttamente la funzione che compete loro.

XX

4.3 segue: le esperienze dell'Europa centro-orientale

Il lungo saggio di Angela Di Gregorio⁴³ offre un quadro molto ampio delle problematiche che hanno interessato negli ultimi 35 anni e continuano ad interessare, in particolare sotto il versante dell'effettiva indipendenza dei giudici, i sistemi di giustizia costituzionali di un'area piuttosto estesa (oltre venti paesi) e particolarmente eterogenea dal punto di vista culturale, sociale e politico, quale quella dell'Europa centro orientale, che registra la presenza di regimi che hanno conseguito livelli molto diversificati di sviluppo democratico, comprese alcune autocrazie, alcune democrazie illiberali, alcuni sistemi ancora democraticamente fragili, e che continua a subire l'influenza di fattori internazionali, quali l'appartenenza all'U.E o l'aspirazione ad entrarvi.

Il focus della ricostruzione si concentra sui possibili rischi, che in alcuni casi si sono già materializzati, di politicizzazione e di cattura dei tribunali costituzionali, con un'analisi che procede prima in senso diacronico e poi all'approfondimento dei passaggi più significativi che si sono consumati in alcune delle esperienze di maggiore rilievo.

Nell'ambito di questo microcosmo di esperienze diversificate Di Gregorio si sofferma sul ruolo rivestito dalle giurisdizionali costituzionali nelle fasi della

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*, 4, 2022.

⁴³ A. Di Gregorio, *Tra vulnerabilità politica e possibilità di "cattura": la selezione dei giudici costituzionali nelle esperienze dell'Europa centrale ed orientale*, *infra*, 281 ss.

transizione post-comunista e in quelle successive; in un primo tempo i tribunali costituzionali hanno contribuito ai processi di democratizzazione e poi assicurato la protezione dei diritti fondamentali. Con riguardo ai criteri di selezione dei giudici costituzionali si sottolinea la varietà di soluzioni adottate (di tipo parlamentare, misto, collaborativo), che non sempre sono riconducibili alle classificazioni elaborate ambito dottrinario o dalla giurisprudenza della Commissione di Venezia.

I casi oggetto di specifico approfondimento sono quelli dei paesi nei quali l'ipotesi di cattura delle corti si è effettivamente materializzata come in Ungheria e Polonia, di cui oltre alle discipline normative si ricostruiscono con grande accuratezza tutti i passaggi politico-istituzionali che si sono consumati, oltre agli effetti che ne sono derivati; dimostrando che la cattura delle corti è stata la conseguenza di una pluralità di ragioni, riconducibili oltre che alle contingenze politiche, anche ad errori compiuti nei momenti costituenti per la insufficiente rigidità di alcune delle costituzioni approvate, che poi sono state ulteriormente indebolite dalla combinazione con sistemi elettorali tendenzialmente maggioritari.

Anche in altri paesi il rischio di una politicizzazione è stato costante, seppure con esiti diversi. Così, se nella Repubblica Ceca, che si conferma una delle esperienze più solide dell'intera area, il fattore di rischio pare limitato in ragione delle prassi che si sono affermate e dell'importante attività svolta dalla Corte costituzionale in questi anni, in Slovacchia, ove il processo di democratizzazione è stato più sofferto, la situazione manifesta una maggiore e perdurante precarietà e la possibilità di cattura non sembra scongiurata, come dimostra il passaggio critico del 2019 con uno stallo delle nomine in una fase di coabitazione. L'Ucraina, infine, si trova ancora in una fase di transizione, aggravata per effetto della guerra in corso, con ripetuti passaggi di riforma del sistema non sempre condivisi dalla Commissione di Venezia e con l'atteggiamento mantenuto dai Presidenti della Repubblica di esercitare forme di *spoils system*.

Del tutto condivisibili le conclusioni cui Di Gregorio perviene, evidenziando come l'ingegneria costituzionale esprima certamente della potenzialità, ma presenti anche dei limiti, in quanto l'irrigidimento dei criteri di nomina dei giudici rischia di risultare inapplicabile se calato in contesti politicamente avversi, così come può avvenire anche per le regole imposte dalla condizionalità europea. La preservazione dell'indipendenza delle giurisdizioni costituzionali o, viceversa, il pericolo di una loro politicizzazione dipende quindi da diversi fattori, istituzionali e politici in combinazione tra loro, con un ruolo determinante dei Presidenti delle repubbliche coinvolti nel processo di selezione e dei sistemi di *checks and balances*, con un'importanza tuttavia determinante delle tradizioni e della cultura costituzionale.

Un'ultima questione di particolare attualità merita un richiamo: quella della difficile reversibilità rispetto a situazioni di avvenuta cattura dei tribunali costituzionali anche a seguito del mutamento della situazione politica secondo quanto è avvenuto in Polonia dopo le elezioni del 2023, che mostra come la situazione di questo Paese sia meno deteriorata di quella dell'Ungheria, sia per la maggiore dinamicità del sistema politico che per la mancata approvazione di una riforma costituzionale. Oltre al fattore della coabitazione della maggioranza parlamentare con un Capo dello Stato ancora espressione del *PiS*, il peso del fattore *factum infectum fieri nequit* pare decisivo, impedendo la rimozione retroattiva delle decisioni già adottate, così come la sostituzione dei giudici in carica prima

della scadenza del loro mandato, ciò che costituirebbe una violazione delle regole esistenti.

Anche l'interrogativo finale riguardo ad una possibile maggiore resilienza del sistema di sindacato diffuso rispetto a quello accentrato di fronte alle aggressioni politiche, essendo più difficile la rimozione di tutti i giudici, pare meritevole di ulteriore approfondimento; certamente i sistemi diffusi si reggono anche sull'esistenza della regola dello *stare decisis*, che non si ritrova però nei sistemi di *civil law* quali quelli europeo-continentali in genere; senza considerare che tutte le giurisdizioni costituzionali sono suscettibili di cattura politica, quanto meno dell'organo che vi è posto al vertice se l'equilibrio tra politica e giurisdizione viene a mancare e si pretende di riaffermare un primato della prima esente da limiti.

4.4 segue: alcune notazioni di sintesi

Per arrivare ad una considerazione conclusiva, la lettura di questi tre saggi fa emergere un profilo di analogia che accomuna tutte le esperienze prese in considerazione pur permanendo distanze significative tra i diversi sistemi. Il dato comune consiste nell'osservare il valore preminente che assumono i contesti ambientali, culturali e politici rispetto alla disciplina stabilita per la selezione dei giudici costituzionali o supremi, che finisce sempre per essere adattata e talora deformata dalla logica degli interessi contingenti e della partigianeria politica. Per il momento il principale antidoto a questa deriva può essere individuato nella previsione di maggioranze qualificate per l'elezione da parte delle assemblee parlamentari e possibilmente paramtrate su quelle richieste per l'approvazione di leggi di revisione costituzionale (come del resto sarebbe logico per l'istituzione chiamata a garantire il valore superiore della legge fondamentale); i possibili ritardi nel processo decisionale che sono indotti dalle trattative necessarie per conseguire una convergenza ampia in sede politica, sarebbero ampiamente compensati dalla scelta di candidati in grado di esprimere una rappresentanza più ampia delle diverse fazioni e delle diverse sensibilità culturali ed ideologiche (secondo quanto si è finora verificato nell'ordinamento della Germania e che potrebbe essere rimesso in discussione qualora partiti antisistema acquisissero una consistenza parlamentare talmente ampia da impedire il raggiungimento della maggioranza qualificata da parte delle forze tradizionali che condividono pienamente i valori sottesi alla Legge fondamentale).

La crisi delle giurisdizioni costituzionali non appare, tuttavia, come un fenomeno generale, essendosi per ora manifestato, con modalità e per ragioni diverse, soltanto in alcune esperienze quali quella degli Stati Uniti e, in Europa, nei contesti caratterizzati da un minor tasso di consolidamento della democrazia costituzionale come in alcuni dei paesi post-sovietici.

5. Gli altri temi trattati

5.1 Gli effetti delle decisioni dei tribunali costituzionali

Passando adesso all'analisi degli altri saggi, prendiamo le mosse da quello di Fabrizio Politi⁴⁴, che ricostruisce le molteplici questioni sottese all'efficacia delle

⁴⁴ F. Politi, *Effetti delle decisioni dei giudici costituzionali: tecniche e seguito politico*, *infra*, 177 ss.

decisioni dei tribunali costituzionali traendone spunto per imbastire un ragionamento più ampio sui rapporti tra giudici costituzionali e legislatori e per ragionare sull'efficacia normativa diretta o indiretta delle costituzioni, che implica l'individuazione dei soggetti preposti istituzionalmente alla loro attuazione, se soltanto il legislatore o tutti i soggetti che integrano l'ordinamento giuridico e, in particolare, le corti.

Rilevando come la regola generale adottata della retroattività delle sentenze d'incostituzionalità (con l'eccezione austriaca), con alcune limitazioni, sia stata applicata in maniera duttile nel tempo dai tribunali costituzionali sulla base di linee di tendenza comuni che derivano anche dal dialogo che intercorre tra di loro (tra corti nazionali e tra queste e le corti europee), Politi procede poi ad offrire una panoramica dei principali sistemi di giustizia costituzionale europei con riguardo alle tipologie di decisioni rispettivamente previste. L'analisi degli ordinamenti di Portogallo, Spagna, Austria, Germania, Belgio e Francia sulla base delle regole previste e, soprattutto, delle prassi attuative fa emergere, come regolarità di fondo, l'esistenza di un ventaglio di strumenti che le corti hanno a disposizione per modulare gli effetti temporali delle proprie sentenze per evitare gli effetti dirompenti sul sistema giuridico che potrebbero talora derivare da pronunce semplicemente retroattive. Strumenti che sono utilizzati in maniera pragmatica, flessibile e non dogmatica e che contribuiscono a rafforzare l'autorevolezza delle corti chiamate ad adottare soluzioni ragionevoli e giustificabili delle questioni sottoposte al loro giudizio, con un bilanciamento dei diversi valori immanenti a costituzioni che trovano nel pluralismo la loro identità più profonda e che pongono il problema della collocazione del giudice costituzionale nell'ordinamento generale secondo la nota tesi di Leopoldo Elia.

