

Evoluzione della giurisdizione costituzionale e separazione dei poteri: note introduttive

di Romano Orrù

Abstract: Evolution of constitutional jurisdiction and separation of powers: introductory remarks – These introductory remarks highlight some of the issues underlying the two following articles, with specific reference to the relationship between judicial review of legislation and political decision-making. These notes address as well the issue of the different techniques used by constitutional courts to strike down legislation or put off the effects of their decisions.

Keywords: Counter-majoritarian difficulty; Judicial activism; Judicial review of legislation; Passive virtues; Separation of powers.

Le riflessioni contenute nelle due relazioni che seguono mettono sotto la lente d'indagine alcune tra le questioni cruciali sottese alla genesi e all'evoluzione della giustizia costituzionale: il ruolo, la collocazione, la *ratio* stessa della giurisdizione costituzionale in rapporto ai processi di decisione politica (o, se si preferisce, in relazione all'impatto sulla nozione di indirizzo politico: anche un rapidissimo sguardo alla prassi dei principali ordinamenti liberaldemocratici rivela come non siano affatto rare sentenze dirompenti per i conti pubblici o che intervengono in ambiti altamente controversi sul piano etico-sociale).

Coerentemente, a ragione del ricco quadro di contrasti e di aporie che emerge anche solo a un fugace approccio alla materia, i titoli dei due interventi non possono che richiamare un largo spettro speculativo, cui fa da naturale corollario l'elevato grado di complessità e difficoltà.

I due contributi che seguono costituiscono una cerniera dell'intero sviluppo dei lavori di questo numero speciale, facendo venire in rilievo un coacervo di fondamentali questioni sia teoriche che pratiche di quella teoria o dottrina costituzionale che, per un verso, rappresenta l'architrave della costruzione relativa alla difesa giurisdizionale della Costituzione (o, se si vuole, della garanzia della sua rigidità) e, per altro verso, richiama i fondamenti assiologici dell'impianto statutale liberaldemocratico colto nel più generale rapporto politico come questo si è sviluppato dall'epoca del "costituzionalismo dei moderni" in avanti.

Non sfugge all'osservatore, infatti, che i "riflessi politici" (le valenze politiche) del controllo di legittimità costituzionale sono il filo rosso che lega la generalità di relazioni e interventi previsti nell'articolato programma dell'iniziativa. A ben guardare, il "*core business*" dei due contributi ambisce

non solo a mettere sotto la lente le crescenti tensioni funzionali tra giurisdizione costituzionale e legislatore (il decisore politico per eccellenza), ma anche a gettare luce sulla “retroazione” del fenomeno in parola, vale a dire su come la tendenziale attrazione del sindacato di legittimità costituzionale nella generale “sfera politica” contribuisca, in modo nient’affatto marginale, a determinare la fisionomia stessa della giustizia costituzionale. È sotto gli occhi di tutti come la giurisdizione costituzionale nella presente fase storica sia soggetta a forti spinte evolutive vuoi di matrice esogena o di “contesto”, vuoi, anche, di natura endogena connessi alla consapevolezza dei giudici costituzionali di operare su un crinale (d’intersezione fra legittimità, legalità e giustizia) per sua natura assai stretto. In sostanza, mutamenti che appaiono direttamente connessi a quel fenomeno che autorevole dottrina qualifica in termini di «irresistibile vocazione delle Corti costituzionali a dismettere i panni del giudice e ad indossare quelli del decisore politico»¹. La disputa sulla politicità quale carattere intrinseco o meno del sindacato di costituzionalità, del resto, è connaturata all’origine stessa del notissimo dibattito tra Hans Kelsen e Carl Schmitt sui fondamenti teorico-pratici dello *Hüter der Verfassung*².

Se è vero che la grande novità delle Costituzioni della seconda metà del ventesimo secolo «è stata la trasformazione profonda dei rapporti tra gli organi politici e quelli che genericamente si usa denominare organi di garanzia»³, è altresì certo che la giurisdizione costituzionale (nel quadrante europeo continentale in forza, tra l’altro, del suo percorso evolutivo dalla *Staatsgerichtsbarkeit* alla *Verfassungsgerichtsbarkeit*) svetta decisamente tra le istituzioni di garanzia qualificandosi quale vettore fondamentale in ordine alla definizione in concreto dei diritti fondamentali, che rappresentano l’autentica idea-forza del costituzionalismo liberal-democratico: invero, la matrice storica e teorica dello Stato costituzionale risiede indubbiamente nel massimo dispiegamento dei diritti fondamentali concepibile nella cornice della democrazia pluralista.

