

TRATTATO DI DIRITTO PUBBLICO COMPARATO

Fondato e diretto da Giuseppe Franco Ferrari

Silvia Bagni
Matteo Nicolini

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE
COMPARATA



Wolters Kluwer

CEDAM

Il volume è stato pubblicato con il contributo della Fondazione Cariplo

Il volume è stato sottoposto a revisione scientifica tra pari in regime di double-blind

La pubblicazione è frutto di ricerca finanziata nell'ambito del progetto Prin 2017 "Dal pluralismo giuridico allo Stato in-terculturale. Statuti personali, deroghe al diritto comune e limiti inderogabili nello spazio giuridico europeo" (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34I19004200001, codice 2017RYJAFW_001).

Copyright 2021 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97, Edificio B3, 20142 Milano

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato da GECA s.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

PRESENTAZIONE

Il Trattato di Diritto Pubblico Comparato nasce dalla volontà di realizzare un progetto unico nel panorama del diritto pubblico comparato. Esso aspira infatti a fornire al lettore - studioso, studente, così come chiunque voglia approcciarsi alla materia - una ricognizione, una sintesi e una rappresentazione originale del sapere comparatistico in ambito pubblicistico, che si sostanziano sia nella esposizione e nel compendio delle diverse tesi sia, laddove possibile, nello sviluppo di linee interpretative originali.

L'obiettivo che il Trattato si prefigge è all'origine della scelta di strutturarlo in più di 50 volumi, così da garantire un'analisi approfondita delle tematiche di maggiore interesse comparatistico. Ad esse, caratterizzate da un taglio trasversale, si affianca una attenzione particolare per lo studio monografico degli ordinamenti più significativi dei cinque continenti. Si è voluto in tal modo dare cittadinanza alle due anime della comparazione, quella più prettamente comparata e quella più di diritto straniero.

In ogni caso, l'elemento unificante dell'opera è l'ampio respiro che la contraddistingue, non tanto, o comunque non solo, per il numero dei volumi, quanto piuttosto per scelta che, nel mondo globale, il diritto comparato debba aprirsi al maggior numero possibile di ordinamenti. Partendo da questa constatazione, dunque, i volumi monografici si propongono di analizzare anche molti ordinamenti tradizionalmente ai margini degli studi comparatistici.

Infine, la scelta del trilinguismo (italiano, inglese e spagnolo). È la prima volta che un'opera di diritto pubblico comparato viene veicolata contestualmente in tre lingue. L'obiettivo non è solo quello di fornire all'opera un'ampia circolarizzazione all'interno della comunità scientifica internazionale, quanto soprattutto quello di promuovere e favorire un dialogo più ampio tra le diverse culture giuridiche.

Milano

Giuseppe Franco Ferrari

A Lucio Pegoraro, insuperabile Maestro

«Progress is not possible without deviation from the norm»
Frank Zappa

INDICE

PREMESSA	XVII
Abbreviazioni e acronimi	XIX

INTRODUZIONE

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE COMPARATA: DEFINIZIONI, METODO, CLASSIFICAZIONI

1. “Giustizia costituzionale”. In difesa dell’autonomia scientifica e didattica della materia	1
2. Dalla forma alla funzione: per una definizione di “giustizia costituzionale”	7
3. Giustizia costituzionale e comparazione giuridica: problemi di metodo	11
4. ... e proposte classificatorie a confronto	14
5. Dalla classificazione dicotomica alle logiche multivalenti e sfumate: metodologia per una nuova proposta	21
6. Natura e funzioni della giustizia costituzionale a fondamento dei modelli nomocratico e pantocratico	23
7. Tassonomie, sub-modelli e tipologie	27
8. Il “controllo di convenzionalità” fra inclusione ed esclusione dai modelli di giustizia costituzionale	31
9. Riepilogo e piano dell’opera	36

PARTE I

LA FUNZIONE DI GARANZIA DEL PRINCIPIO
DI GERARCHIA TRA LE FONTI

CAPITOLO I

LA DEFINIZIONE DEI MODELLI ESEMPLARI

1.	Il metodo storico-comparativo nella ricostruzione dei modelli esemplari	41
2.	Gli antichi precedenti del controllo di costituzionalità	46
3.	Alle radici del controllo giurisdizionale: l'Inghilterra medievale	50
4.	Il <i>Bonham's Case</i> e i prodromi della <i>judicial review of legislation</i>	56
5.	La "migrazione" della <i>judicial review of legislation</i> : il controllo nomocratico nelle Colonie e negli Stati Uniti d'America	61
6.	Da "accentrato" a "diffuso": genesi ed evoluzione del sindacato di legittimità costituzionale negli Stati Uniti d'America	68
7.	Controllo di costituzionalità o privilegio del legislatore? Il dilemma rivoluzionario francese e del costituzionalismo europeo del XIX secolo	75
8.	La sovranità del Parlamento nel Regno Unito e il controllo di costituzionalità del JCPC nelle Colonie	82
9.	Il caso norvegese	86
10.	Le prime forme di giustizia costituzionale nel continente ibero-americano, antesignane del modello kelseniano	88
11.	Costituzionalismo <i>fin de siècle</i> ed <i>entre deux guerres</i> . L'opera di Kelsen	93
12.	La breve esperienza del <i>Tribunal de garantías constitucionales</i> spagnolo del 1931, come forma esemplare per le Costituzioni delle <i>ex</i> colonie	98

CAPITOLO II

**RIELABORAZIONE, CIRCOLAZIONE
E DEFORMAZIONE DEI MODELLI ESEMPLARI**

1.	La fine della Seconda Guerra mondiale: dal predominio del modello nomocratico all'affermazione di quello pantocratico	102
----	---	-----

2.	L'introduzione della questione incidentale in Italia e Germania: <i>tertium genus?</i>	104
3.	La rielaborazione dei modelli: l'influenza statunitense nell'istituzione <i>ex novo</i> del controllo di costituzionalità in India e Giappone	109
4.	Austria e Svizzera	114
5.	La V Repubblica francese: dal modello politico a quello giurisdizionale	119
6.	Il controllo politico secondo la dottrina marxista-leninista e nelle Costituzioni dei Paesi della famiglia giuridica socialista	123
7.	In particolare, nei Paesi socialisti sopravvissuti al crollo dell'URSS	128
8.	Riforme e circolazione dei modelli in America latina nel secondo dopoguerra	131
9.	Decolonizzazione e giustizia costituzionale	133
9.1.	L'influenza del modello coloniale francese nei Paesi del Maghreb e in Libano	133
9.2.	Le colonie inglesi e il JCPC: nel <i>Global North</i>	137
9.3.	... e nel <i>Global South</i> . Costituzioni di carta e conservazione del modello eurocentrico in Asia e Africa sub-sahariana	142
9.4.	Il JCPC, giurisdizione "ancora coloniale": <i>British overseas territories</i> e Caraibi	146
10.	Il perfezionamento del modello nordico	150
11.	Lo "strano" caso del controllo di costituzionalità diffuso-concentrato in Grecia e Portogallo	152
12.	La soluzione accentrata nella Costituzione spagnola del 1978	156
13.	La concezione islamica del controllo di costituzionalità in Iran	159
14.	Casi particolari di recezione del modello accentrato negli anni Ottanta	161
14.1.	La Corte costituzionale turca	161
14.2.	La <i>Cour d'Arbitrage</i> in Belgio	164
15.	Il nuovo ciclo costituzionale degli anni Novanta	166
15.1.	Il <i>judicial review</i> in Israele	166
15.2.	La giustizia costituzionale in America latina con il <i>nuevo constitucionalismo</i>	169
15.3.	La giustizia costituzionale nei Paesi del blocco comunista dopo il crollo dell'Unione sovietica e la disgregazione della Jugoslavia	176
15.4.	Il modello misto in Sudafrica	179