La pluralità delle tipologie decisorie elaborate, talora in via pretoria, porta quindi ad un superamento della tradizionale antinomia tra valore dichiarativo o costitutivo delle sentenze, così come l'alternativa binaria tra conformità o difformità della legge rispetto alla costituzione, potendosi invece configurare ipotesi più sfumate che devono essere risolte sul piano interpretativo, con un incremento della creatività giurisprudenziale.

Con riguardo a questo ruolo attivo delle corti ed alle critiche che sono state mosse a questa invasione della sfera di competenza del legislatore fino all'affermazione del c.d. suprematismo giudiziario Politi assume una posizione molto netta, con un rifiuto di questo atteggiamento ritenuto eccessivamente schematico. E questo non soltanto perché l'attività interpretativa ha sempre una componente innovativo/creativa, ma anche perché il principio della divisione dei poteri va ormai inteso come sistema di *checks and balances* tra i diversi poteri, a nessuno dei quali può essere riconosciuto il diritto all'ultima parola (come dimostra la stessa vicenda del seguito delle sentenze): nello Stato costituzionale non esiste un sovrano e il processo di decisione democratico non è monopolio del solo legislatore né della maggioranza politica momentanea; ovvero, «nella democrazia costituzionale i principi costituzionali si precisano attraverso le interazioni tra una pluralità di poteri e in particolare tra legislazione e giurisdizione»⁴⁵. Questo, ovviamente, sulla base di un equilibrio tra organi politici e istituzioni di garanzia e in quella logica di collaborazione che deve permeare l'intero sistema costituzionale che impone alle corti di esercitare anche forme di *self restraint* ed alle assemblee legislative di intervenire con *fair play* istituzionale.

⁴⁵ F. Politi, *Effetti delle decisioni dei giudici costituzionali: tecniche e seguito politico*, *infra*, 177 ss.

Come giustamente osserva Politi l'impossibilità di configurare l'esito del controllo di costituzionalità di una disposizione normativa utilizzando l'alternativa secca tra validità (con conseguente mantenimento in vigore) e invalidità (con conseguente annullamento/abrogazione) è emersa immediatamente nella prassi di tutte le giurisdizioni costituzionali. La necessità di interpretare in ogni caso sia gli enunciati oggetto di giudizio che i materiali parametrici, talora plurimi e risultanti da operazioni di bilanciamento tra principi costituzionali diversi tra loro, ha portato alla configurazione di tipologie decisorie variegata e duttile, sia nelle ipotesi di rigetto della questione, sia, in maggior misura, in quelle di accoglimento. La questione è fin troppo nota per essere ripresa in questa sede se non per la parte che si riferisce al problema più discusso degli effetti temporali delle sentenze e del potere eventualmente riconosciuto alle corti di declinarne i possibili esiti secondo la triplice possibilità di una decorrenza retroattiva (ai casi in cui le disposizioni sono ancora suscettibili di applicazione), di un'efficacia *ex nunc*, o, infine, di un loro differimento ad un momento futuro. Il tema non riguarda soltanto la giurisdizione costituzionale esercitata in forma accentrata, essendosi posto anche nei sistemi diffusi, quali quelli di Stati Uniti e Canada, non mancando casi in cui le rispettive Corti supreme si sono avvalse della facoltà di modulare gli effetti temporali delle proprie pronunce⁴⁶. Limitando tuttavia l'attenzione all'Europa, una comparazione ad ampio spettro mostra come nella grandissima parte dei sistemi di giustizia costituzionale, nonostante la diversità di discipline normative adottate (discipline che dipendono anche dall'appartenenza all'una o all'altra generazione di corti) si registri una convergenza verso una diffusa flessibilità, che riserva ai tribunali costituzionali di stabilire con ampia discrezionalità e caso per caso la soluzione più idonea da adottare; anche quando è stabilita una regola generale questa può essere puntualmente derogata. La natura flessibile e discrezionale dei poteri delle corti riguardo agli effetti temporali delle loro pronunce rappresenta un punto di convergenza tra il modello austriaco e quello tedesco, che, prima degli altri, si sono trovati a condividere questa soluzione, ripresa, in tempi diversi, in numerosi altri contesti secondo modalità operative non dissimili (Belgio, Francia, Grecia, Lettonia, Portogallo, Spagna, Andorra, Azerbaijan, Macedonia, San Marino, Serbia) o più circoscritte, essendo consentita solo l'alternativa tra efficacia immediata e differita (Croazia, Polonia, Repubblica ceca, Slovacchia, Ungheria, Albania, Armenia, Liechtenstein, Turchia).

L'analisi della prassi conferma come la scelta di una delle alternative possibili come regola generale non acquisti quasi mai un valore risolutivo, con una tendenza ad interpretare in maniera estensiva le regole di diritto positivo ed a prevalere rispetto a queste ultime, imponendo alla fine una modifica della disciplina esistente (come in Germania o Austria) o finendo, comunque, per essere accettata senza suscitare reazioni di contrasto (come in Spagna o Portogallo, secondo quanto, del resto, è accaduto anche in Italia). L'elemento della discrezionalità si rafforza ulteriormente se si verificano le ragioni che consentono ai tribunali costituzionali di modulare gli effetti temporali delle proprie sentenze, riconducibili ad operazioni di bilanciamento tra diversi principi costituzionali o per l'esigenza di garantire forme di equilibrio tra poteri costituzionali, soprattutto nei rapporti con il legislatore, con un'attenzione particolare alle conseguenze negative sulle finanze

⁴⁶ Per riferimenti più puntuali si rinvia a R. Tarchi, *“Così fan tutte”: la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento da parte delle Corti costituzionali europee. Una prospettiva comparata*, cit., 25 ss.

pubbliche, all'esigenza di garantire la funzionalità della pubblica amministrazione, di impedire che si determini una situazione di incostituzionalità più grave rispetto a quella imputabile alla disposizione ritenuta illegittima, del sopravvenire di vuoti legislativi anch'essi incostituzionali.

Si evidenzia anche una difficoltà estrema di pronosticare in anticipo quale sarà il comportamento dei tribunali costituzionali, dipendendo la scelta da una molteplicità di fattori che non sempre sono compiutamente esplicitati in motivazione, nonostante in questi casi si richieda un onere aggiuntivo in tal senso come ogni qualvolta si fa ricorso a tecniche manipolative. In definitiva possiamo riconoscere la sussistenza di una regolarità che connota i sistemi europei di giustizia costituzionale, con la formazione di un diritto comune relativo agli strumenti decisori.

Conclusivamente possiamo riconoscere come questa flessibilità nella scelta della soluzione, se utilizzata in maniera ragionevole, può garantire alle corti di rendere meno traumatiche le decisioni assunte nei confronti del legislatore e del sistema politico, senza, al contempo, compromettere le ragioni della giurisdizione, che possono dispiegarsi con minori condizionamenti e senza la preoccupazione degli effetti ulteriori che le sentenze sono in grado di determinare (come, ad esempio, con riguardo alla tenuta degli equilibri finanziari). Sul fronte opposto, potrebbero essere favoriti processi di responsabilizzazione anche sul versante del circuito politico, con la necessità per le istituzioni di governo ed il legislatore di provvedere al seguito alle pronunce della corte, assumendosi la piena responsabilità politica del provvedere.

5.2 L'interpretazione costituzionale e la sua importanza nella definizione del modello di giustizia costituzionale e del valore della costituzione

Come ben argomentato da Graziella Romeo⁴⁷ il fattore ermeneutico rappresenta uno degli snodi cruciali per definire i poteri, con annessi limiti delle corti, oltre all'autopercezione che gli interpreti hanno di sé stessi, in una trama che definisce il valore che viene riconosciuto alle costituzioni, che possono essere intese limitatamente ai loro enunciati o, piuttosto, tenendo conto dei loro contenuti valoriali espressi da principi formulati in maniera per lo più indeterminata. Gli strumenti utilizzati da Romeo per l'indagine sono quelli di un'accurata analisi del formante dottrinale delle teorie sull'interpretazione e quello della comparazione tra esperienza statunitense ed esperienze europee sulla base di una *summa divisio* tra le stesse.

Inquadrati i profili metodologici, il confronto operato porta per un verso a riconoscere come gli atteggiamenti prevalenti vadano oltre la tradizionale dicotomia tra *common law* e *civil law* e di come il metodo definito positivismo inclusivo, prevalente nel contesto europeo continentale, riconosca ai giudici un potere di interpretazione che faccia riferimento anche ai contenuti morali incorporati nei testi costituzionali, aprendo le porte all'idea di *living constitution*, per la necessità di prendere in considerazione il momento presente nello svolgimento dell'attività ermeneutica.

⁴⁷ G. Romeo, *Giudizio di costituzionalità e interpretazione: una prospettiva comparata*, *infra*, 53 ss.

Partendo dall'osservazione secondo cui ogni teoria sull'interpretazione (costituzionale) risulta condizionata dalla più ampia teoria della costituzione e del valore che a quest'ultima si intende riconoscere, la disamina approfondisce le dinamiche che hanno portato negli Stati Uniti alla diffusione dell'interpretazione testualista, in particolare nella sua versione originalista, peraltro articolata in numerose varianti (dall'*original intent originalism*, all'*original understanding originalism*, all'*original meaning originalism*, fino alle tesi di giuristi liberal quali Balkin e Amar), tutte comunque riconducibili ad una reazione alle tendenze progressiste manifestate dalla giurisprudenza negli anni '60 e '70 del Novecento.

Per Romeo questa affermazione della necessità di un ritorno dell'interpretazione al testo così presente nel dibattito americano che ha trovato ampia risonanza mondiale, si regge su due ragioni: la riscoperta dei significati e dei valori fondativi dell'ordine politico e sociale (cui è sotteso il problema della legittimazione democratica delle corti) e il rilievo della storia e del passato nella ricostruzione dei valori fondanti di una certa comunità politica, tipico della tradizione di *common law*.