Il carattere viepiù assunto dalla giurisdizione costituzionale di fondamentale snodo di funzionamento dei sistemi costituzionali improntati al pluralismo democratico è comprovato oltre ogni possibile incertezza dalla considerazione ad ampio raggio del panorama comparato. Infatti, se si allarga lo sguardo agli sviluppi del costituzionalismo negli ultimi decenni, un dato che balza in evidenza è la proliferazione di Corti costituzionali o di organi equivalenti a tutte le latitudini fuori dall’Occidente.

Dalla fine dell’epoca della contrapposizione per blocchi Est-Ovest è impressionante il numero di nuovi testi costituzionali adottati e di revisioni costituzionali di ampia portata realizzate, una sorta di febbre costituzionale. Lasciando sullo sfondo la pur relevantissima questione della effettività e dal

¹ In tali termini v. A. Ruggeri, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l’ignoto*, in *Diritti Comparati*, 2, 2022, 568 ss.

² Cfr. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, in *AöR*, 55(2), 1929, 161 ss. e H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1930-31, trad. it. *Chi dev’essere il custode della Costituzione?*, in *Id.*, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981.

³ Così G. Silvestri, *La Corte costituzionale prosegue la ricerca dell’unità in base ai principi*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti – La lettera*, 8, 2024, s.p. (consultabile all’indirizzo internet <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/08-2024-la-corte-costituzionale-nel-sistema-istituzionale>).

grado di normatività di molti di questi testi e interventi di revisione (le cui cause possono essere molteplici e presenti nei vari ordinamenti in varia guisa o combinazione), sembra interessante coglierne soprattutto la caratteristica combinazione assiologica-organizzativa (o teleologico-organizzativa). Da quest'angolo visuale preme evidenziare, in particolare, come questi testi, specie nel *Global South*, siano strettamente legati a forti aspettative di rinnovamento sistemico e di emancipazione sociale: *transformative constitutionalism* è la formula che sintetizza in buona misura dette aspirazioni. Un fenomeno quello del *transformative constitutionalism* innervato dalla fiducia nella capacità di incidere sulla sfera dei rapporti sociali da parte di un accentuato *judicial activism* fortemente orientato alla concretizzazione dei valori costituzionali, di talché, in maniera del tutto coerente con siffatto postulato, le giurisdizioni costituzionali sono riguardate, almeno in via di principio, come perno dei nuovi assetti⁴.

Il fascio di fenomeni appena accennato ha favorito l'ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale e al tempo stesso ha comportato l'attribuzione alle giurisdizioni costituzionali di compiti nuovi e molteplici, al punto di farne le istituzioni di garanzia (i "custodi") non solo della rigidità costituzionale, ma anche del corretto funzionamento dell'intero sistema politico-istituzionale⁵.

I nodi teorico-pratici dell'incidenza della giurisdizione costituzionale sulla funzione di indirizzo politico sono analizzati dalle relazioni di Roberto Toniatti e di Fabrizio Politi all'insegna dell'idea-guida della continua evoluzione dei sistemi politico-costituzionali. Parallelamente, e in maniera complementare, si deve tener conto delle trasformazioni che interessano il giudizio di costituzionalità in sé, quali l'estensione del parametro del giudizio (che non si limita più al testo costituzionale), la consistente dilatazione dell'oggetto (della materia costituzionale) e, per quel che qui maggiormente rileva, l'ampliamento dello strumentario relativo alla modulazione degli effetti delle decisioni di incostituzionalità (che costituisce l'oggetto specifico delle riflessioni di Fabrizio Politi).

Due ipostatizzazioni fondamentali orientano l'analisi di Roberto Toniatti: innanzitutto, la «centralità e indefettibilità della garanzia della rigidità costituzionale»; e, in secondo luogo, il ruolo «prioritario e prevalente» dell'organo giurisdizionale nell'«articolazione istituzionale e funzionale» di tale garanzia. Dal canto suo, Fabrizio Politi sottolinea efficacemente come l'attuazione della Costituzione rappresenti un processo con attori plurimi, in cui rientra a pieno titolo una giurisdizione costituzionale assistita da una panoplia di strumenti operativi (elaborati

⁴ In argomento, tra gli altri, cfr. E. Kibet, C. Fombad, *Transformative constitutionalism and the adjudication of constitutional rights in Africa*, in 17(2) *Af. Hum. Rts. L.J.* 340 (2017).