16. <i>The New Commonwealth Model of Constitutionalism o forme di Reverse Colonization?</i>	183
17. Esportazione della democrazia e della giustizia costituzionale nei Paesi islamici del Medio-Oriente e del Sud-Est asiatico	188
18. L'evoluzione del controllo di costituzionalità in Francia dopo la riforma del 2008	192
19. Le riforme della giustizia costituzionale in Europa centro-orientale secondo il nuovo modello di "democrazia illiberale": i casi ungherese e polacco	195

CAPITOLO III

LE VARIABILI DEL MODELLO NOMOCRATICO

1. Le variabili del controllo nomocratico	201
2. L'accesso: caratteri generali	202
2.1. L'accesso in via d'azione	203
2.2. L'accesso in via principale e il "tempo" dell'impugnazione	206
2.3. Legittimazione ad agire o diritto di accesso? ..	209
2.4. L'accesso in via di eccezione	213
2.5. L'accesso nella famiglia di <i>common law</i> : solo incidentale?	219
3. L'oggetto del controllo di costituzionalità	224
4. Il parametro	230
5. Le regole del giudizio costituzionale	235
6. Tipologia delle sentenze: le sentenze interpretative...	252
7. ... e manipolative	261
8. Effetti delle sentenze	269
9. La fase di esecuzione	277

PARTE II

LA FUNZIONE DI ARBITRATO NELL'ESERCIZIO DEI POTERI SOVRANI

CAPITOLO IV

IL CONTROLLO DI SOVRANITÀ "FEDERALE"

1. L'arbitrato sulla ripartizione delle competenze come controllo di sovranità	285
--	-----

2.	Le classificazioni dicotomiche alla prova del controllo federale di sovranità	289
3.	La prevenzione dei conflitti come forma di controllo di sovranità “federale”	292
4.	Il controllo preventivo di sovranità “federale”: impugnative delle delibere legislative e <i>certification</i>	296
5.	Il controllo successivo a tutela della gerarchia normativa	301
6.	Il controllo arbitrale di sovranità federale	305

CAPITOLO V

CORTI E FORMA DI STATO

1.	Il modello pantocratico come forma di controllo sulla sovranità “in senso ampio”	309
2.	Il controllo sulle elezioni	312
3.	Il controllo sui partiti	316
4.	Il controllo sulla legislazione popolare e sui referendum	318
5.	La funzione di arbitrato del pluralismo giuridico	324
6.	Il controllo sull'autonomia locale	331
7.	Il ricorso diretto individuale per violazione di diritti costituzionali: origini storiche	333
8.	Il modello (tendenzialmente) “concentrato” di ricorso diretto individuale	339
9.	Il modello (tendenzialmente) “diffuso” di <i>amparo</i>	344
10.	Il controllo sull'esercizio dei diritti individuali in <i>common law</i>	349
11.	Il controllo sulle omissioni costituzionali	352
12.	Il controllo sugli stati di eccezione	355
13.	Il controllo sulle revisioni costituzionali	360

CAPITOLO VI

CORTI E FORMA DI GOVERNO

1.	Modello pantocratico e organi di indirizzo politico-costituzionale: il controllo sulla sovranità “in senso stretto”	365
2.	La giustizia politica	367
3.	I conflitti tra poteri dello Stato e i controlli attinenti al procedimento legislativo	371
4.	Il controllo preventivo sui trattati	375

5. La funzione di <i>reference</i>	378
--	-----

PARTE III

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E SISTEMI MULTILIVELLO DI TUTELA DEI DIRITTI

CAPITOLO VII

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE, CONVENZIONALE E TRANSNAZIONALE

1. Problemi di inquadramento dei sistemi giurisdizionali sovranazionali nella materia della giustizia costituzionale	387
2. Il recepimento del diritto internazionale negli ordinamenti nazionali	389
3. Il controllo di convenzionalità come “braccio armato” del costituzionalismo transnazionale	395
3.1. Sistema interamericano di protezione dei diritti umani e sistemi nazionali di giustizia costituzionale	402
3.2. Sistema europeo e sistemi nazionali di giustizia costituzionale	411
3.3. L'applicazione diretta del diritto dell'UE da parte dei giudici dei Paesi membri	415
4. La “giustizia convenzionale transnazionale” come autonomo sistema di garanzia dei diritti umani	417

PARTE IV

ALLA RICERCA DI UN CONFINE: FRA IL RUOLO DI GIUDICE E QUELLO DI LEGISLATORE

CAPITOLO VIII

GIUDICI ONNIPOTENTI? SANARE IL *DEFICIT* DI LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA

1. Introduzione	423
2. Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato	428
3. Le tensioni tra corti e legislatori: procedimenti di nomina, “prevalenza” del legislatore	433

4. Motivare l'assenso e il dissenso, in prospettiva comparata	439
4.1. L'argomento di diritto straniero e/o comparato nella giurisprudenza delle Corti	440
4.2. Le opinioni dissenzienti come strumento di trasparenza del processo decisionale	447
5. Giustizia costituzionale e democrazia deliberativa ...	450

PREMESSA

Alcune avvertenze per la lettura del testo.

Al fine di non appesantire ulteriormente il testo con i titoli di ciascuna fonte normativa sub-costituzionale citata, si è deciso di adottare una soluzione comune per l'identificazione delle fonti che disciplinano la giustizia costituzionale in ciascun sistema. Tutte le norme di rango primario o infra-costituzionale vengono indicate come «l. TC», a prescindere dalla specifica forma (legge costituzionale, legge organica, legge ordinaria) o dal *nomen* che ciascun ordinamento gli attribuisce. Tutte le fonti di rango subprimario e quelle espressive di autonomia normativa dell'organo di giustizia costituzionale vengono indicate come «reg. TC». Alcune leggi ricorrenti sono espressamente richiamate tramite acronimi (è il caso della legge organica spagnola sul *Tribunal constitucional*, LOTC, o di quella tedesca, l. TF o, in lingua, BVerfGG).

Per la stessa ragione, nelle note i siti *web* sono citati nell'estensione corrispondente alla *home page*.

Quanto alle citazioni letterali in testo, ove la versione originale è in inglese, francese, spagnolo o portoghese, si è scelto di riportarla non tradotta. Negli altri casi, si è provveduto ad utilizzare le traduzioni ufficiali inglesi presenti nei siti istituzionali, ove disponibili, o in mancanza, a tradurre in italiano.

Abbreviazioni

§	paragrafo	l.	legge
A.	autore/autrice	l. TC	legge sul Tribunale o sulla Corte costituzionale
art.	articolo	l. TF	legge sul Tribunale federale tedesco
artt.	articoli	r.d.lgs	regio decreto legislativo
c.	comma	Reg.	regolamento
c.d.	cosiddetto	reg. TC	regolamento sul Tribunale o sulla Corte costituzionale
Cap.	capitolo	sez.	sezione
cc.	commi	sezz.	sezioni
cod.	Codice di giustizia costituzionale	St.	Statuto albertino
Cost.	costituzione	u.c.	ultimo comma
es.	esempio	v.	vedi
Id.	Stesso autore		

Acronimi

ATF *arrêts du Tribunal fédéral Suisse*

BVerfGE *Bundesverfassungsgericht*

BVerfGG *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*

CARICOM *Caribbean Community and Common Market*

CC *Conseil Constitutionnel*

CCJ *Caribbean Court of Justice*

CE *Costituzione spagnola*

- CEDU Convenzione europea dei diritti umani
CGUE Corte di Giustizia dell'Unione europea
CIDH Convenzione americana sui diritti umani
CoEDU Corte europea dei diritti dell'uomo
CoIDH Corte interamericana dei diritti umani
CSI Comunità degli Stati Indipendenti
CSM Consiglio Superiore della Magistratura
DSCD *Diario de secciones del Congreso de los Diputados*
GG *Grundgesetz*
HRA *Human Rights Act 1998*
JCPC *Judicial Committee of the Privy Council*
JMC *Joint Ministerial Committee*
LO legge organica
LOPJ *Ley Orgánica del Poder Judicial*
LOTG *Ley Orgánica del Tribunal constitucional*
LOTGC Legge organica sull'organizzazione del Tribunale di Garanzia costituzionale
LSCC *Loi speciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle*
NI Norme integrative sul funzionamento della Corte costituzionale italiana
OAS Organizzazione degli Stati americani
ONU Organizzazione delle Nazioni Unite
PIL *Public Interest Litigation*
QPC *question prioritaire de constitutionnalité*
STF Supremo Tribunale Federale brasiliano
TC *Tribunal constitucional español*
TCP *Tribunal constitucional plurinacional de Bolivia*
TFUE Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
TUE Trattato sull'Unione europea
UE Unione europea
URSS Unione delle Repubbliche Sovietiche Socialiste