L'opzione originalista, criticata per il carattere circolare del ragionamento su cui si fonda e per la sua incompletezza, è stata oggetto di critiche e non è la sola ad essere seguita, prevalendo, invece, una tendenza pragmatista che ha portato alla distinzione tra *constitutional interpretation* e *constitutional construction*, quest'ultima applicata per colmare le inevitabili lacune presenti nel testo costituzionale.

Per quanto riguarda l'Europa l'attenzione è rivolta ad una pluralità di esperienze a partire da quella tedesca, nella quale ha prevalso la prospettiva helleriana (perfezionata da Alexy), riconoscendo che la supremazia della Legge fondamentale non si esaurisce nella subordinazione della legge alla Costituzione, ma comprende anche la soggezione del Parlamento alla Costituzione per come interpretata. Questo per la ragione secondo cui la costituzione ha positivizzato, rendendoli vincolanti, principi espressivi di una morale su cui si fonda l'ordinamento complessivo. In questo modo, diversamente dalla concezione statunitense, la Costituzione diventa fonte di disciplina di qualsiasi situazione giuridicamente rilevante rafforzando il ruolo del suo interprete principale, il *Bundesverfassungsgericht*. Trascurando i riferimenti ad Italia, Spagna e Francia, che si discostano marginalmente dall'esperienza tedesca e l'importanza acquistata dall'interpretazione conforme richiesta anche dal dialogo tra corti nazionali e sovranazionali, la cultura giuridica europea esprime in linea generale una preferenza per tecniche interpretative *antitestualiste*, che valorizzano la dimensione assiologica delle disposizioni costituzionali di principio riaffermando così la forza normativa delle costituzioni nella loro continuità storica. Le peculiarità del sistema inglese per l'esistenza di criteri di interpretazione ancorati alla lettera degli *statutes* (con l'eccezione dei casi nei quali si invocano le tutele previste dallo *Human Rights Act*) non impediscono a Romeo di riconoscere come la preferenza europea per interpretazioni anti-testualiste non vada appiattita sulla preferenza di consentire letture progressiste dei testi costituzionali, risultando piuttosto una conseguenza della portata rivoluzionaria del passaggio al costituzionalismo democratico che ha portato le costituzioni a condizionare l'intera esperienza giuridica di ciascun ordinamento. Di recente non sono mancate reazioni a questo approccio, con l'affermazione della necessità di tenere in maggior conto i testi degli enunciati costituzionali, pur senza negare il loro valore assiologico e la possibilità di aperture al diritto internazionale e sovra-nazionale; questo per favorire una valorizzazione del circuito democratico-rappresentativo anche per la garanzia dei diritti

fondamentali, con un rigetto della visione pan-costituzionalistica, ovvero, secondo altri, per il valore storico e non universale dei testi costituzionali, approvati nel momento più alto di libertà politica quale la scelta costituente.

Il terreno dell'interpretazione indagato nella prospettiva comparata consente quindi di sottolineare come le significative differenze che intercorrono tra l'esperienza statunitense e quelle europee dopo il secondo conflitto mondiale non sono di ordine tecnico-giuridico, ma di carattere culturale e politico, che attengono al riconoscimento della costituzione e del suo valore più o meno esteso e, in definitiva, alla stessa idea di costituzionalismo che si intende praticare, tenuto conto delle dinamiche sociali sottostanti e dell'orientamento dell'opinione pubblica che, negli USA, esercita un'influenza non trascurabile sull'atteggiamento delle corti di giustizia.

Si tratta di problemi di grande complessità teorica e pratica, che non possono qui essere ulteriormente approfonditi; può comunque essere utile richiamare i rilievi recentemente riproposti da Dieter Grimm, un autore che non può essere certamente considerato un pan-costituzionalista per la grande attenzione che ha sempre riservato all'importanza della decisione politica, che ricorda come il testo costituzionale sia l'oggetto dell'interpretazione, che è il passaggio necessario per la comprensione della costituzione stessa; solo raramente gli enunciati testuali esprimono in maniera autosufficiente il loro significato, ma nella maggior parte dei casi (le disposizioni di principio) l'intermediazione dell'interprete è indispensabile, potendone risultare significati diversi nel corso del tempo senza che la costituzione sia cambiata; che, comunque, "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"⁴⁸.

L'approccio che si è consolidato in Europa, per la capacità di non lasciare insolute questioni che attengono alla sfera dei diritti di libertà, meglio tutelate da istituzioni contro-maggioritarie, è quello che a nostro avviso continua ad essere preferibile; la questione che si è aperta in questa contingenza storica è quella della sua capacità di tenuta rispetto a quelle rivendicazioni del primato della politica avanzate dalle forze populiste in ascesa nel consenso popolare, come dimostra l'esempio polacco richiamato dalla stessa Romeo.

5.3 Giurisdizioni costituzionali e indirizzo politico: un rapporto necessariamente dialettico

Gli altri due contributi, quello di Caterina Drigo⁴⁹ e quello di Roberto Toniatti⁵⁰ insistono su questioni collegate ed in parte sovrapponibili tra loro trattando del rapporto e dei confini tra attività di indirizzo politico e giurisdizioni costituzionali.

Nel primo dei questi Drigo si sofferma su uno dei temi cardine delle complesse e intrecciate relazioni tra decisioni politiche e *judicial review of legislation*, evidenziando preliminarmente come l'affermazione dello Stato costituzionale con la sua particolare concezione del *rule of law* abbia determinato il fenomeno della "giudizializzazione della politica", del quale si forniscono le diverse definizioni che sono state utilizzate in dottrina in relazione all'intensità del suo

⁴⁸ Cfr. G. Bisogni, M. Bozzon (a cura di), *La giurisdizione costituzionale: diritto o politica? Intervista a Dieter Grimm*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2024, 8.

⁴⁹ C. Drigo, *Giurisdizione costituzionale e decisioni politiche: quali confini?*, *infra*, 7 ss.

⁵⁰ R. Toniatti, *Giurisdizione costituzionale e indirizzo politico*, *infra*, 139 ss.

sviluppo, fino al grado della c.d. *juristocracy*, secondo la definizione di Ran Hirschl. Si osserva, peraltro, come la politicità sia un tratto ineliminabile dell'interpretazione costituzionale, tenuto conto del valore al contempo normativo e politico delle costituzioni contemporanee. Partendo da queste premesse generali, si osserva come gli stessi atteggiamenti delle corti ispirati a *self restraint* possono solo limitare l'invasività della giurisprudenza costituzionale, ma non eliminarla del tutto e che, comunque, l'approccio restrittivo non assume di per sé una valenza neutrale, potendo determinare conseguenze politiche di particolare rilievo, come dimostra tra gli altri il recente caso Dobbs, che abbiamo già ricordato in precedenza. Sono state comunque escogitate delle limitazioni di ordine procedurale, tra le quali la più importante riposa nella *political question doctrine* elaborata dalla Corte Suprema USA, che ne ha fatto un'applicazione non sempre uniforme, evitando comunque di intervenire su materie di politica estera e, più recentemente, sulle questioni ambientali. Alla puntuale rassegna della giurisprudenza statunitense, segue quella di altri ordinamenti di *common law*, quali il Regno Unito (con un'analisi delle questioni poste dall'applicazione dello Human Rights Act e dalla decisione del caso Miller nel 2019), l'Irlanda ed il Canada, che si è distinto per un approccio sostanzialista (come nel caso *Re secession of Québec* del 1988, che ha comunque costituito un precedente importante anche per altri tribunali costituzionali) e che non ha impedito di affrontare questioni riconducibili alla *climate litigation* o alle relazioni con le popolazioni indigene.

Anche le principali esperienze di *civil law* sono analizzate in maniera puntuale; un'analisi che fa emergere le rilevanti differenze che emergono dal confronto tra i vari sistemi, con un elemento in comune: la difficoltà di configurare, più o meno ovunque, una prassi giurisprudenziale riconducibile alla *political question doctrine*. Questo vale per l'esperienza italiana, ove la Corte costituzionale ha operato non soltanto come legislatore negativo ed ha costantemente esercitato un ruolo politico di supplenza attiva di fronte all'inerzia di un legislatore condizionato da un sistema politico non particolarmente strutturato e instabile. Un attivismo riconducibile alla doppia natura politica e giudiziaria dell'attività della Corte (secondo la ben nota tesi di Enzo Cheli⁵¹) che si è manifestato per le tecniche interpretative utilizzate, la tipologia delle decisioni, le decisioni assunte in materie particolarmente sensibili come quella elettorale o riguardo all'ammissibilità dei referendum abrogativi. Trascurando i riferimenti ai sistemi austriaco (connotato anch'esso da un crescente attivismo del *Verfassungsgerichtshof* rispetto al passato), francese (per le peculiarità che lo contraddistinguono), spagnolo (ove il protagonismo del *Tribunal* è stato indiscutibile come conferma la giurisprudenza sulla questione catalana) e a quelli nordici, merita invece di essere ricordata la valutazione offerta con riguardo alla Germania, laddove il ruolo politico del *Bundesverfassungsgericht* è di particolare evidenza in ragione della cultura giuridica tedesca e del particolare valore riconosciuto al *rule of law*, di cui i giudici si ergono a custodi utilizzando appieno tutti gli strumenti a loro disposizione (tra i casi emblematici si ricordano alcune delle decisioni che si sono inserite nel processo di integrazione europea).