⁵ Sul punto cfr. G.F. Ferrari, *Il controllo di costituzionalità. "Altre" funzioni*, in Id. (cur.), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, 2023, II ed., 362 ss. A tal riguardo, ad esempio, si pensi: a) alla garanzia del corretto svolgimento e alla durata dei mandati degli organi costituzionali; b) al controllo del regolare svolgimento dei procedimenti elettorali presidenziali, parlamentari e amministrativi; c) al coinvolgimento nelle procedure referendarie e legislative di revisioni e costituenti (come nel peculiare caso del nuovo ordinamento sudafricano della "*Rainbow Nation*"); d) al controllo sulla costituzionalità dei partiti politici; e) alla giustizia penale costituzionale; f) ai compiti relativi alla tutela delle autonomie.

anche in via pretoria), e che in nome di un malinteso principio di separazione dei poteri si corre il rischio di «smarrire il *proprium* del costituzionalismo del XX secolo».

La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase storica agisce da importante contrappeso rispetto al c.d. «triangolo del grande potere»⁶ (depositario tradizionale – secondo diverse modalità organizzative – della funzione di indirizzo politico), inverandosi prioritariamente in “Corti dei diritti” (o, per evocare la felice formula di Mauro Cappelletti, in giurisdizioni delle libertà)⁷, cui si assommano anche i connotati di “Corti dei poteri”. Essa incarna un potere di natura giudiziaria dall'operare assai spesso carico di forte impatto politico e intriso di alta valenza simbolica, al punto di spingere i giudici costituzionali a ricercare – ed, eventualmente, a consolidare – canali di dialogo con l'opinione pubblica⁸, non solo per informare genericamente sul proprio lavoro, ma anche al fine di spiegare orientamenti giurisprudenziali a una larga platea in buona parte non avvezza a tecnicismi giuridici.

Lo stadio di sviluppo dello Stato costituzionale di diritto è tale per cui la legittimazione della giurisdizione costituzionale in via di principio non può più essere revocata in dubbio. Non di meno, il suo operare pratico finisce talvolta per sollevare perplessità che evocano l'irriducibile conflitto tra organi rappresentativi e non. La questione relativa alla *counter-majoritarian difficulty*, mai completamente sopita nel dibattito pubblico in senso ampio (con allusione al *vulnus* potenziale o concreto dei principi della divisione dei poteri e della democrazia rappresentativa), sembra quindi spingere le Corti costituzionali e gli organi equivalenti alla ricerca di forme di legittimazione in grado di corroborare quella funzionale (ad oggi, esigenza acuita e, al tempo stesso, agevolata nel perseguimento dalla crisi sia dei partiti politici che, più in generale, della politica). All'uopo, oltre all'apertura al contatto con l'opinione pubblica vengono in rilievo strumenti endogeni che si muovono per linee tutte interne al c.d. dialogo tra le Corti, quali il ricorso alla *Rechtsvergleichung* (come strumento anche decisivo dell'argomentazione e dell'interpretazione) e gli incontri in forma strutturata tra le Corti, che non di rado riverberano un'importante incidenza sull'attività giurisprudenziale⁹.

⁶ È l'icastica espressione di A. Ágh (*The Politics of Central Europe*, London, 1998), come riporta A. Di Giovine, *Le forme di governo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, II, cit., 2014, 829.

⁷ M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale*, Milano, 1976.

⁸ Sulla ricerca di visibilità (e di legittimazione) delle Corti “in politica” e sul cruciale rapporto tra queste e l'opinione pubblica che non si deve tradurre in ossessione per la ricerca della legittimazione, vale a dire del consenso cfr. l'ampia disamina di T. Groppi, *Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale. Dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della cultura costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1, 2023, 73 ss., e l'ampia relazione proposta dalla stessa A. nel corso dei lavori del Convegno.