INTRODUZIONE

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE COMPARATA: DEFINIZIONI, METODO, CLASSIFICAZIONI

Sommario: 1. “Giustizia costituzionale”. In difesa dell’autonomia scientifica e didattica della materia. – 2. Dalla forma alla funzione: per una definizione di “giustizia costituzionale”. – 3. Giustizia costituzionale e comparazione giuridica: problemi di metodo ... – 4. ... e proposte classificatorie a confronto. – 5. Dalla classificazione dicotomica alle logiche multivalenti e sfumate: metodologia per una nuova proposta. – 6. Natura e funzioni della giustizia costituzionale a fondamento dei modelli nomocratico e pantocratico. – 7. Tassonomie, sub-modelli e tipologie. – 8. Il “controllo di convenzionalità” fra inclusione ed esclusione dai modelli di giustizia costituzionale. – 9. Riepilogo e piano dell’opera.

1. “Giustizia costituzionale”. In difesa dell’autonomia scientifica e didattica della materia

Lo studio dei sistemi e degli istituti che la letteratura qualifica riassuntivamente “giustizia costituzionale comparata” richiede che si risponda a taluni interrogativi. Va precisato l’oggetto dell’indagine; chiarito cosa s’intenda per “giustizia costituzionale”; indicato l’apporto della comparazione giuridica allo studio della materia.

Come oggetto d’indagine scientifica, la giustizia costituzionale comparata considera l’interazione fra soggetti, organi e procedure che consentono di sindacare (di rendere *justiciable*) atti e/o comportamenti dei pubblici poteri nel raffronto con norme di rango costituzionale (la *higher* o *fundamental law*). Ciò, al fine di accertare se i pubblici poteri abbiano esercitato le proprie attribuzioni secondo le forme e nei limiti stabiliti dal formante costituzionale (v. *infra*, § 2).

Il secondo interrogativo (cosa s’intenda per “giustizia costituzionale”) è determinato dalle seguenti circostanze. Da un lato,

la letteratura ricorre a una varietà di espressioni: “giurisdizione costituzionale”, “giustizia costituzionale”, “contenzioso costituzionale”, “diritto processuale costituzionale”, *judicial review of legislation*, *constitutional review*, ecc.¹. La tematica è centrale negli studi comparatistici e di linguistica giuridica. Fra i compiti del comparatista v'è, infatti, quello di prescrivere una modalità d'uso d'un termine². Dunque, al comparatista compete verificare se la varietà delle espressioni utilizzate sottenda una differenziazione funzionale negli istituti studiati; o se, invece, alla varietà di significanti corrisponda un significato – e una funzione – unitari.

Dall'altro lato, il *nomen* da attribuire (o preferire) per definire ciò che qui verrà qualificato “giustizia costituzionale” riflette, nell'intenzione degli studiosi, la collocazione che la materia oggetto di indagine assume in ambito accademico e scientifico. Quando il formante dottrinale impiega l'espressione “giustizia costituzionale” (o altra equivalente) emerge a livello definitorio l'incidenza che i contesti ordinamentali hanno sugli istituti in esame.

La giustizia costituzionale spesso risente dell'influenza della famiglia giuridica cui appartiene l'ordinamento costituzionale in cui è praticata. Così, ad es., le espressioni *judicial review*, *constitutional adjudication* o *constitutional litigation* riflettono il carattere rimediabile della giustizia costituzionale negli ordina-

¹ Su tale varietà lessicologica v. H. Fix-Zamudio, *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N. 3, 1999, 102 ss.; D. García Belaunde, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima, 2000², 53 ss.; E. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid et al., 2008; G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, 2016⁴, 29 ss.; E. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal constitucional*, in *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, coordinato da E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez, G. A. Figueroa Mejía, Vol. 1, México, D.F., 2014, 458-459; J. García Roca, *Justicia constitucional y jurisdicción constitucional*, *ivi*, Vol. 2, 849; M. Tushnet, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA), 2014, 40 ss.; L. Pegoraro, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 14-17.

² L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, 78 s. e Id., *Derecho constitucional Comparado. La ciencia y el método*, Buenos Aires, 2016, 99 ss. e 124. Per altre indicazioni, anche bibliografiche, v. da ultimo L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2020, 10.

menti di *common law*, la natura tendenzialmente “concreta” del controllo esercitato – che verte su *cases and controversies* rispetto ai quali sono integrate le condizioni dell’azione –, la centralità delle Corti nell’interpretazione e attuazione della Costituzione³. In definitiva, le «procedural and evidentiary rules respecting judicial review» applicate in sede di giustizia costituzionale sono le stesse che le corti utilizzano nell’esercizio delle “ordinarie” funzioni giurisdizionali⁴. Ciò è evidente negli Stati Uniti d’America, dove le modalità di accesso alla giurisdizione “costituzionale” della Corte suprema coincidono con gli ordinari mezzi di impugnazione (*writ of certiorari* e *certification of questions*: v. *infra*, Cap. I, § 6).

Presso i giuristi latino-americani, invece, è preferita la locuzione “diritto processuale costituzionale” sia perché riflette la scelta del legislatore di codificare la materia in un *corpus* normativo autonomo (v. *infra*, in questo §), sia perché il formante dottrinale ha configurato la giustizia costituzionale come disciplina autonoma⁵.

Nella costituzionalistica latino-americana, il *nomen* rivela l’ambizione di qualificare la “giustizia costituzionale” come sistema normativo differenziato dell’ordinamento costituzionale. Di qui la proposta di conferirle autonomia anche scientifica rispetto al diritto costituzionale nazionale e/o comparato, di cui la giustizia costituzionale è tradizionalmente considerata una partizione.

A tale riguardo, due sono le concezioni che, in letteratura, contribuiscono a definire la giustizia costituzionale.

La prima le riconosce autonomia didattica e disciplinare, ma non la considera disciplina giuridica autonoma rispetto al diritto costituzionale, né la eleva a “sistema”, a differenza di quanto ac-

³ Così C. G. Haines, *Judicial Review of Legislation in Canada*, *Harvard Law Review*, Vol. 28, No. 6, 1915, 570 ss.; D. A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 63, No. 3, 1996, 877 ss.; L. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, 2000³, 207 ss.; D. Bennett, *Constitutional litigation and the Commonwealth*, in J. Wanna (ed), *Critical Reflections on Australian Public Policy Book. Selected Essays*, Canberra, 2009, 101 ss.; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, 2011, 15-2.

⁴ Hogg, *Constitutional Law*, cit., 15-2.

⁵ L. Pegoraro, *Classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale e nomen della materia di studio*, prefazione a Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal constitucional*, cit., 13.

cade per il diritto processuale civile e penale. La carenza di autonomia scientifica non è preclusiva dell'autonomia a livello didattico e disciplinare. Per l'autonomia didattica, la giustizia costituzionale è debitrice del formante dottrinale come dimostrano gli insegnamenti universitari e la produzione manualistica che hanno dotato la materia di uno statuto disciplinare autonomo in ambito accademico.