Rispetto a questa dettagliata ricostruzione che mette a confronto i principali sistemi di giustizia costituzionale, ci permettiamo di dissentire con riguardo ad una delle valutazioni conclusive che qualifica l'organo di giustizia costituzionale quale elemento strutturale della forma di governo nonché elemento costitutivo

⁵¹ E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996.

della democrazia, in quanto l'introduzione della giurisdizione costituzionale postula un nuovo modo di governare una determinata comunità politica⁵². Fermo restando che la questione incide solo marginalmente sul profilo problematico della legittimazione delle corti, il sistema di giustizia costituzionale deve essere considerato un elemento costitutivo e indefettibile della forma di Stato costituzionale, non altrettanto può dirsi per la forma di governo, restando le corti supreme o costituzionali estranee alla determinazione dell'indirizzo politico, potere di cui sono investiti soltanto gli organi eletti sulla base del suffragio popolare; la loro esclusione dipende dalla natura non politica dell'attività esercitata: le corti di giustizia sono prive di poteri di iniziativa e difettano di libertà nei fini da perseguire, essendo in ogni caso subordinate alla costituzione. Un'attività che non assume, quindi, un connotato volontaristico, come quella legislativa, basandosi su un fondamento di razionalità e di perizia tecnico-giuridica che si deve poi concretizzare nell'adozione di provvedimenti corredati di motivazione. È vero che la giustizia costituzionale costituisce un punto di snodo flessibile tra sfera politica e sfera giudiziaria e non si esaurisce in uno solo dei due campi partecipando di entrambi, secondo tempi e modi che risentono dell'andamento complessivo del sistema politico al punto da condizionare l'indirizzo politico generale ed esercitare un'influenza diretta sulle dinamiche delle forme di governo; ma questo non ci pare tuttavia sufficiente a considerare la giurisdizione costituzionale come un elemento costitutivo della forma di governo; al contrario, ci sembrano rafforzate le ragioni per confermare la loro esclusione, ovvero per ribadire che, semmai, l'influenza di cui abbiamo parlato si limita al piano del funzionamento, non incidendo su quello della struttura stessa della forma di governo, essendo precluso alle corti di agire e decidere sulla base di apprezzamenti e logiche di natura politica. Inoltre, parlare di influenza sull'indirizzo politico, non equivale a determinazione dello stesso; l'attività di interpretazione costituzionale non elimina la discrezionalità politica di cui sono titolari i poteri rappresentativi, cui compete, in ultima istanza stabilire e precisare le finalità generali che l'attività di governo intende perseguire in un determinato periodo, purché si rimanga all'interno della cornice prefissata dai principi costituzionali, anche limitando, correggendo ed integrando le conclusioni cui la giurisprudenza è pervenuta⁵³.

Il saggio di Roberto Toniatti⁵⁴ riprende e sintetizza molte delle questioni che sono state trattate dalle altre relazioni riprendendo le origini storiche e il processo di affermazione della giurisdizione costituzionale che ha messo le sue radici nel costituzionalismo europeo continentale nella seconda metà del '900, come parte essenziale della transizione verso la democrazia liberale e della quale si sottolinea immediatamente come la stessa si sia inserita in un contesto relazionale e dialettico rispetto alla funzione di indirizzo politico, con la possibilità dell'insorgenza di tensioni e conflitti.

I caratteri della giurisdizione costituzionale quale funzione sovrana di garanzia della supremazia della Costituzione propria dello Stato costituzionale viene inquadrata alla luce delle altre istituzioni di garanzia (Capo dello Stato e magistratura) e sulle base delle diverse forme (di controllo politico o giudiziario) con cui è stata costruita, guardando soprattutto al modello kelseniano.

⁵² C. Drigo, cit.

⁵³ Per un'analisi più articolata si rinvia a R. Tarchi, *Riflessioni in tema di forme di governo a partire dalla dottrina Mauro Volpi*, in *Dpce online*, 4, 2021, 4273 ss.

⁵⁴ R. Toniatti, *Giurisdizione costituzionale e indirizzo politico*, cit.

Tra i passaggi che meritano un richiamo puntuale troviamo la critica alla teoria della *counter-majoritarian difficulty* elaborata negli Stati Uniti non tenendo conto dell'enunciazione dei caratteri di democrazia costituzionale elaborata già nel *The Federalist Papers* (oltre che in *Marbury v. Madison*), ed espressione di un'idea di democrazia costruita su criteri riconducibili alla teoria politica e non integrati in un appropriato contesto di cultura giuridica⁵⁵. Una teoria che, soprattutto quando arriva a parlare in senso polemico di *juristocracy*, Toniatti considera non coerente con lo stesso principio della separazione dei poteri, che non può essere congegnata in modo eccessivamente rigido fino ad annullare la costruzione di una effettiva rete di *checks and balances*, ossia di controlli ed equilibri fra i poteri, tra i quali è compreso anche il *judicial review of legislation*, anche se è comunque necessario tenere conto delle critiche che vengono sollevate con riguardo ad un'espansione eccessiva della giurisdizione costituzionale. Tra ulteriori questioni prese in esame troviamo quelle del controllo sulle leggi di revisione costituzionale e sui criteri interpretativi utilizzati dalle corti che, citando il Tribunale costituzionale spagnolo, sono funzionali ad affermare una lettura evolutiva degli enunciati costituzionali, contribuendo alla costruzione della *living constitution*; non solo, l'approccio interpretativo, unitamente alla tipologia delle sentenze che possono essere utilizzate anche per avviare un dialogo con il legislatore (come nell'esempio italiano), rappresentano il *quomodo* dell'esercizio stesso della giurisdizione costituzionale.

Conclusivamente Toniatti ci tiene a ribadire come l'impatto della giurisdizione costituzionale sull'indirizzo politico determini una relazione dialettica ma non conflittuale tra corti e legislatori, che esercitano funzioni diverse (di garanzia funzionale all'interpretazione e all'applicazione delle norme e di direzione politica con annessa produzione del diritto) e complementari tra loro. Il venir meno di questo equilibrio tra legislazione e giurisdizione che, citando Oskar von Bülow, partecipano entrambe al compito statale di formazione e determinazione del diritto, costituisce pertanto una patologia, della quale dovranno essere ricercate di volta in volta le ragioni. L'idea di fondo è che la funzione di governo di un sistema nella sua integralità fondata sull'identità costituzionale non possa esaurirsi nell'illusione giacobina di riduzione del fenomeno giuridico alla sola volontà del legislatore e debba piuttosto risultare da una combinazione dialogica e non conflittuale tra metodo politico democratico e quell'indirizzo politico costituzionale evocato da Paolo Barile preordinato alla garanzia ed all'attuazione della legge fondamentale.

6. Le sessioni parallele

In questo volume trovano poi spazio 43 degli interventi che sono stati presentati nelle cinque sessioni parallele in cui si è articolato il convegno; interventi che sono stati selezionati sulla base delle risposte alla *call for papers* precedentemente attivata, che ha ricevuto quasi novanta adesioni, rendendo necessaria una selezione molto severa.

Si tratta di un'impostazione tradizionale dei nostri convegni che ha riscosso e continua a riscuotere un grande successo soprattutto tra gli studiosi più giovani, per i quali queste occasioni diventano una vetrina importante per intervenire e proporsi all'attenzione della nostra comunità scientifica.

⁵⁵ R. Toniatti, cit.

Non a caso sono giunte quest'anno oltre 90 richieste di intervento con relativo abstract e per questa ragione oltre ad operare una selezione talvolta dolorosa per l'esclusione di contributi che potevano comunque risultare interessanti, abbiamo dovuto portare da quattro a cinque il numero delle sessioni stesse, con 50 interventi complessivi che vanno a sommarsi alle quattordici relazioni principali.

La numerosità di questi contributi non ne permette un'analisi sistematica, consentendo solo alcuni riferimenti d'insieme ai temi trattati ed alle esperienze prese in esame che, pur riprendendo molte delle questioni già trattate nelle sessioni principali, offrono una prospettiva decisamente più ampia, dilatando l'orizzonte con un approfondimento di profili più specifici e riferiti talora ad esperienze che possono essere considerate esemplari o che presentano, comunque, peculiarità degne di nota. Questi interventi sono preceduti dalle sintesi operate da alcuni dei coordinatori delle sessioni, che ne discutono criticamente offrendone una lettura orientata e sinergica rispetto al tema generale della sessione stessa. Ad essi facciamo ampio rinvio.

La prima sessione parallela su “*Judicial review of legislation, tutela dei diritti fondamentali e relazioni multilivello*” si è concentrata su un tema che sta a fondamento dell'origine stessa delle giurisdizioni costituzionali, quale quello della tutela dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti⁵⁶. Sistemi di protezione nati a livello statale, nelle forme di controllo diffuso o accentrato, anche mediante l'ideazione di modalità di accesso finalizzate a questo scopo (come per la *Verfassungsbeschwerde* o l'*amparo*), che in tempi più vicini hanno valicato i confini degli stati nazionali, diffondendosi anche in ambiti sovranazionali (come in Europa o in America latina), per affermarsi come uno dei cardini del c.d. costituzionalismo multilivello, basato quasi esclusivamente su un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali, con la presenza di carte ispirate ai valori del costituzionalismo liberale.

Si concentrano su profili della tutela multilivello di diritti civili o politici almeno quattro delle relazioni pubblicate, guardano a questioni quali quella della tutela del diritto di voto⁵⁷, della gestione per altri della gravidanza⁵⁸, o più in generale ad istituti di diritto processuale quali i ricorsi diretti di costituzionalità⁵⁹ o, ancora, agli interventi dei tribunali costituzionali con riguardo al processo di integrazione europea⁶⁰.

L'attenzione maggiore è stata però rivolta a tematiche ambientali, di cui si occupano ben cinque relazioni, tre presentate nella prima sessione parallela, le altre nella quarta. Ci si occupa, in particolare, delle potenzialità del ricorso diretto di

⁵⁶ Per la sintesi della stessa, M. Caielli, *Giurisdizioni costituzionali, tutela dei diritti fondamentali e relazioni multilivello. Riflessioni di sintesi* e L. De Grazia, *Alcune riflessioni sulla rilevanza della giustizia costituzionale nel panorama del costituzionalismo attuale*, *infra*, 355 ss. e 361 ss.

⁵⁷ D. Zecca, *Comunità politica e universalità del suffragio nella giurisprudenza della Corte EDU: la vexata quaestio dei criteri di delimitazione del corpo elettorale*, *infra*, 543 ss.

⁵⁸ A. C. Visconti, *Il dialogo tra Corti e i suoi effetti in tema di gestazione per altri e best interests of the child*, *infra*, 521 ss.

⁵⁹ A. Orlando, *Verfassungsbeschwerde e recurso de amparo: quale posto per la Carta dei diritti fondamentali dell'UE?*, *infra*, 449 ss.