⁹ In tema di dialogo e interazione tra Corti costituzionali, sovranazionali e internazionali sulla base di accordi che prevedono lo scambio di informazioni tra le parti (*cross-judicial fertilization* o *trans-judicial dialogue*) sia consentito far riferimento a R. Orrù, *La cross fertilization giudiziaria a carattere informale e il “sistema delle conferenze” tra Corti costituzionali ed organi equivalenti*, in *DPCE*, 1, 2011, 189 ss., oltre che a C. Grabenwarter, P. Huber, A. von Bogdandy, *Il diritto costituzionale nel diritto pubblico*

A fronte delle trasformazioni e addirittura delle “metamorfosi” progressive della giustizia costituzionale, rilevanti quanto impegnativi interrogativi sorgono intorno alle profonde implicazioni sistemiche del superamento o della rivisitazione-integrazione necessaria di idee ormai “classiche”, quali quelle dell’agire del giudice costituzionale in termini di mero “legislatore negativo” (nozione assimilabile oggidi a una sorta di fossile giuridico) o della giustificazione del crescente ricorso a “sentenze normative” esclusivamente al riparo della dottrina Crisafulliana delle “rime obbligate”.

In quest’ottica, risalta il rapporto (in sostanza, di proporzionalità diretta) tra la tendenza all’allargamento del perimetro della materia costituzionale e l’espansione del ruolo della giustizia costituzionale. Ampliamento della “materia costituzionale” a sua volta connesso – nella *western legal culture* –, tra l’altro, alla messa a punto di congegni di implementazione in chiave maggiormente garantista dello Stato-apparato e, in maniera tutt’altro che trascurabile, alla «proliferazione inflattiva dei diritti umani» (secondo l’efficace formula utilizzata di recente Giuseppe Franco Ferrari)¹⁰.

Ma c’è di più. Secondo un attento orientamento dottrinale della «natura essenzialmente politica» del sindacato di legittimità costituzionale offre testimonianza la «dilatazione e creazione degli strumenti operativi, non soltanto decisorii, ed il loro uso discrezionale ad opera dell’organo di giustizia costituzionale»¹¹. Da quest’angolo prospettico, l’ampliamento dei margini di manovra dei giudici costituzionali è legato, in particolare, alla progressiva enucleazione e diffusione tra le giurisdizioni costituzionali non solo di tecniche di interpretazione sistematica fondate essenzialmente sul bilanciamento di principi e valori costituzionali, ma anche di *rationes decidendi* ispirate da canoni di ragionevolezza e proporzionalità¹².

Altre trasformazioni sistemiche valgono ad ampliare il campo d’azione delle giurisdizioni costituzionali. Tra gli altri, merita di essere segnalato come in parallelo al procedere, non sempre lineare, del processo di integrazione europeo sia mutato il sistema delle fonti, ormai sempre più reticolare e sempre meno piramidale in senso Kelseniano: in particolare, le giurisdizioni costituzionali europee – BVG e Corte costituzionale italiana su tutte – si sono fatte carico anche dell’onere di individuare modalità e forme di “coesistenza” fra l’ordinamento euro-unitario e gli ordinamenti nazionali¹³.

europeo. *L’esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2015, 1 ss. Di recente, un caso concreto di attività in parola che hanno «determinato un significativo mutamento di giurisprudenza» è riferito dal Presidente della Corte costituzionale italiana A. Barbera, *Corti costituzionali, attori del costituzionalismo europeo*, 27 settembre 2024 (reperibile all’indirizzo [internet https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20240927_121321.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20240927_121321.pdf)), il quale nello specifico richiama la vicenda dell’importante sentenza n. 269 del 2017.

¹⁰ G.F. Ferrari, *I diritti nel costituzionalismo globale: luci e ombre*, Modena, 2023, 28.

¹¹ Su cui cfr. L. Mezzetti, *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Est. Const.*, 1, 2010, 309.

¹² *Ex multis*, cfr. G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, 1 ss.

¹³ In particolare, l’orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale italiana trova un importante punto di svolta nella sentenza n. 269 del 2017 che nell’ipotesi di

Anche con riferimento a tale orizzonte ordinamentale composito, la giurisdizione costituzionale agisce da argine alla pressante tendenza all'entropia normativa consustanziale agli ordinamenti liberaldemocratici impostati su una pluralità di centri di produzione del diritto.