Ad analoghe conclusioni perviene la letteratura francese. L'espressione *contentieux constitutionnel* – considerata fungibile a *justice constitutionnelle* e *jurisdiction constitutionnel* – designa l'insieme dei rimedi e delle tecniche di risoluzione di controversie quando a venire in contestazione è un'attività *costituzionalmente rilevante* dei pubblici poteri subordinati alla costituzione⁶. Definizione analoga si rinviene negli studi di diritto processuale amministrativo, dove sono utilizzate espressioni come “giustizia amministrativa” o “contenzioso amministrativo” per indicare il complesso degli strumenti rimediali per sindacare l'attività dei pubblici poteri⁷.

D'altra parte, i rimedi contro l'amministrazione hanno anche carattere non giurisdizionale (i ricorsi amministrativi); e quelli giurisdizionali possono essere esperiti a fronte di giurisdizioni differenti (ordinaria, amministrativa, contabile, ecc.). A fronte dell'asistematicità della materia, solo il *nomen* e la funzione (di tutela di situazioni giuridiche soggettive) sembrano conservare un minimo di organicità alla materia medesima.

A conferma della carenza di autonomia scientifica della materia, la letteratura evidenzia come lo studio della giustizia costituzionale sia possibile solo in dialogo con il diritto costituzionale sostanziale. Lo conferma il fatto che, negli ordinamenti di matrice anglosassone, lo studio della giustizia costituzionale coincide con quello del diritto costituzionale sostanziale: il diritto costituzionale sostanziale è esito dell'attività rimediale delle corti come *adjudicators in constitutional issues*; ruolo e funzioni a queste attribuite – difesa e protezione del sistema di limiti giuridici essenziali di un ordinamento – esprimono un particolare modo di essere della costituzione, che è la fonte suprema e giuridicamente vincolante, a rigidità garantita.

Secondo tale impostazione, sarebbe pertanto «vano o illusorio

⁶ Cfr. Drago, *Contentieux constitutionnel*, cit., 17.

⁷ Così M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002⁶, 19-22.

rio» concepire la giustizia costituzionale «al di fuori delle teorie sulla Costituzione»⁸. Proprio perché partizione interna al diritto costituzionale, gli istituti di giustizia costituzionale praticati nei differenti ordinamenti condividerebbero i presupposti teorici della concezione di costituzione ivi accolti, come processo ed equilibrio di forze che evolvono nel tempo e delle regole che assicurano il funzionamento del processo pubblico e la sua conservazione⁹.

Una seconda impostazione privilegia il carattere scientifico della materia. Essa è stata già richiamata quando si è evidenziata l'utilizzazione, da parte della dottrina latino-americana, della locuzione "diritto processuale costituzionale" in luogo di giustizia costituzionale¹⁰.

La giustizia costituzionale delimita un sottosistema normativo autonomo oggetto di codificazione in numerosi ordinamenti costituzionali: si pensi alla *ley de la Jurisdicción Constitucional (n. 7135 del 11 de octubre de 1989)* costaricense, primo codice di diritto processuale costituzionale in America Latina; al *Códi-*

⁸ Cfr. A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019⁶, I.

⁹ Cfr. Ruggeri, Spadaro, *Lineamenti*, cit., I. Sulla costituzione come processo v. A. Spadaro, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, *Quad. Cost.*, 1998, 343 ss. Una rassegna di concezioni teoriche di costituzione è in C. Mortati, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 158 ss.; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, I, Padova, 2014⁹, 226 ss. Nel senso che la giustizia costituzionale non si esaurisca nel diritto processuale, ma che si componga «di elementi ... anche di carattere sostanziale stante l'intima connessione tra la teoria della giustizia costituzionale e la teoria della Costituzione» v. M. Calamo Specchia, L. Montanari, *Introduzione a L'accesso in via indiretta alle Corti costituzionali: un modello per l'Europa?*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 322.

¹⁰ V. gli scritti di N. Alcalá Zamora y Castillo, *Estudios de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, Buenos Aires, 1944 e di H. Fix-Zamudio, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, tesi di laurea (1955). Si v. nuovamente E. Ferrer Mac-Gregor, *El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma*, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, 2006, 353 ss. A conferma dell'impostazione si veda la scelta di utilizzare l'espressione per denominare il *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, coordinato da E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez, G. A. Figueroa Mejía, cit.

go *Procesal Constitucional* peruviano (*ley* n. 28237 del 2004); al *Código Procesal Constitucional* della Bolivia (*ley* 254 de 2012) o dei vari Stati messicani. Esso è altresì considerato un settore di studi: il diritto processuale costituzionale come ambito autonomo di ricerca scientifica¹¹, come tale più interessato all'esame dei singoli istituti di natura processuale che non all'analisi degli effetti sistemici che la giustizia costituzionale è in grado di determinare.

Va evidenziato che il processo costituzionale non è limitato alla disciplina della giurisdizione: le norme processuali sono pur sempre norme costitutive l'ordinamento e destinate ad essere applicate anche a soggetti esterni alla giurisdizione costituzionale – si pensi alle parti del processo, che rimarranno vincolate dall'effetto di giudicato prodotto dalla decisione. Come dire: il diritto processuale produce effetti sistemici, quali, ad esempio, la creazione dalla *judicial review of legislation* negli Stati Uniti d'America e l'*amparo* in Argentina o nuove tipologie di decisioni delle corti. Ancora, in Francia la giurisdizione costituzionale ha procurato l'estensione del parametro di costituzionalità; in Italia, la CEDU è stata interposta alla costituzione nei giudizi di legittimità costituzionale (v. *infra*, rispettivamente Cap. II, §, 5 e Cap. III, § 4).

Nel conferire autonomia didattica, scientifica o normativa alla giustizia costituzionale, la definizione accolta è sempre convenzionale. La materia è definita da chi si propone di circoscriverla, dettandone, secondo i criteri di classificazione adottati, rapporti e confini con le altre partizioni del diritto costituzionale (comparato)¹².

In definitiva, le impostazioni richiamate o accentuano la specificità delle regole processuali, o valutano la resa istituzionale dell'attività svolta dai giudici costituzionali. Quale che sia l'approccio prescelto, sarà comunque necessario individuare un "nucleo duro" della giustizia costituzionale, che ne valorizzi la specificità disciplinare (non solo didattica) di strumento di protezione della costituzione. Come dire: la giustizia costituzio-

¹¹ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal constitucional*, cit., e la ricca bibliografia *ivi* citata.

¹² Così F. Rubio Llorente, *Derecho constitucional*, in *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Vol. II, 2206-2208.

nale è un sistema, non necessariamente traducesi in un *corpus* organico e unitario normativo e di istituti¹³.

2. Dalla forma alla funzione: per una definizione di “giustizia costituzionale”

I tentativi di conferire autonomia (didattica, scientifica, normativa) alla giustizia costituzionale presuppongono che sia previamente individuato il “nucleo duro” della medesima.

Nel qualificare la giustizia costituzionale se n'è già offerta una definizione “in prima approssimazione” come interazione fra soggetti, organi e procedure che consentono di sindacare atti e/o comportamenti dei pubblici poteri nel raffronto con norme di rango costituzionale (v. *supra*, § 1). La definizione è ampia, posto che qualifica la giustizia costituzionale come il raffronto, da chiunque operato (giudice, organo *ad hoc*, Capo dello Stato, legislatore, ecc.), tra norme costituzionali o considerate tali e altre norme, solitamente a questa sotto-ordinate¹⁴.

La proposta definitoria consente acquisizioni rilevanti. In primo luogo, il concetto di *raffronto*, che qui opera tra una o più norme sovraordinate di rango “costituzionale” (il c.d. parametro di costituzionalità) e una o più norme che saranno valutate per la loro conformità/contrasto con le norme parametro, e che diverranno pertanto oggetto del giudizio di costituzionalità.

In secondo luogo, il raffronto dà per acquisita la *superiorità delle norme costituzionali*: è la concezione “moderna” di costituzione, garantita nella propria rigidità dalla giustizia costituzionale. In quanto norma giuridica, la costituzione è in grado di reagire alla propria violazione, irrogando una sanzione nella forma dell'illegittimità costituzionale; la costituzione è *justiciable* di fronte all'operato dei pubblici poteri (v. *infra*, § 5).