⁶⁰ F. Saitto, *A tale of two courts. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht nel sistema di tutela integrata dei diritti fondamentali in Europa*, *infra*, 497 ss.

costituzionalità in un ambito transnazionale⁶¹, del contributo offerto alla tutela ambientale da parte delle corti sovranazionali⁶² e delle corti costituzionali portoghese e brasiliana⁶³, del parametro dei giudizi di costituzionalità in materia di diritto ambientale⁶⁴, delle relazioni tra *judicial review* e discrezionalità politica riguardo allo sviluppo sostenibile muovendo in particolare dall'esperienza della Germania⁶⁵, oltre che degli orientamenti giurisprudenziali della Corte suprema dell'India e di altri paesi dell'area con riguardo alla tutela ambientale (intervento della seconda sessione)⁶⁶.

La terza⁶⁷ e la quarta⁶⁸ sessione parallela, rispettivamente intitolate: “*Interpretazione costituzionale: ruolo, poteri e limiti delle Corti*” su “*Giurisdizioni costituzionali, tecniche di bilanciamento e tutela di vecchi e nuovi diritti*”, si sono occupate maggiormente del versante processuale e delle tecniche di giudizio, tenendo conto della frequenza con la quale le corti sono state chiamate a decidere questioni di grande rilievo anche dal punto vista sociale e politico e dei limiti che si impongono al perimetro delle giurisdizioni con riguardo alle relazioni con il legislatore ed al rispetto del principio della divisione dei poteri⁶⁹. Alcuni interventi trattano il tema dell'interpretazione costituzionale in contesti meno conosciuti⁷⁰, anche in relazione all'influenza dei diversi formanti in un sistema giuridico ibrido come quello di Israele⁷¹, o, infine, l'uso della comparazione quale canone interpretativo da parte delle corti⁷². Tra le questioni più spiccatamente processuali ritroviamo quella dell'*amicus curiae* analizzato in esperienze quali quelle francese e

61 E. Buono, *Il ricorso diretto di costituzionalità come strumento di Planetary Climate Litigation? Il potenziale transnazionale delle decisioni in materia ambientale in prospettiva multilivello*, *infra*, 385 ss.

62 G. Fontanella, *Le Corti regionali sovranazionali e la tutela multilivello dell'ambiente: Corte Europea dei diritti dell'Uomo e Corte Interamericana de Derechos Humanos alla prova dell'Antropocene*, *infra*, 401 ss.

63 M. Kraus, O. A. Baptista da Luz, *Ecological judicial governance: the role of the Constitutional Courts of Brazil and Portugal in environmental protection*, *infra*, 423 ss.

64 A. Tacente, *I parametri della giustizia costituzionale in materia di diritto ambientale: comparazione tra Italia e Germania*, *infra*.

65 F. Gallarati, *La giustizia salverà il mondo? Obblighi di protezione e discrezionalità politica nell'Antropocene*, *infra*, 1053 ss.

66 L. Colella, *La Public Trust Doctrine e la tutela costituzionale dell'ambiente nell'attivismo giudiziario delle Corti Supreme nel sub-continente indiano. Profili comparativi*, *infra*, 659 ss.

67 Su cui le sintesi di L. Fabiano, “*Interpretazione costituzionale: ruolo, poteri e limiti delle Corti*”. *Un'equazione di grado plurimo di complessa risoluzione* e G. Parodi, *Interpretazione costituzionale: ruolo, poteri e limiti delle Corti. Considerazioni a margine dei lavori della sessione*, *infra*, 747 ss. e 765 ss.

68 Aperta dall'intervento di G. Rolla, *Potere legislativo e giurisdizioni costituzionali dinanzi al principio di solidarietà intergenerazionale. Alcune considerazioni finali*, *infra*, 943 ss.

69 D. Camoni, *A ciascuno il suo? Giudice costituzionale e Legislatore tra separazione dei poteri e tutela dei diritti fondamentali: il caso dell'aborto*, *infra*, 791 ss., che confronta metodi e soluzioni giurisprudenziali di ordinamenti diversi (in particolare U.S.A. e Spagna) in riferimento all'approccio interpretativo originalista e a quello più creativo della costituzione vivente.

70 E. Andreoli, *'Aderenza al testo' e interpretazione costituzionale. Riflessioni dalle esperienze australiana e neozelandese*, *infra*, 775 ss.

71 C. Gazzetta, *Religione, politica e diritto: uno sguardo (d)alla Corte Suprema israeliana*, *infra*, 835 ss.

72 F. Duranti, *Giustizia costituzionale e comparazione. Nuove tendenze e dinamiche negli ordinamenti di democrazia stabilizzata*, *infra*, 823 ss.

italiana⁷³, oltre che nella sua culla di elezione statunitense⁷⁴; dell'autonomia del processo costituzionale⁷⁵, della possibilità di modulazione degli effetti temporali delle decisioni⁷⁶, dei limiti al sindacato di costituzionalità⁷⁷, delle funzioni consultive delle corti in alcuni ordinamenti di common law⁷⁸, del giudizio di ottemperanza per come è stato delineato in uno specifico sistema⁷⁹. Si tratta, inoltre, del problema della responsabilità dello Stato per esercizio illecito dell'attività legislativa guardando alla giurisprudenza costituzionale francese⁸⁰.

Alcuni contributi sono poi dedicati ad alcune delle principali tecniche di giudizio utilizzate dai tribunali costituzionali, quali quella del bilanciamento o dell'applicazione del principio di proporzionalità. Quest'ultimo viene indagato in relazione all'uso che può esserne fatto in ambito digitale⁸¹, oltre in contesti emergenziali⁸², mentre del bilanciamento si tratta in tema di immigrazione⁸³.

Una qualche attenzione si è concentrata sul sindacato di costituzionalità esercitato sulle normative elettorali di cui sono stati protagonisti, in tempi più o meno recenti, il Tribunale costituzionale tedesco che ha certamente rappresentato un modello di riferimento⁸⁴ e la Corte italiana quale effettivo custode di una corretta applicazione del principio democratico quale principio costituzionale supremo⁸⁵.

La quinta e ultima delle sessioni parallele dedicata a “*Dinamiche sociali e politiche, forme di governo e giurisdizioni costituzionali*”⁸⁶ si apre con un intervento che tratta dell'esperienza di tre corti costituzionali (di Cipro, Kosovo e Bosnia Erzegovina), definite ibride per la presenza di giudici stranieri, istituite in contesti

⁷³ K. Laffusa, 'With a little help from my friends': *il ruolo degli amici curiae nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale in Italia e in Francia*, *infra*, 883 ss.

⁷⁴ L.P. Vanoni, *Amicus Curiae e Original Public Meaning: L'uso della storia nelle argomentazioni costituzionali*, *infra*, 923 ss.

⁷⁵ G. Naglieri, *L'autonomia processuale del giudice costituzionale. Rileggere regole, soggetti e funzioni del processo costituzionale attraverso un crittotipo*, *infra*, 901 ss.

⁷⁶ M. Di Bari, *Suspended/Prospected Declarations of Invalidity: A comparative analysis of the Canadian, South African, and Italian judicial techniques*, *infra*, 807 ss.

⁷⁷ F. E. Grisostolo, Laura Restuccia, *L'insindacabilità degli atti del potere politico: quando “separazione dei poteri” e “tutela dei diritti” entrano in tensione*, *infra*, 853 ss.

⁷⁸ E. Gabriele, *L'Advisory Jurisdiction delle Corti supreme negli ordinamenti di common law dall'epoca coloniale a quella della Judicialization of Politics*, *infra*, 1035 ss.

⁷⁹ G. Giorgini Pignatiello, *Verso un giudizio dell'ottemperanza costituzionale? Alcuni spunti di riflessione a partire dallo sperimentalismo costituzionale colombiano*, *infra*, 1069 ss.

⁸⁰ N. D'Anza, *L'evoluzione della giustizia costituzionale in Francia e il problema della responsabilità dello Stato da illecito nell'esercizio della funzione legislativa*, *infra*, 1001 ss.

⁸¹ F. Cirillo, *Il principio di proporzionalità nell'ambiente digitale: modelli di bilanciamento e densità tecnologica*, *infra*, 971 ss.

⁸² F. Falorni, *La proporzionalità alla prova dell'emergenza. Rilievi in prospettiva comparatistica*, *infra*, 1017.

⁸³ S. Benvenuti, *Ripensando la disciplina sul favoreggiamento all'ingresso irregolare: le corti costituzionali alla ricerca di un difficile bilanciamento*, *infra*, 953 ss.

⁸⁴ G. Milani, *Il Bundesverfassungsgericht come giudice elettorale e la possibile influenza del sistema tedesco di giustizia elettorale sull'ordinamento costituzionale italiano*, *infra*, 1193 ss. (intervento della quinta sessione).

⁸⁵ M. Iannella, *Le Corti e le leggi elettorali. L'uso del principio democratico come parametro di costituzionalità*, *infra*, 1093 ss.

⁸⁶ Sulla quale l'intervento di – P. Piciacchia, *Dinamiche sociali e politiche, forme di governo e giurisdizioni costituzionali. Riflessioni di sintesi (II parte)*, *infra*, 1109.

multinazionali per consentire una protezione dei diritti delle minoranze etniche⁸⁷. Gli altri saggi riguardano l'organizzazione delle corti costituzionali e supreme in relazione al ruolo riconosciuto ai loro presidenti alla luce del caso indiano⁸⁸, tornando anche, come già ricordato, sul rapporto tra corti e opinione pubblica, discutendo delle finalità perseguite e degli strumenti utilizzati a questo scopo⁸⁹.

Gli altri contributi sono dedicati a questioni inerenti alla forma di stato, considerata per i profili territoriali legati alle istanze separatiste⁹⁰ o della salvaguardia dello Stato di diritto garantito in ambito europeo⁹¹; alle forme di governo limitatamente a questioni che riguardano la figura del presidente della Repubblica in America latina⁹² e in Asia centrale (intervento presentato nella seconda sessione)⁹³; alle dinamiche del sistema giudiziario israeliano dovute a tentativi di riforma finalizzati a ridurre l'indipendenza al limite di una cattura delle corti da parte del potere politico, tema cui sono dedicate ben due relazioni⁹⁴, la prima delle quali presentata nella seconda sessione parallela⁹⁵.