Le giurisdizioni costituzionali, per quanto siano istituzioni giudiziarie caratterizzate da "passività", nel loro operare finiscono necessariamente per impattare sull'indirizzo politico¹⁴ nella misura in cui risultano assai spesso investite sia di questioni delicatissime per i diritti delle persone che di problematiche di grande rilievo per l'assetto stesso delle istituzioni (adozioni e fecondazione assistita da parte di *single*, maternità surrogata, aborto, fine vita, trattamenti pensionistici, rapporto di pubblico impiego, rapporti centro-periferia, conflitti di attribuzione tra poteri e tra enti e via discorrendo). In ragione di ciò, l'attuazione oggettiva della Costituzione e la giusta deferenza per la discrezionalità del legislatore sono obiettivi per il cui conseguimento congiunto alle giurisdizioni costituzionali s'impongono di frequente percorsi complicati e, talvolta, persino tortuosi.

Ben sottolinea Roberto Toniatti la *summa divisio* tra sistemi accentrati e diffusi: anche se quantitativamente modesto, il contenzioso costituzionale di natura astratta (e *maxime* quello preventivo, laddove previsto¹⁵) possiede un forte potenziale di effetti politici, in quanto terreno sul quale più è viva la competizione tra l'organo di giustizia costituzionale e il legislatore democraticamente eletto¹⁶.

In virtù del supporto di una fitta trama di riferimenti di diritto comparato (con riguardo agli ordinamenti di Portogallo, Spagna, Austria, Germania, Belgio e Francia nonché alle Corti europee), Fabrizio Politi offre un *excursus* ricco e interessante riguardo allo strumentario di modulazione degli effetti retroattivi e finanche di differimento *ad infinitum*¹⁷ del *decisum*. Strumenti dalla natura ambigua, in quanto, per un verso, possono essere assunti a indice della deferenza delle Corti nei riguardi del legislatore e della sua discrezionalità, e, per altro, possono rivelare attitudini di segno opposto, giacché finiscono per risultare strumentali alla capacità delle Corti di insinuarsi in spazi del politico che altrimenti sarebbero ad esse preclusi.

doppia pregiudizialità dà il via libera nell'ordinamento nazionale all'inversione dell'ordine delle pregiudiziali, conferendo priorità al sindacato della Corte stessa sull'eventuale successivo rinvio alla Corte di Lussemburgo; filone giurisprudenziale corroborato, di recente, dalla sentenza n. 100 del 2024.

¹⁴ Nel panorama comparato si staglia il particolare caso della Corte suprema USA, la quale può calibrare attentamente il proprio ruolo di *policy-maker* grazie all'istituto del *writ of certiorari*; in tema cfr., tra gli altri, F. Tirio, *Il writ of certiorari davanti alla Corte suprema. Principi, strategie, ideologie*, Milano, 2000.

¹⁵ In ordine al sindacato astratto paradigmatico è il caso del *Tribunal Constitucional* portoghese, cui *ex artt.* 278 ss. del testo costituzionale del 1976, è affidato oltre al controllo preventivo sono affidati anche quelli per omissione e astratto successivo; nell'ottica del *judicial review* nordamericano, tutto impostato sull'incidentalità, il controllo preventivo appare assolutamente irrealistico.

¹⁶ *Ex multis*, cfr. J. Habermas, *Between Facts and Norms. Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge (Mass.), 1996, 241.

¹⁷ In tal senso si orienta il disposto dell'art. 89.1 della Cost. Repubblica Ceca; ma, come nota l'A., poteri dilatori sono riconosciuti in forma robusta anche in altri ordinamenti quali quelli sloveno e ungherese.

Come accennato, la trasformazione profonda del ruolo della giurisdizione costituzionale sembra in certa misura veicolata (o comunque agevolata) anche dalla crisi dei partiti politici, dal conseguente fenomeno della “disintermediazione politica”, e, in senso più lato, dalla crisi della politica; la scienza politica lo indica e la storia degli ultimi decenni lo conferma: il potere non tollera vuoti, e se alcuni attori dell’arena politica arretrano altri attori – anche dalla natura non politica – finiscono per occupare quegli spazi (è fin troppo chiara qui l’allusione a una politica che spesso non sa o non vuole decidere su temi divisivi, e trova utile rifugiarsi nel sindacato di costituzionalità). Ad oggi, in taluni frangenti, appare persino timida l’immagine magistralmente evocata decenni addietro del custode della Costituzione trasfigurato in moderatore di conflitti sociali¹⁸.

La visione “pessimistica” (o a tinte forti) che aleggia in dottrina sul progressivo *enlargement of functions* al traino del controllo giurisdizionale di costituzionalità fa balenare il rischio della progressiva «destrutturazione delle stesse basi portanti dello Stato costituzionale» di cui sarebbe segno evidente «la dismissione del principio della separazione dei poteri»¹⁹.