In terzo luogo, coloro che esercitano il raffronto sono sia gli organi giurisdizionali, sia i titolari di forme di controllo “politico”; queste ultime o sono esercitate in via non giurisdizionale (come nel caso del Capo dello Stato); o spettano a soggetti interni o dipendenti dai titolari dell'indirizzo politico nell'ambito del procedimento di formazione dell'atto normativo (come i control-

¹³ Pegoraro, *Classificazioni*, cit., 28.

¹⁴ Pegoraro, *Sistemi*, cit., 14.

li interni alla assemblee legislative¹⁵); o sono effettuate da organi che esercitano tale funzione ma non hanno natura giurisdizionale (il sistema etiope, ad es., rimette la prima valutazione della questione di legittimità costituzionale al *Council of Constitutional Inquiry* composto da giuristi e poi alla *House of Federation*¹⁶)¹⁷.

Nella definizione ampia rientrano anche i controlli svolti in forma contenziosa, come quelli adottati in Francia e nei sistemi che vi si sono ispirati. La *res litigiosa* è dedotta innanzi a un organo che, per procedura, composizione e strumenti decisori, decide secondo parametri giuridico-costituzionali.

La contestazione (il *presupposto* della funzione di giurisdizione costituzionale) è una controversia *giuridica*; la *risoluzione* è affidata a provvedimenti assunti in forma giurisdizionale. Le decisioni sono suscettibili di valutazione da parte dell'uditorio – universale o specializzato che sia¹⁸ – in particolare, del potere che aveva emanato l'atto oggetto di sindacato costituzionale, il quale, «se non convinto dagli argomenti addotti, potrebbe legiferare in modo tale da superare la sentenza» in forme costituzionali, ove al potere sia altrimenti «precluso da ragioni giuridiche o politiche ribadire le proprie determinazioni»¹⁹.

¹⁵ Cfr. A. Vidaschi, *La giustizia costituzionale*, in *Diritto costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari, Tomo II, Roma-Bari, 2014², 1102.

¹⁶ Artt. 62(2) e 82-84 Cost. Etiopia. Cfr. A. K. Abebe, *Unique but Ineffective. Assessing the Constitutional Adjudication System in Ethiopia*, in *Constitutional Adjudication in Africa*, ed. by C. M. Fombad, Oxford, 2017, 181 ss.

¹⁷ La nozione di controllo “politico” a cui si è fatto riferimento è dunque quella comunemente condivisa in dottrina. È stato recentemente sottolineato come tale definizione, che fa leva sulla natura dell'organo o del rito, non corrisponda alla originaria concezione kelseniana della giustizia costituzionale. Per Kelsen, infatti, il Tribunale costituzionale era un organo *politico*, in ragione del grado di discrezionalità di cui gode nell'interpretazione del diritto. Cfr. L. Pegoraro, “Politico” e “giurisdizionale” a cento anni dal Verfassungsgesichtshof, *DPCE*, N. 3, 2020. V. anche G. Grandjean, *Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, in G. Grandjean, J. Wildemeersch (dir.), *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, 2016, 18.

¹⁸ Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2001, 32 ss. (titolo originale: *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958).

¹⁹ Pegoraro, *Sistemi*, cit., 66. Che il controllo “politico” abbia natura giuridica (perché controllo che assume a parametro la costituzione) era già stato

Infine, la definizione ampia poggia non sulle qualità dell'organo o sull'attività, ma sulla *funzione* di assicurare la superiorità della costituzione – cosa che consente di riportare alla nozione di giustizia costituzionale modalità e tecniche di raffronto altamente differenziate²⁰.

Si è poi proposta una definizione più ristretta di giustizia costituzionale, come riscontro, da parte di un organo giurisdizionale o che ha *forma giurisdizionale* e che opera in posizione di terzietà, tra norme costituzionali – intese come norme formalizzate in un documento solenne e assistito dalla garanzia della rigidità costituzionale – e norme sotto-ordinate. Al riscontro si ricollega, come effetto, l'espunzione/non applicazione delle norme contrastanti con il parametro costituzionale²¹.

Più che alla funzione, la proposta definitoria guarda alla *forma del soggetto che esercita la funzione* – e finisce per limitare al solo controllo giurisdizionale la natura di *adjudicators in constitutional issues*. Non si considerano il controllo interno agli stessi legislatori (controllo esercitato da un soggetto che ha, dunque, *forma politica*) e quello esercitato da organi in posizione di terzietà, che non hanno natura giurisdizionale o non esercitano il controllo in forme giurisdizionali. Rimane esclusa anche la mera deliberazione di costituzionalità (quella che il Capo dello Stato esercita in sede di rinvio, promulgazione o sanzione delle leggi).

Guardare alla forma del soggetto e non alla funzione – a una «*fonction contentieuse au service du règlement des questions constitutionnelles*»²² – porta invero a escludere dal controllo soggetti la cui forma li colloca al confine tra il controllo politico e quello giurisdizionale. Rimarrebbe, cioè, di incerta qualificazione il sistema francese, prototipo del controllo politico che si è progressivamente “giurisdizionalizzato” mediante nuove tecniche di giudizio e l'estensione sia del parametro, sia dell'accesso al *Conseil constitutionnel* (*infra*, Cap. II, § 5).

Tratti di giurisdizionalità già caratterizzano il sistema di giustizia costituzionale francese dal 1958, anno della istituzione del *Conseil constitutionnel*. Si pensi alle funzioni di *unification*

affermato anche per i modelli praticati in Francia nel XIX secolo. Si pensi al *Sénat conservateur* del II Impero: A. Ashworth, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire*, *Rev. dr. pub.*, 1994, 52 e *infra*, Cap. I, § 7.

²⁰ Drago, *Contentieux*, cit., 31, 54-55.

²¹ Pegoraro, *Sistemi*, cit., 14.

²² Drago, *Contentieux*, cit., 31, 61 ss.

de l'ordre juridique, di *protection des droits fondamentaux*, di *arbitrage entre les pouvoirs publics* e di *contrôle de l'expression du suffrage* – funzioni relevantissime e ulteriori rispetto al tradizionale controllo di legittimità costituzionale delle leggi e che qualificano la giustizia costituzionale francese come controllo “anche” giurisdizionale²³.

È quindi la funzione della giustizia costituzionale a unificare le definizioni proposte in letteratura e a offrire un primo elemento caratterizzante la “giustizia costituzionale comparata”. E a confermare la bontà della definizione “in prima approssimazione” qui accolta e che rende sindacabili, nel raffronto con norme di rango costituzionale atti e comportamenti dei poteri pubblici²⁴.

Si tratta di una definizione coerente con le prime manifestazioni “storiche” della giustizia costituzionale: la stessa Costituzione degli Stati Uniti d’America del 1787 implicitamente legittima il sindacato sulle modalità di esercizio del pubblico potere conferito dalla Costituzione ai rappresentanti del popolo²⁵. Essa consente poi di individuare un “nucleo duro” della giustizia costituzionale. Infatti, la relativa funzione non coincide più solo con la “tradizionale” attività di difesa della rigidità costituzionale, ma si estende sempre più alla protezione dei principi di struttura dell’ordinamento costituzionale. Lo conferma la circostanza che, in un numero sempre crescente di ordinamenti costituzionali, sono assoggettate a controllo di legittimità costituzionale anche le revisioni costituzionali, nel quale il parametro viene a coincidere con il nucleo duro dell’ordinamento costituzionale²⁶. In definitiva, la ricerca del “nucleo duro” della garanzia della co-

²³ Drago, *Contentieux*, cit., 61 ss. Per la ricostruzione del dibattito v. M. Calamo Specchia, *Il Conseil constitutionnel e lo sviluppo della giustizia costituzionale in Francia*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, I, Padova, 2009, 175 ss.; O. Jouanjan, *Modèles et représentations de la justice consitutionnelle en France: un bilan critique*, *Jus Politicum*, N. 2, 2009, 7.