La seconda sessione su *“La circolazione del controllo di costituzionalità oltre la tradizione giuridica occidentale”*⁹⁶ è stata pensata per proporre riflessioni rivolte ad esperienze diverse da quelle tradizionalmente studiate, con quell'ampliamento di orizzonte a tradizioni ulteriori rispetto a quelle euro-atlantiche che costituisce una cifra caratterizzante dei migliori studi in ambito comparatistico. Il titolo della stessa, connotato dalla preposizione “oltre” è certamente generico e comprensivo di esperienze riconducibili a tradizioni giuridiche diverse tra loro, quasi una sorta di “resto del mondo”. Con casi problematici come quello di Israele che per il suo carattere ibrido può essere collegato, almeno in parte, alla famiglia dei sistemi dell'Occidente, ma che, per l'incompiuto divorzio tra circuito politico-giuridico e circuito religioso può essere considerato anche “oltre” (come per il saggio di Baraggia già richiamato in precedenza).

La comparazione, come sappiamo, ha tra i suoi presupposti quello dell'omogeneità degli oggetti messi a confronto e gli esiti della stessa hanno

⁸⁷ L. Bonifati, *Le “corti ibride” negli ordinamenti multinazionali: una prospettiva comparata*, *infra*, 1119 ss.

⁸⁸ G. Formici, *Prime riflessioni sul ruolo dei Presidenti delle Corti costituzionali/supreme nel rapporto tra giurisdizioni costituzionali e poteri politici: il caso del Chief Justice of India*, *infra*, 1139 ss.

⁸⁹ Si tratta dei contributi di A. Osti, *La finestra sulla Corte costituzionale: modernizzazione necessaria, ricerca di legittimazione o finalità educativa?* cit., e A. Sperti, *Alcune riflessioni su legittimazione e consenso delle Corti costituzionali nel loro attuale rapporto con l'opinione pubblica*, cit.

⁹⁰ S. Pitto, *Secessione, autodeterminazione e pluralismo: il ruolo delle corti costituzionali di fronte alle istanze separatiste*, *infra*, 1229 ss.

⁹¹ J. Sawicki, *La clausola di non regressione nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Potenzialità e limitazioni di un nuovo strumento per la protezione dello stato costituzionale di diritto*, cit.

⁹² R. Iannaccone, *La rielezione del Capo dello Stato in America Latina: quando la giustizia costituzionale rafforza la Presidenza*, *infra*, 1157 ss.

⁹³ S. Chetaikina, *Presidentialism vs constitutionalism in Central Asia: election time-management*, *infra*, 629 ss.

⁹⁴ G. Mannarini, *La riforma del sistema giudiziario di Israele tra criticità sistemiche e prospettive allarmanti*, *infra*, 1177 ss.

⁹⁵ A. Baraggia, *La “cattura” della Corti Supreme da parte del potere politico: i casi di Mongolia e Israele*, cit.

⁹⁶ Con l'introduzione di M. Mazza, *La circolazione dei modelli e il controllo di costituzionalità delle leggi negli ordinamenti non-occidentali*, *infra*, 559 ss.

portato talora a sostenere che possono esistere costituzioni senza costituzionalismo, parlamenti senza parlamentarismo, laddove costituzionalismo e parlamentarismo sono essenzialmente concetti storicamente realizzati soltanto all'interno della tradizione giuridica dell'occidente con ridotte appendici in aree diverse da quella europea ed americana. Da questo punto di vista è interessante verificare se sia possibile anche parlare dell'esistenza di tribunali costituzionali ma, contemporaneamente, di totale e parziale assenza di *judicial review of legislation*, secondo quanto è stato riconosciuto per la rappresentanza politica e il costituzionalismo che, peraltro, costituisce il presupposto imprescindibile e l'altra faccia della medaglia per la configurazione stessa di una giurisdizione costituzionale. Lo studio di queste esperienze non può limitarsi alla considerazione dei soli dati normativi dovendosi necessariamente confrontare con le dinamiche dei sistemi sul piano dell'effettività, condizione necessaria per valutare l'eventuale iato che separa la *law in the book* dalla *law in action* in relazione ai fattori extra giuridici di natura culturale, economico-sociale e politica. Questa apertura al resto del mondo è ormai diventata una metodologia che la riflessione comparatistica più matura non può trascurare, anche laddove questa risulti limitata ad apporti limitati al solo piano della conoscenza, finalità primaria della comparazione stessa, funzionale comunque a segnalare la relatività del fenomeno giuridico.

Guardando ai contenuti della sessione, possiamo riconoscere come siano molteplici le aree e le tradizioni prese in considerazione. Intanto ci si occupa di alcune esperienze maturate nell'Est Europa nella transizione dai regimi di *soviet law* guardando, in particolare, al fenomeno della circolazione dei modelli⁹⁷. Con riguardo all'Asia troviamo già ricordate relazioni di Antonia Baraggia su Mongolia e Israele, di Svetlana Chetaikina sui sistemi dell'Asia centrale e di Luigi Colella su esperienze del sub-continente indiano. Tra i sistemi africani vengono considerati quello del Sudafrica, certamente il più vicino a quelli occidentali nonostante le sue peculiarità⁹⁸, quelli dell'area del Maghreb⁹⁹ e dell'Africa subsahariana¹⁰⁰, anche in questi casi guardando attentamente alla diffusione dei modelli ed al loro effettivo radicamento.

Completano questa panoramica gli interventi che si occupano della tradizione latino-americana, quale quello già ricordato di Rosa Iannaccone sul controllo giurisdizionale sulla possibilità di elezioni plurime dei Presidenti della Repubblica e quello di Isabella Maria Lo Presti dedicato ad alcune esperienze del costituzionalismo andino¹⁰¹. Agli interventi già citati si deve aggiungere anche quello di Carmine Petteruti che, per quanto presentato nella prima sessione e dedicato ad un argomento di taglio più generale, quale quello del valore dei preamboli costituzionali, si sofferma in particolare sulle esperienze di India e Pakistan, richiamando sia le tesi dottrinali che le ricostruzioni giurisprudenziali

⁹⁷ M. Imbellone, *Le radici storiche dei sistemi di giustizia costituzionale di Polonia, Romania, Repubblica Ceca e Ungheria: l'influenza (eventuale) dei modelli estranei alla tradizione giuridica propria*, *infra*, 709 ss.

⁹⁸ C. De Santis, *La Corte Costituzionale sudafricana e la comparazione costituzionale: il confronto con le open and democratic societies*, *infra*, 695 ss.

⁹⁹ G. Chinaglia, *Tra "promessa contromaggioritaria" e sostanziale ineffettività. Diffusione e criticità della giustizia costituzionale in Maghreb*, *infra*, 641 ss.

¹⁰⁰ V. Carlino, *La giustizia costituzionale nell'Africa subsahariana, tra mimetismo costituzionale e percorsi evolutivi eterogenei*, *infra*, 611 ss.

¹⁰¹ I.M. Lo Presti, *Composizione delle Corti costituzionali e strumenti di sviluppo di una ermeneutica interculturale in Bolivia ed Ecuador*, *infra*, 729 ss.

elaborate in quei contesti, guardando alla funzione parametrica che i preamboli possono esercitare¹⁰².

7. Il ruolo delle giurisdizioni costituzionali: alcune considerazioni d'insieme

Per chiudere questa fin troppo lunga Prefazione è opportuno riprendere alcuni dei temi, già ricordati, che si soffermano sul rapporto tra tribunali costituzionali, organi titolari della funzione di indirizzo ed opinione pubblica, anche alla luce delle tecniche interpretative utilizzate, di per sé in grado di orientare in maniera decisiva il grado di pervasività dei principi costituzionali; tali profili concorrono, nel loro insieme, a definire il ruolo delle corti e sui fondamenti della loro legittimazione, con ricadute immediate sul valore concretamente riconosciuto alla costituzione nel sistema ed alla reale consistenza che viene attribuita al modello di Stato costituzionale.

In modo molto schematico possiamo riconoscere come siano state proposte due visioni alternative dell'approccio con il quale i tribunali costituzionali devono esercitare il proprio magistero. La prima di queste (richiamata in questo convegno nella relazione finale svolta oralmente da Nicolò Zanon¹⁰³), partendo dal presupposto che le costituzioni non si occupano di tutto e presentano sempre degli spazi vuoti di disciplina, allorché non emergano soluzioni a "rime obbligate", ritiene preferibile che le corti mantengano un atteggiamento deferente nei confronti degli organi politici democraticamente legittimati quando, in particolare, si devono affrontare questioni sulle quali il dibattito pubblico fa emergere posizioni diversificate, talora espressione di sensibilità culturali ed ideologiche divaricate tra loro. In questi casi, rifiutando un approccio pancostituzionalistico, sarebbe opportuno mantenere un solido ancoraggio ai testi costituzionali (per semplificare, secondo il modello ermeneutico della dottrina originalista) evitando di avventurarsi sul piano del costruttivismo interpretativo, nonché di eccedere nell'uso delle tecniche del bilanciamento, della ragionevolezza e della proporzionalità, da utilizzare soltanto quando strettamente necessario. Di fronte a questioni complesse e politicamente divaricanti in quanto riconducibili alla pluralità di valori in gioco, rispetto alle quali non si ritrovano riferimenti costituzionali univoci e chiari, le giurisdizioni costituzionali dovrebbero astenersi dall'assumere decisioni di merito e, senza sbilanciarsi nell'enunciazione di moniti o indirizzi da seguire, lasciare al legislatore il tempo ed i modi più opportuni per intervenire, con la possibilità per i cittadini di sostituire i propri governanti se questi si dimostrano incapaci di realizzare i risultati attesi.

Una posizione del genere, oltre a privilegiare la componente democratico-elettorale dello Stato costituzionale rispetto alle garanzie per lo Stato di diritto, non tiene conto, a mio avviso, dell'obsolescenza che caratterizza numerosi cataloghi di diritti; riflessione che non vale soltanto per il *Bill of Rights* statunitense, ormai ultra bicentenario, ma riguarda le stesse Costituzioni europee del Secondo dopoguerra, ormai messe alla prova dell'emersione di nuove domande

¹⁰² C. Petteruti, *I preamboli costituzionali: il ruolo, le funzioni e i contenuti nella dottrina indiana e pakistana*, *infra*, 467 ss.