Due basilari aspetti comunque devono essere tenuti presenti. In primo luogo, nella cornice dello Stato costituzionale di diritto emergono funzioni e poteri ulteriori rispetto alla classica tripartizione, e dei quali è precipua espressione la funzione di garanzia giurisdizionale della Costituzione²⁰. Secondariamente, in virtù del superamento dello Stato liberale il principio della separazione dei poteri va necessariamente trapiantato secondo la duplice prospettiva della distinzione delle funzioni e delle interferenze funzionali (per via della presenza di organi non specializzati, sicché nei confronti di questi si realizza l’attribuzione di funzioni prevalenti e non esclusive).

Ciò premesso, e in presenza dell’«effetto dirompente della presenza massiccia di principi sostanziali (veste giuridica di altrettanti valori etico-sociali) le cui caratteristiche naturali di vaghezza e indeterminazione richiedono un percorso di concretizzazione, nel quale è difficile distinguere tra applicazione ed attuazione»²¹, si deve convenire che anche il giudice più fedele alla legge nell’ambito della sua attività interpretativa (dai confini necessariamente elastici) non può (in qualche senso) non creare diritto sebbene ai sensi (di qualche versione) della dottrina della separazione dei poteri dello Stato il giudice non deve creare diritto poiché ha solo il compito di applicare il diritto creato dal legislatore²².

¹⁸ Secondo la ricostruzione dottrinale operata nel 1982 da F. Modugno (cfr. ancora in L. Mezzetti, *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, cit., 309).

¹⁹ A. Ruggeri, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l’ignoto*, cit., 583.

²⁰ In punto di trasformazioni indotte sul modello distributivo delle competenze dal passaggio dall’assetto liberale e quello democratico e sociale con il riconoscimento di nuovi poteri cfr. in particolare G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001, II ed., spec. 55 ss.

²¹ In questi termini v. G. Silvestri, *La Corte costituzionale prosegue la ricerca dell’unità in base ai principi*, cit., s.p.

²² Rileva tale (apparente) «contraddizione fondamentale» M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, 2005, 1 ss. (consultabile all’indirizzo internet

Il passaggio dalle “rime obbligate” alle “rime adeguate” quanto alle sentenze “manipolative” o “additive” (in interventi rimediali integrativi) della Corte costituzionale italiana segnala in modo lampante l’allargamento dei margini di manovra interpretativa del giudice costituzionale, proiettato ormai verso una discrezionalità d’azione che richiama quella propria degli organi schiettamente forniti di poteri normativi²³.

La formula “le Carte e le Corti”, al di là del facile gioco di parole, rappresenta un’endiadi fondamentale della democrazia costituzionale: il ricco portato di principi sostanziali delle Costituzioni democratico-pluraliste offre un terreno ideale alla crescita di ruolo delle giurisdizioni costituzionali. Per tanto, si deve rimarcare come le profonde trasformazioni della giustizia costituzionale rispetto all’archetipo del legislatore negativo siano nella fisiologia stessa dello Stato costituzionale di diritto.

Emerge coerentemente dalle analisi proposte il nitido profilo di un’istituzione cardine dello Stato costituzionale di diritto la cui finalità ultima è quella della creazione di uno spazio pubblico inclusivo. In siffatto fondamentale compito la giurisdizione costituzionale (specie se operante in Paesi in via di consolidamento democratico) tende a fare da contraltare alla magistratura ordinaria (talvolta fortemente screditata agli occhi della pubblica opinione e/o afflitta da particolari problemi di efficienza, come da ultimo segnala, ad esempio, il caso dell’ordinamento messicano in cui si prospetta, in un clima di fortissimi contrasti, l’introduzione dell’elezione diretta dei giudici).