²⁴ A. Pizzorusso, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, *Annali*, I, Milano, 2007, 669 ss.

²⁵ Cfr. H. Hamilton, *No. 78*, in *The Federalist*, by A. Hamilton, J. Jay and J. Madison, edited with an Introduction, Reader’s Guide, Constitutional Cross-reference, Index, and Glossary by G. W. Carey and J. McClellan, Indianapolis, 2001, 401 ss. Cfr. altresì Vedaschi, *La giustizia costituzionale*, cit., 1095-1096.

²⁶ Cfr., per un primo esame, S. Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna, 2011.

stituzione genera la ricerca del “nucleo duro” della materia costituzionale.

Tale ultima notazione consente di estendere la relazione tra funzione della giustizia costituzionale e nucleo duro della costituzione ben oltre l'Occidente, nel quale le rivoluzioni inglese (1688-1689), americana (1776) e francese (1789) hanno riempito la forma costituzionale dei principi del costituzionalismo, originando la concezione “garantista” di costituzione²⁷. Anche negli ordinamenti nei quali le costituzioni (autocratiche, socialiste, ecc.) sottendono concezioni che poco o nulla hanno a che fare con i principi del costituzionalismo²⁸; e negli ordinamenti non occidentali nei quali il testo costituzionale incorpora principi e istituti non sempre riportabili al costituzionalismo occidentale, la giustizia costituzionale conserva la medesima funzione: l'affermazione della superiorità del testo costituzionale come esito di un processo di conservazione, selezione e creazione degli istituti della tradizione giuridica nazionale, nei quali si proiettano i valori fondanti la struttura costituzionale.

3. Giustizia costituzionale e comparazione giuridica: problemi di metodo...

Definita la giustizia costituzionale, va accertato l'apporto della comparazione giuridica nell'esame dei sistemi e dei modelli in cui questa si sostanzia.

Non si tratta di esaminare gli istituti che delineano la giustizia costituzionale nei singoli ordinamenti costituzionali. Certo, lo studio del diritto straniero è presupposto per lo studio comparativo; e ampia letteratura ha dettagliatamente indagato origini, struttura e funzionamento degli istituti nei diversi ordinamenti; tuttavia, tali contributi hanno illustrato, per lo più, singoli casi nazionali e avanzato considerazioni di sintesi²⁹.

Non risolvendosi nel diritto straniero, la comparazione giu-

²⁷ Sulla quale de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 226 ss.

²⁸ T. Ginsburg, A. Simpser (eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, New York, 2014; A. Rinella, *Constitutions without constitutionalism*, *Revista General de Derecho Público Comparado*, N. 21, 2017, 1 ss.

²⁹ Anche ricorrendo a una griglia d'indagine comune: v., ad es., i contributi raccolti in L. Mezzetti, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, I, Padova, 2009, e II, Padova, 2011.

ridica consente di raffrontare soluzioni adottate in diversi ordinamenti per offrire risposta all'esigenza di assicurare la superiorità della Costituzione, il rispetto della legalità costituzionale da parte dei pubblici poteri, e dei valori sottesi a un ordinamento in quanto incorporate nelle norme giuridiche apicali del sistema³⁰.

Ciò consente sia di rilevare reciproche affinità fra gli istituti operanti nei diversi ordinamenti; sia di evidenziare divergenze denotative delle specificità di un ordinamento, e che presuppongono, ai fini di un'eventuale loro esportazione e recezione, un'approfondita opera di analisi comparativa della materia.

Anche nello studio della giustizia costituzionale la comparazione può articolarsi in macrocomparazione e microcomparazione. La prima – che esamina i sistemi di giustizia costituzionale come affermatasi in varie forme di Stato (in ordinamenti che praticano differenti concezioni della costituzione) – è facilitata dal ruolo unificante della funzione svolta dalla stessa giustizia costituzionale. Lungi dal limitarsi all'esame di sistemi coltivati nella forma di stato liberal-democratica, l'indagine si estende, come s'è detto, anche ad altre forme di Stato (socialiste, autocratiche, teocratiche, ecc.), nel rispetto del monito per cui il metodo comparativo deve essere accompagnato da cautele se il termine di comparazione è riferito a ordinamenti riportabili a forme di Stato "altre" rispetto a quella liberal-democratica³¹.

La microcomparazione opera, invece, tra istituti, modalità di accesso e competenze degli organi di giustizia costituzionale al fine di organizzare le ricerche e formulare classificazioni e modelli, dei quali è possibile studiare circolazione e recezione e constatare il sorgere di nuovi sistemi e l'ibridazione tra più istituti.

La distinzione è rilevante quando si studia la genesi dei sistemi di giustizia costituzionale. Così, ad es., l'analisi macrocomparativa è centrale nello studio dei sistemi misti, nei quali i singoli ordinamenti vedono coesistere un organo a carattere accentrato (corte o tribunale costituzionale; sale specializzate di una corte suprema) e organi giurisdizionali comuni, esercitando

³⁰ Come ha affermato G. Bogneri, *Lo Spirito del costituzionalismo americano*, I, *La Costituzione liberale*, Torino, 2000.

³¹ R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2018, 129. Sulla comparabilità tra sistemi nelle indagini macrocomparative de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 80 ss.

forme di sindacato diffuso. Senza la previa conoscenza dei sistemi assunti nella loro globalità sarebbe invero difficile distinguere i sottosistemi che convivono entro unico sistema³².

Lo studio microcomparativo è utile altresì nei processi di ibridazione, dove un sistema combina fra loro (parti di) istituti appartenenti a modelli diversi. È l'ipotesi del sindacato accentratto di costituzionalità con accesso incidentale praticato, ad esempio, in Italia, Spagna, Germania e Belgio, dove la struttura del soggetto decidente è tratto dal modello kelseniano e le modalità di accesso dall'assetto diffuso del controllo, tipico della *judicial review of legislation* statunitense³³.

Infine, a venire in rilievo sono le nozioni di *modello* e *sistema*, con la seconda espressione intendendosi l'assetto concreto, dal quale muove l'elaborazione del modello astratto³⁴. Il primo, invece, potendo essere un *Rechtstypus* o un *Rechtsideal*³⁵, o un *modello esemplare*, nel quale l'idealtipo (o modello) esemplare viene costruito per astrazione dal modello "storico" – a sua volta "esemplare"³⁶. E si sono dati anche sistemi di giustizia costituzionale – fra tutti, quello statunitense e quello austriaco – i quali, proprio perché "esemplari", sono assurti al rango di modelli³⁷. Di più: anche il modello austriaco è divenuto un sistema storico

³² Pegoraro, *Sistemi*, cit., 113.

³³ Pegoraro, *Sistemi*, cit., 113.

³⁴ Traccia una distinzione tra modello e sistema L. Pegoraro, *A Justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo*, in A. Almeida Filho, F. Bilac Moreira Pinto Filho (orgs.), *Constitucionalismo e Estado*, Sao Paulo, 2006, 441-442.

³⁵ Sui modelli v., fra i molti, E. Agostini, *La circulation des modèles juridiques*, *Rev. int. dr. comparé*, 1990, 461 ss.; L. Pegoraro, *Metodología y modelos para una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transiciones constitucionales)*, in *Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Arequipa a Septiembre de 2008*, I, Arequipa, 2008, 10.

³⁶ Cfr., sul punto, L. Pegoraro, *I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato*, in R. Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, 1991, 185.

³⁷ Cfr. A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, *Quad. Cost.*, 1982, 521; B. Caravita, *Corte «Giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, I, *La Corte costituzionale austriaca*, Padova, 1985, 188; Pegoraro, *Sistemi*, cit., 73. Sul modello austriaco cfr. A. Gamper, F. Palermo, *The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review*, *Journ. Comp. Law*, Vol. 3, 2008, 64 ss.; C. Bezembek, *A Kelsenian model of constitutional adjudication*, *ZöR*, 2012, 115 ss.