¹⁰³ Ma v. già N. Zanon, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in *Rivista AIC*, 7, 2022, disponibile all'indirizzo internet <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/la-costituzione-neutrale-di-kavanaugh>.

sociali, che quasi sempre invocano una protezione anche giudiziaria, inimmaginabili soltanto alcuni decenni orsono, come quelle che attengono alle questioni climatico-ambientali o all'impatto determinato dalle scoperte scientifiche e dalle nuove tecnologie su una molteplicità di situazioni giuridico soggettive o, comunque, su interessi che coinvolgono intere comunità di persone¹⁰⁴, che in occidente sono sempre più multiculturali per i fenomeni migratori massa che paiono difficilmente contenibili. Sovente tali questioni presentano profili di natura etica e impongono l'adozione di "scelte tragiche", nel senso che tutti i valori in gioco paiono egualmente meritevoli di tutela ma si deve comunque operare un loro temperamento (al tema è dedicata proprio una delle relazioni principali del convegno, pubblicata in questi atti: v. *infra*: P. Passaglia, *Questioni etiche e scelte tragiche tra corti e legislatori*, 77 ss.).

Ritenere che problemi di questa portata debbano essere lasciati alla decisione della sola sfera politica (e, quindi della regola della maggioranza di turno che decide), significa, innanzi tutto, riproporre una concezione prettamente kelseniana della giustizia costituzionale, che richiama, tra le altre cose, la necessità di ricorrere primariamente alla revisione costituzionale in caso di lacune; inoltre, non si tiene conto che in molti casi si tratta di diritti di minoranze o di gruppi ristretti, il cui riconoscimento sarebbe negato dall'inerzia di un legislatore incapace di intervenire o, ancora peggio, da discipline ostili ideologicamente orientate (e che, in ogni caso potrebbero diventare oggetto di un controllo *ex post* da parte dei giudici delle leggi, i quali dovranno confrontarsi in campo aperto con maggioranze politiche aggressive anche nei loro confronti), che potrebbero mutare rapidamente in caso di alternanza tra schieramenti di opposta tendenza creando gravi problemi di incertezza del diritto. Va, infine, considerato che sul piano reale emergono continuamente casi concreti che le giurisdizioni devono affrontare ed alle quali devono offrire una risposta che sia al tempo stesso equa e convincente anche in assenza di una disciplina normativa puntuale.

L'opposta visione tende invece a considerare i tribunali costituzionali quali soggetti che operano nel contesto più ampio dello Stato-comunità, riconoscendo il compito di garantire i nuovi valori o interessi o bisogni che variamente si affermano nella società civile e che i legislatori non hanno potuto o saputo tutelare adeguatamente. Le Corti, quindi, almeno sotto questo profilo non vengono considerate quali soggetti dello Stato-persona, volendosi con questo intendere che oltre a collocarsi fuori dal circuito della forma di governo, rispetto al quale operano in parallelo, le stesse risultano estranee a qualsiasi dinamica politica di schieramento per la loro caratteristica di organi terzi rispetto alle diverse posizioni partigiane.

Per riprendere le parole pronunciate da Paolo Grossi in una delle conferenze stampa tenute nella veste di Presidente della Corte costituzionale italiana, il Giudice delle leggi è chiamato «non già a custodire, secondo un'anchilosata logica

¹⁰⁴ Un esempio concreto di questa alternativa può essere rinvenuto nelle decisioni della Corte Suprema USA in *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. 697 (2022) da una parte e del *Bundesverfassungsgericht* nel caso *Neubauer et al. contro Germania* del 2021, che delineano posizioni opposte non solo in termini di contenuto ma anche per il ruolo alternativo che le due corti finiscono per esercitare. Mentre i giudici americani sostengono la necessità di una riduzione dello spazio dei pubblici poteri per garantire una maggiore libertà agli operatori economici e sociali, quelli tedeschi, prendendo atto della crisi climatica e ambientale in corso, arrivano a condannare lo Stato ritenendosi che gli impegni presi non erano adeguati ai fini di una tutela efficace delle generazioni future.

e, i cimelii di un passato solennemente imbalsamato nelle formule di una “carta”, ma a far sì, piuttosto, che le nuove tutele si innestino nella dimensione costituzionale “vivente” e nella trama dei principii e delle regole condivisi». Di conseguenza, si palesa la necessità per le corti di cogliere con avvedutezza «nelle dinamiche, in senso lato, “pubbliche” (non limitate, cioè, ai “poteri pubblici” ma estese alla vita della comunità e delle persone che la compongono) i segnali del mutamento e della continuità, sapendoli opportunamente travasare ed elaborare nei suoi giudizi, nella vigile coscienza del tempo che fluisce e delle generazioni che si sovrappongono e si succedono»¹⁰⁵. Paolo Grossi considera soltanto la Corte costituzionale italiana, fornendo una riflessione che è al tempo stesso riferita alla più recente giurisprudenza con l’auspicio che questa prospettiva sia mantenuta viva anche in futuro; riteniamo, tuttavia che una simile visione possa essere generalizzata e riferita all’essenza stessa di qualsiasi giurisdizione costituzionale che voglia svolgere appieno la funzione contro-maggioritaria che gli compete; funzione per la quale si richiedono anche capacità di lettura e di individuazione delle istanze che emergono nella società civile e che non riescono a trovare udienza nelle sedi politiche e che, quindi, non sono convogliate nell’alveo della legislazione.

Così argomentando si finisce per collocare le corti in una posizione di frontiera, potendo il sindacato di legittimità delle leggi svolgere anche un’opera di supplenza di fronte all’inerzia degli attori politici tutte le volte in cui entrano in gioco interessi meritevoli di una protezione costituzionale.

Si tratta, come è evidente, di una funzione istituzionale di grande complessità che per essere esercitata richiede alcuni presupposti necessari quali un’elevata perizia tecnica dei giudici costituzionali, cui va coniugata con una sensibilità politica di segno diverso rispetto a quella che si manifesta attraverso il canale dei partiti e delle altre formazioni sociali e che trova il suo fondamento in una capacità di lettura *super partes* dei valori costituzionali, talora antagonisti, che sono posti a base della convivenza sociale e che, proprio per questa ragione sono considerati fondamentali, allo stesso modo delle disposizioni di principio che li recepiscono sul piano normativo. Tali valori devono trovare una composizione non per mezzo di una modalità di decisione autocratica, bensì all’esito di un procedimento che ha le forme della giurisdizione per sua natura aperta e dialogica, che si regge su un principio di coerenza e di attendibilità basato sul richiamo dei precedenti e su istanze di razionalità per soddisfare le quali si richiedono adeguate motivazioni e soluzioni non solo plausibili ma del tutto convincenti, garantendo anche una prestazione di risultato. In questo la giurisprudenza costituzionale assolverebbe anche ad una funzione dinamica, fornendo un contributo decisivo all’evoluzione e all’adeguamento nel tempo del sistema giuridico.

L’alternativa di cui abbiamo sinteticamente riferito ripropone con alcune varianti il dibattito che da sempre divide la dottrina statunitense, tra sostenitori della tesi per cui le corti dovrebbero fare costantemente esercizio di *passive virtues*, evitando di affrontare temi politicamente controversi e, sul fronte opposto, fautori di un maggior attivismo; per questi ultimi le questioni che si presentano dinanzi alle corti di giustizia rappresentano momenti di alta politica, con la partecipazione di movimenti popolari e di opinione che cercano di convincere i giudici della bontà delle loro ragioni; in tal modo il dibattimento giudiziale surroga il dibattito

¹⁰⁵ Entrambi questi passaggi sono contenuti nella Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/grossi2018/grossi_relazione2018.pdf.

pubblico, con un tasso di coinvolgimento e di partecipazione addirittura superiore rispetto a quanto si registra per la politica in senso stretto ed i momenti elettorali. Si arriva quindi a riconoscere come il *judicial review of legislation* sia parte integrante dei processi democratici: le corti cooperano con altre istituzioni pubbliche alla *constitutional construction*, senza riflettere passivamente gli orientamenti politici maggioritari¹⁰⁶.

Si ripropone, quindi, come tema centrale quello della legittimazione della giustizia costituzionale; pur non condividendo la tesi radicale che considera un equivoco la polemica anti-maggioritaria nei confronti delle corti, negando alla radice lo stesso fondamento, va riconosciuto come il principio democratico costituisca sempre il fondamento delle costituzioni e delle garanzie da loro previste; ne consegue che la rigidità costituzionale e il controllo di costituzionalità sono entrambi strumenti di realizzazione della volontà democratica sottesa al patto costituzionale, patto destinato a prevalere sulle successive manifestazioni di volontà legislativa e, quindi, politica. Sono le costituzioni ad imporre la distinzione funzionale tra giurisdizione e legislazione, conferendo alla prima una legittimazione per valori, consistente nell'erogazione di prestazioni di unità imperniate sui valori costituzionali comuni a tutte le forze in campo, non paragonabile alla legittimazione maggioritaria di Parlamento e Governo, organi titolari della funzione di indirizzo di indirizzo politico, per sua natura solo di parte. Sono le costituzioni rigide e prescrittive quindi, a fondare il principio della doppia legittimazione, l'una democratica, che discende dal basso investendo gli organi elettivi di indirizzo politico, e una che invece discende dall'alto ed è imperniata sull'esistenza di valori costituzionali meta-democratici: su questi riposerebbe proprio la peculiare legittimazione dei tribunali costituzionali. Questa fonte unitaria di legittimazione sia degli organi politici che dei tribunali costituzionali può avere un fondamento teorico, ma non consente di superare il riconoscimento della diversa investitura, della diversità di strumenti a disposizione e di finalità da perseguire e, in definitiva, del ruolo rispettivamente ricoperto; l'unicità della legittimazione non risolve il dualismo che attraversa la democrazia costituzionale e che riemerge costantemente tutte le volte in cui la decisione politica e quella giudiziaria non coincidono e pervengono a risultati diversi.