Secondo quanto eloquentemente dimostra il caso sudafricano dell’era dell’immediato *post-apartheid*, le qualità, la preparazione e le garanzie di indipendenza dei giudici investiti del controllo di costituzionalità assumono estremo rilievo. Il nodo della selezione dei giudici è opportunamente colto Roberto Toniatti, il quale mette in risalto la divaricazione tra il modello burocratico che invale negli USA e la scelta prevalente in Europa per cui la selezione è affidata variamente a organi del potere politico (negli USA integra gli estremi dell’atto presidenziale di indirizzo politico”, mentre in Europa costituisce “atto di indirizzo istituzionale o di sistema”). Tuttavia, sia l’uno che l’altro modello non appaiono immuni da profili di criticità, ne è prova la diffusa preoccupazione a varie latitudini della rilevanza delle procedure di selezione dei membri delle giurisdizioni costituzionali, al fine, tra l’altro, di evitare possibili “infortuni” in occasione del rinnovo parziale dei collegi giudicanti in modo da concorrere ad orientare ideologicamente l’operare dell’organo. Incidentalmente, giova accennare come nel rapporto tra giurisdizione costituzionale e dimensione politica significativo appare anche lo “stile” delle sentenze, con specifico riguardo all’eventuale presenza dell’istituto del “voto particolare”, che può alimentare – con effetti condizionanti – la tracciabilità nell’operare di ogni singolo giudice della lealtà alla matrice politica all’origine della sua designazione (di cui sembrano

https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/convegni/aic200410/barberis.pdf.

²³ Per un siffatto ordine di considerazioni cfr. ancora G. Silvestri, *La Corte costituzionale prosegue la ricerca dell’unità in base ai principi*, cit.

dare testimonianza ricorrenti prese di posizione nel dibattito scientifico e politico lusitano)²⁴.

In conclusione, la giurisdizione costituzionale per via della sua «funzione intermedia fra politica e diritto»²⁵ si muove sempre sotto l'incalzare critico della *vexata quaestio* se essa operi come giudice o come organo politico.

Lo scenario in cui collocare siffatto interrogativo di fondo è quello della continua evoluzione del quadro di riferimento. Più crescono il ruolo e gli spazi della giurisdizione costituzionale, più si addensano aspettative sui giudici costituzionali e maggiormente diventa delicata l'esigenza di ancorare la loro azione ermeneutica al perseguimento oggettivo di principi e valori costituzionali. Esigenza sempre presente, e che si rinnova continuamente.

Se è vero, come non par dubbio, che le giurisdizioni costituzionali che interpretano e creano diritto non sono per ciò stesso usurpatrici di spazi decisionali propri della politica, è altresì certo che i connessi problemi dell'ammissibilità della produzione giudiziale di diritto e della possibile identificazione delle stesse ancora in ruolo giudiziario e non politico vanno risolti alla luce della loro capacità, nelle diverse fasi politico-istituzionali, di giustificare (e far accettare) – in termini di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza – il proprio sforzo ermeneutico che può far balenare un contrasto fra legalità (formale) e giustizia. Il conseguimento dell'opportuno equilibrio tra organi di garanzia e organi politici nei sistemi liberaldemocratici finisce per essere faccenda tanto delicata quanto complessa, in generale e per gli stessi giudici costituzionali: tra i molteplici fattori che entrano in gioco risaltano almeno l'immagine che la giurisdizione costituzionale ha di sé stessa, l'intensità dei rapporti di collaborazione tra questa e altri soggetti istituzionali dello Stato-apparato e, *last but not least*, la visione della giurisprudenza costituzionale che s'impone a livello di Stato-comunità.

Romano Orrù
Dipartimento di Scienze Politiche
Università degli Studi di Teramo
rorru@unite.it

²⁴ Nell'ordinamento portoghese i giudici costituzionali possono adottare sia *declarações de voto* (*concurring opinions*) che *votos de vencido* (*dissenting opinions*); in tema e per opportuni riferimenti sia consentito rinviare a R. Orrù, T. Giorgio, *Vicende e attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2021-2022*, in *Giur. cost.*, 5, 2023, 2329 s.

²⁵ Poiché, come prosegue A. Celotto, *Ruolo della Corte costituzionale*, in www.treccani.it, 2012 s.p.: «nella sua attività – irrimediabilmente – finisce per “giurisdizionalizzare” la politica dentro le forme del processo e, nel contempo, per “politicizzare” la giurisdizione, attraverso la natura (politica) delle questioni affrontate e gli effetti (politici) delle decisioni». Assai nota è la teorizzazione della giustizia costituzionale “in-politica” elaborata da G. Zagrebelsky, *Corte in-politica*, in <http://www.cortecostituzionale.it>, 2004, 1 (in proposito v. anche *Id.*, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, *passim*) per cui preso atto che l'organo di giustizia costituzionale è naturalmente «dentro» la politica occorre evitare che esso finisca per essere “catturato” dalla politica, divenendo omogeneo a quest'ultima.