(non più quindi euristico) con la Costituzione austriaca del 1920 e la *Verfassungsnovelle* del 1929³⁸.

Di modello sembra potersi parlare laddove i procedimenti di astrazione e sintesi riguardino un sistema di giustizia costituzionale nella sua globalità. Per singoli istituti (sentenze, effetti temporali), sembrerebbe più corretto parlare non di *modello* – esemplare o meno che sia –, o *sistema* (nel quale, secondo concetto, più elementi fanno corpo saldandosi, appunto, a “sistema”), ma di *assetto* (o *sistema*) *regolativo*. Il che non ne implica alcuna derubricazione: l’assetto regolativo ben potrà candidarsi a materiale normativo per operazioni di *legal borrowing* e di *legal transplant*, facilitando la propria *dissemination* mediante la sua circolazione e recezione.

4. ... e proposte classificatorie a confronto

Nell’esaminare i problemi metodologici connessi allo studio del controllo di costituzionalità, si è fatto riferimento ai modelli – e, fra questi, a quelli esemplari, individuati dalla dottrina sulla base delle “prime” esperienze storiche di giustizia costituzionale³⁹: la *judicial review* (modello nordamericano) e la *Verfassungsgerichtsbarkeit* (modello europeo-kelseniano). La distinzione poggia sull’elemento soggettivo, ossia sugli organi abilitati a svolgere il controllo di costituzionalità: il primo è un modello diffuso (tutti i giudici possono disapplicare nel caso concreto una legge che ritengono in contrasto con la Costituzione); il secondo uno accentrato (è previsto un unico organo competente sul giudizio di costituzionalità). Le caratteristiche di ciascuno di essi sono così riassunte da Calamandrei: «il sindacato giudiziario è necessariamente *diffuso, incidentale, speciale e dichiarativo*; e viceversa il sindacato autonomo è *accentrato, prin-*

³⁸ Insuperato è il volume di P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987.

³⁹ Minore appare la propensione della dottrina di lingua inglese per la classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale. Oltre al già classico di M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971 (redatto peraltro da un giurista continentale) si v. Fombad, *An Overview of Contemporary Models of Constitutional Review in Africa*, in Id. (ed.), *Constitutional Adjudication in Africa*, cit., 17 ss. Ciò spiega perché la letteratura rassegnata in questo paragrafo è prevalentemente continentale europea.

*cipale, generale e costitutivo»*⁴⁰. Lo schema è ripreso da Cappelletti, che coglie però la natura ibrida dei recenti sistemi italiano e tedesco, nonché di quello austriaco dopo la riforma del 1929⁴¹.

Le teorie dei modelli di giustizia costituzionale del secondo dopoguerra⁴² spostano il centro dell'indagine dall'organo al giudizio. Viene proposto il binomio astratto-concreto, a seconda che il giudizio sorga in occasione di un «case or controversy», oppure a prescindere dall'applicazione della legge. Già Giuseppe Volpe sottolineava come il dualismo sistema nordamericano-austriaco dovesse cogliersi in questa prospettiva, oltre che nei presupposti storico-politici e culturali profondamente diversi in cui i due modelli vennero elaborati⁴³, arrivando a sostenere che solo la *judicial review* costituirebbe un esempio di giurisdizione costituzionale, mentre la *Verfassungsgerichtsbarkeit* sarebbe assimilabile più all'attività legislativa⁴⁴.

Con Alessandro Pizzorusso astrattezza e concretezza assurgono ad autonomi criteri classificatori⁴⁵. Egli riteneva non più

⁴⁰ P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 6.

⁴¹ Essa consentì ai tribunali supremi civile-penale e amministrativo di sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale innanzi al *Verfassungsgericht*: cfr. M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, p. 101. Contestualmente, si propone anche un parallelo tra *amparo* e controllo di costituzionalità per via d'eccezione (nota 21).

⁴² Per un'accurata rassegna delle proposte classificatorie v. Mezzetti, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, in Id. (cur.), *Sistemi e modelli*, I, cit., 20 ss.

⁴³ Mentre negli USA la scelta di affidare ai giudici ordinari il controllo sulle leggi era giustificata dal fatto che i maggiori pericoli per i diritti individuali, soprattutto patrimoniali, sanciti dalle Costituzioni delle Colonie, erano storicamente provenuti dalle assemblee normative, in Austria la teoria normativista kelseniana costituì la reazione agli eccessi della *Freirechtsschule*. Cfr. G. Volpe, *L'ingiustizia della legge. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977, 156 ss.

⁴⁴ H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, *Rev. dr. publ.*, 1928, 198: «Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif».

⁴⁵ L'A. si rifà alla terminologia propria del legislatore tedesco che distingue fra *abstrakten Normenkontrolle* – art. 93 I nr. 2 GG, §§ 13 N. 6, 76 ss. BVerfGG – e *konkreten Normenkontrolle* – art. 100 I GG, §§ 13 N. 11, 80 ss. BVerfGG): Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale*, cit., 527, ma già in Id., *Garanzie costituzionali. Art. 134*, in Branca G. (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 42.

sostenibile la tradizionale distinzione diffuso-accentrato: sia perché nuovi sistemi combinavano i due elementi attraverso la questione incidentale e il ricorso diretto per violazione dei diritti fondamentali; sia perché anche i modelli originali erano ormai diventati spuri, a seguito di prassi e riforme costituzionali. Il modello proposto era altresì in grado di comporre secondo un unico criterio anche attività ulteriori delle Corti accentrate, come i giudizi di *amparo* e *Verfassungsbeschwerde*, che solitamente venivano considerati separatamente dal controllo di costituzionalità degli atti normativi⁴⁶.

Anche Louis Favoreu riportava le forme del controllo di costituzionalità al binomio astratto-concreto, con riferimento alla legittimazione a proporlo, e in contenzioso oggettivo-soggettivo, con riferimento all'oggetto del processo costituzionale. Da questa prospettiva, però, il carattere concreto ma oggettivo del sistema incidentale europeo veniva in realtà stemperato. L'A. sosteneva che, a prescindere dalla forma e dalla procedura utilizzata, il controllo di costituzionalità non era stato pensato per dare soddisfazione concreta ai singoli, ma per svolgere funzioni generali, tra cui anche quella di promozione e protezione dei diritti⁴⁷.

I binomi concentrato-diffuso e astratto-concreto sono stati variamente rielaborati e tuttora costituiscono la base di molti studi sulla giustizia costituzionale⁴⁸. Michel Fromont, ad es., combina il criterio del modo di accesso e dell'oggetto del giudi-

⁴⁶ Cfr. M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, 6.

⁴⁷ «Mais, n'est-ce pas aussi du contentieux objectif dans la mesure où le procès incident échappe aux parties et où la décision rendue sur ce recours a effet erga omnes? Par ailleurs, le véritable requérant dans ce procès constitutionnel en Italie n'est-ce pas le juge a quo, c'est-à-dire une autorité publique?»: L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, 1992², 26-27.

⁴⁸ V., ad es., C. Stark e A. Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, I, Baden-Baden, 1986, 64 ss.; C. Blanco de Morais, *Justiça Constitucional*, I, *Garantia da Constituição e Controlo de Constitucionalidade*, Coimbra, 2002, 290 ss. (nella 2a ed., II, 2011, combina concentrato e diffuso con successivo e preventivo); H. Nogueira Alcalá, *Tendencias de la jurisdicción y los Tribunales constitucionales de América del Sur en la alborada del siglo XXI*, in J. Pérez Royo, J. P. Urías Martínez, M. Carrasco Durán M. (eds), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, II, Cizur Menor, 2006, 3763, che partendo dalla dicotomia originaria concentrato-diffuso, individua una terza categoria di sistemi misti, con particolare attenzione all'America latina, all'interno della quale la titolarità del controllo si combina in maniera di volta in volta diversa.

zio con quello dell'effetto delle decisioni, contrapponendo la logica soggettiva e concreta a quella oggettiva e astratta. Egli conviene però sulla priorità del binomio astratto-concreto, poiché individua sistemi a carattere misto⁴⁹ che sfuggono alla combinazione sopra esposta. Dominique Rousseau riprende la distinzione tra controllo preventivo e successivo⁵⁰, mentre Lucio Pegoraro inizialmente utilizzava la qualificazione astratto-concreto soprattutto a fini descrittivi, precisando come, a fini classificatori, la contrapposizione fondamentale fosse tra modello accentrato e modello diffuso. Con ciò ipotizzava un *quartum genus* che mescola diffusione e previsione di una Corte *ad hoc* competente all'annullamento dell'atto⁵¹.