Per sgombrare il campo da ogni equivoco ci teniamo a precisare che, a nostro avviso, costituisce un falso problema l'accusa talora mossa alle corti di non possedere una legittimazione democratica e di essere organi irresponsabili. In aggiunta a quanto appena precisato, dobbiamo anche riconoscere che i procedimenti di selezione dei giudizi costituzionali viene in grandissima prevalenza operata da autorità direttamente o indirettamente provvisti di una legittimazione elettore, tanto è vero che queste scelte sono molto spesso politicamente orientate; quanto alla responsabilità, a forme di vera e propria responsabilità di tipo istituzionale (come in tutti i casi in cui sono previste procedure di impeachment cui i giudici possono essere sottoposti), si affiancando responsabilità di tipo diffuso e, in ultima istanza, la necessità che le decisioni

¹⁰⁶ Più che alle tesi procedurali di J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, London, 1980) ed alla difesa dell'attivismo giudiziario quale principale forma di garanzia dei diritti operata da R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, tr. it. Bologna, 1980, ci rifacciamo soprattutto a quanto sostenuto da J.M. Balkin e S. Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution, Faculty Scholarship Series*, Yale, 2001. Su questi temi restano attuali le riflessioni di O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014.

adottate trovino un qualche supporto da parte dell'opinione pubblica, dovendosi comunque legittimare in termini di risultati ottenuti.

Quanto alle differenti visioni prima ricordate, se la seconda appare preferibile, vanno tuttavia introdotte delle precisazioni; crediamo sia equivoca l'evocazione, a carico delle corti, dello svolgimento di un ruolo proattivo finalizzato (consapevolmente?) alla conformazione dell'intero ordinamento giuridico, potendo semmai svolgere una funzione pedagogica e maieutica per quanto concerne gli indirizzi che possono essere ricavati dai principi costituzionali di cui sono gli interpreti privilegiati. Ne consegue, che gli interventi giurisprudenziali non sono preclusivi rispetto a scelte legislative non del tutto allineate, quando queste sono riconducibili alle alternative lasciate aperte dagli enunciati costituzionali e non si pongono in contrasto con essi. In questo senso non si possono attribuire primati, né alla legislazione, né alla giurisdizione costituzionale, ponendosi entrambe sullo stesso piano ed essendo costrette a convivere rispettandosi reciprocamente, fermo restando che ai giudici è attribuito il compito di decidere in ultima istanza. Anche il rilievo attribuito alla giudice della Corte suprema statunitense Ruth Bader Ginsburg, secondo il quale i giudici non hanno l'ultima parola in quanto infallibili, ma sono infallibili perché hanno l'ultima parola va intesa in senso relativo: la presunzione di infallibilità va misurata con il possibile seguito che le decisioni possono ricevere in termini di effettività e per le dinamiche di carattere generale che possono innescare, al di là del caso concretamente giudicato.

Crediamo non sia necessario procedere ad un ulteriore approfondimento; come abbiamo già cercato di sostenere in altra sede¹⁰⁷, dobbiamo ribadire che la giurisdizione costituzionale è una delle colonne che sorregge l'architrave della forma di Stato della democrazia liberal-costituzionale, caratterizzata dalla necessaria compresenza dell'elemento politico proprio della democrazia e di quello razionalmente fondato che connota la giurisdizione. Due canali che non devono essere considerati in alternativa tra loro, in quanto necessariamente complementari, in una relazione che deve mantenersi in equilibrio, senza che si affermi una prevalenza dell'uno sull'altro, ciò che determinerebbe: in un caso, un temuto quanto improbabile "governo dei giudici" o, per utilizzare l'espressione oggi più ricorrente, di *juristocracy*; nell'altro caso, una torsione in senso illiberale laddove le corti volontariamente o per costrizione venissero relegate allo svolgimento di un ruolo gregario e marginale. Altrimenti detto, per il mantenimento di questo equilibrio, che dovrebbe rappresentare la fisiologia dello Stato costituzionale, è necessario che sia mantenuta viva una costante collaborazione tra i poteri pubblici diversamente legittimati, dovendo gli stessi cooperare (ricordando quello delle cooperazione leale è una delle precondizioni necessarie dei sistemi costituzionali fondati sul principio della divisione dei poteri) per fare in modo che i valori pluralisti affermati dai testi costituzionali trovino una composizione equilibrata e pacifica, anche al fine di garantire nella misura più elevata possibile i diritti di libertà dei cittadini ed una loro ragionevole composizione.

Tutto questo sulla base di un approccio non astratto e ideologizzato, ma pragmatico, che non può prescindere dai contesti di riferimento. Ovvero, un tale equilibrio non può essere considerato come un punto di arrivo definitivamente

¹⁰⁷ Cfr. R. Tarchi, *Democrazie e istituzioni di garanzia. Un rapporto dialettico o conflittuale?*, Napoli, 2021.

stabilito ma, piuttosto, come risultato di una dialettica costante e continua ricerca, i cui esiti possono variare nel tempo anche sulla base dell'alternanza al potere di maggioranze politiche diverse, rispetto alle quali la giurisprudenza, potendo avvalersi della forza dei precedenti dovrebbe tuttavia garantire una maggiore stabilità, pur non trascurando gli esiti che in concreto le decisioni prese possono determinare. È in questo senso che riteniamo ancora valida la posizione di Carlo Mezzanotte, ormai risalente ad oltre quarant'anni fa, per il quale la questione centrale resta quella di innesto ragionevole della giustizia costituzionale nella forma di governo¹⁰⁸. Il ragionamento di Mezzanotte era limitato all'esperienza italiana, ma può essere in qualche misura generalizzato; le corti sono chiamate quasi sempre a giudicare e risolvere questioni particolari, ma nei loro interventi non sono guidate soltanto dalla ricerca della soluzione del caso singolo, dovendo comunque tener conto, soprattutto quando le questioni sono di alto profilo, delle conseguenze che la decisione presa può determinare sulle relazioni costituzionali che quel singolo caso mette in gioco. Si ribadisce, così, che il processo costituzionale celebra una vicenda che riguarda l'effettività del sistema di governo nel suo complesso per il quale si richiede un bilanciamento di tutto ciò che ha rilievo ai fini di un esito ragionevole delle questioni di costituzionalità. Ne consegue che le prestazioni delle Corti si valutano tenendo conto dell'obbligo di risultato, la cui misura dipende dall'impatto ragionevole sulle dinamiche del sistema costituzionale, con un bilanciamento delle esigenze della concreta controversia con le conseguenze che si determinano sul piano generale, con una auto-verifica in ordine alla propria legittimazione che non è mai assicurata in partenza e una volta per tutte e che postula come condizione imprescindibile per il mantenimento di ruolo, che l'inserimento della sua attività nel sistema sia orientato e guidato dalla ragionevolezza¹⁰⁹.

Riprendendo alcune nostre osservazioni di qualche anno fa¹¹⁰; nel dibattito sulla natura contro-maggioritaria della giustizia costituzionale, occorre sgombrare il campo dall'idea che possa parlarsi di involuzioni antidemocratiche della democrazia costituzionale determinate dallo sviluppo dei sistemi di *judicial review*. La funzione tipica della giustizia costituzionale è quella di proteggere le costituzioni da possibili loro violazioni, da chiunque provengano, con perenne limitazione al principio/criterio maggioritario. Per questo la giustizia costituzionale, per sua natura, non è democratica nel senso comune del termine, ma non è neppure antidemocratica, in quanto non deve rispondere alla regola della maggioranza, ponendosi quale argine alle degenerazioni della democrazia che derivano da decisioni politiche pregiudizievoli per le minoranze e lesive del principio di eguaglianza. La giustizia costituzionale, dunque non è di per sé democratica ma rappresenta uno strumento strettamente necessario all'inveramento della democrazia¹¹¹, dipendendo la garanzia complessiva di una costituzione sia dal ruolo politico del legislatore, sia dall'operato dei giudici.

Un problema che si è concretamente posto attiene la capacità di resistenza della giustizia costituzionale in contesti nei quali l'azione giudiziaria è oggetto di forti critiche. Si fa riferimento cioè alla possibilità per gli organi e gli

¹⁰⁸ C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, in A.A.V.V., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13-14 novembre 1980, Milano, 1990, 68.

¹⁰⁹ C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.

¹¹⁰ R. Tarchi, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 990.

¹¹¹ Cfr. G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 121.

strumenti della giustizia costituzionale di funzionare al di fuori delle condizioni di normalità istituzionale, vale a dire in presenza di soggetti sociali o movimenti politici che mettono in discussione i valori fondanti l'assetto costituzionale di riferimento e, direttamente o indirettamente aggrediscono il suo custode privilegiato. In questi casi la giurisdizione costituzionale difficilmente ha la forza di contrapporsi, proprio perché i mezzi propri delle Corti sono quelli del ragionamento giuridico, dell'argomentazione, della persuasione, e non della forza che finisce per prevalere; il rifiuto dell'attuazione delle decisioni costituzionali *in primis*, poi, in un climax ascendente, il tentativo di neutralizzare le funzioni costituzionali delle Corti, hanno rappresentato, negli ultimi anni, i principali strumenti di sovvertimento della democrazia costituzionale in contesti "critici", come insegnano gli esempi di Ungheria e Polonia già richiamati.

Come dicevamo all'inizio, uno degli obiettivi principali di questo convegno consisteva nel proporre una riflessione sul tema della giustizia costituzionale per approfondirne i profili di maggiore rilievo; credo che lo scopo sia stato largamente raggiunto e questo si deve all'umiltà con la quale il comparatista, profittando del plusvalore che il metodo gli offre, svolge la sua analisi guardando sincronicamente e diacronicamente sia ai dati normativi (*law in the book*) che a quelli di realtà offerti dai diversi contesti (*law in action*) e operando confronti tra le esperienze analizzate, che fanno risaltare le peculiarità di ciascuna di esse; peculiarità che non sarebbero evidenziate ove lo studio fosse riferito ad un solo ordinamento.

Rolando Tarchi
Dip.to di giurisprudenza
Università di Pisa
rolando.tarchi@unipi.it