Anche il contributo della dottrina latino-americana segue la tradizionale distinzione basata sulla natura dell'organo che esercita il controllo. I numerosi sistemi ivi applicati hanno rappresentato modelli per nuove ibridazioni: la dottrina ha dovuto tenerne conto, ampliando le classi originali accentrata e diffusa. Il primo termine si arricchisce con gli ordinamenti che istituiscono *Salas* specializzate all'interno delle Corti Supreme⁵²; inoltre, viene proposto un nuovo modello che ammette la convivenza indipendente dei due ordini di Corti all'interno del medesimo sistema (c.d. ibridazione: v. *supra*, § 3).

Un altro filone ricostruttivo ha proposto di ordinare le diverse esperienze di giustizia costituzionale sulla base degli interessi protetti attraverso l'attività delle Corti. Così, Francisco Rubio Llorente divide i sistemi in cui prevale la finalità di assicurare la costituzionalità della legge dagli ordinamenti in cui è prioritaria la garanzia dell'effettività dei diritti⁵³.

Peter Häberle ricorda come, a prescindere dalle specifiche competenze attribuite dai testi costituzionali alle Corti, si possa-

⁴⁹ M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, 1996, 43 s.

⁵⁰ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, 1998³, 75 ss.

⁵¹ L. Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998, 39 ss.

⁵² D. García Belaunde (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997.

⁵³ F. Rubio Llorente, *Tendances actuelles de la jurisdiction constitutionnelle en Europe*, *Ann. int. just. const.*, 1996, 16 ss.; Id., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, 1997, 541 ss.

no comunque estrapolare una serie di funzioni comuni (controllo dell'esercizio del potere pubblico, tutela dei cittadini e delle minoranze, ecc.) che caratterizzano il ruolo odierno della giustizia costituzionale nel costituzionalismo democratico⁵⁴. Questa classificazione sposta l'attenzione dall'aspetto strutturale a quello della collocazione, non tanto dell'organo (o degli organi) in sé, quanto piuttosto dell'attività di giustizia costituzionale nello Stato di diritto, rispetto alle altre funzioni di governo e al rapporto con i cittadini.

Alessandro Pizzorusso descrive innanzitutto i principali "modelli" di giustizia costituzionale, intendendo con l'espressione quelli storici. Sostiene che il primo criterio di distinzione è stato quello diffuso-concentrato in quanto storicamente era l'unico noto, successivamente sostituito da quello concreto-abstracto⁵⁵. L'analisi prosegue poi lungo il solco della distinzione tra controllo di costituzionalità e altre funzioni.

Elisabetta Palici di Suni ha proposto un'analisi storico-ricostruttiva dell'origine della giustizia costituzionale, individuando tre archetipi in base a distinte funzioni: la garanzia della supremazia della Costituzione rispetto ai tre poteri dello Stato (modello di *common law*); la tutela dei diritti costituzionali (modello di *amparo*); la garanzia della minoranza nei confronti della maggioranza (modello kelseniano)⁵⁶. L'A. accomuna queste esperienze sotto l'etichetta «giustizia costituzionale», che ha un ambito semantico più ampio di «controllo di costituzionalità delle leggi». I sistemi attuali vengono invece classificati secondo la natura dell'organo di controllo e posti su di un segmento virtuale che parte dal sindacato politico e termina in quello giudiziario diffuso, distribuendo nei punti intermedi i vari modelli di sindacato accentrato, inteso come una sorta di compromesso fra la na-

⁵⁴ Secondo l'A., le Corti condividono il ruolo di «custode della Costituzione» con ogni singolo cittadino: P. Häberle, *La giustizia costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale*, intervento alla giornata di studio "Ruolo delle Corti costituzionali nelle odierne democrazie", 30 maggio 2003, Palazzo della Consulta, Roma.

⁵⁵ Pizzorusso, *Giustizia costituzionale*, cit., 669 ss., in particolare 687.

⁵⁶ E. Palici di Suni, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejia e G. Pavani (coords), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Libro homenaje a Lucio Pegoraro*, II, México, 2017, 1187 ss. e in M. Caielli ed E. Palici di Suni, *La giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee*, Milano, 2017, 2.

tura prevalentemente politica della selezione dei giudici e quella giurisdizionale dell'organo nelle procedure e negli istituti di autonomia⁵⁷.

Ulteriore criterio di classificazione, alternativo alla dicotomia concentrato-diffuso, viene proposto dalla dottrina statunitense e fa perno sul grado di vincolatività delle sentenze delle Corti sugli altri poteri dello Stato, in particolare sul Legislativo. Si tratta di un criterio che poggia sulla mancanza di legittimazione democratica delle Corti che esercitano il controllo giurisdizionale di costituzionalità. Non è un caso che il c.d. *New Commonwealth Model of Constitutionalism*⁵⁸ sia stato elaborato sulla base di esperienze di Paesi di *common law*, caratterizzati da costituzioni pluritestuali con *Bill of Rights* separati. Al fine di contemperare esigenze contrapposte (principio di supremazia parlamentare e rafforzamento dei diritti fondamentali attraverso la loro positivizzazione) senza affidarne la tutela esclusivamente alla *common law*, Stephen Gardbaum propone di seguire il modello sperimentato in Canada, Australia, Nuova Zelanda e Regno Unito, ossia riconoscere alle Corti il potere di controllare la conformità delle leggi al *Bill of Rights*, lasciando tuttavia l'ultima parola al Legislativo circa l'annullamento o meno della norma in contrasto. Il sistema garantisce maggior equilibrio fra i poteri, senza menomare la difesa dei diritti e risponde efficacemente alle critiche sul modello giurisdizionale di giustizia costituzionale basate sulla *countermajoritarian difficulty*⁵⁹.

Mark Tushnet distingue fra *strong-form judicial review* e *weak-form judicial review*⁶⁰: nelle prime «courts' constitutional interpretations are authoritative and binding on the other branches»; le seconde nascono con la *Section 33* della *Charter of Rights and Liberties* canadese, che autorizza il Legislativo ad adottare norme potenzialmente in contrasto con i diritti e le libertà da essa previsti, per un periodo limitato di 5 anni, negando l'ultima parola alla Corte in materia di costituzionalità.

Infine, la diffusione di nuove forme di giustizia costituzio-

⁵⁷ *Ivi*, 19.

⁵⁸ S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, *Am. J. Comp. L.*, N. 49, 2001, 707 ss.

⁵⁹ S. Gardbaum, *Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism*, *Inter. J. Const. L.*, Vol. 8, 2010, 173 ss.

⁶⁰ M. Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, *Mich. L. Rev.*, 101, 2003, 2782.

nale in Sudamerica ha revocato in dubbio l'utilità di classificazioni dualistiche, registrando la tendenza a rinunciare a modelli onnicomprensivi, in favore di altri che si sovrappongono fra loro, a seconda del criterio pertinente di classificazione adottato.

Così, Fernández Rodríguez propone di abbandonare tentativi di classificazione a variabile unica, insufficienti a spiegare la realtà attuale della giustizia costituzionale nel mondo, e di utilizzare contemporaneamente più variabili dicotomiche: astratto e concreto, preventivo e successivo, effetti generali e particolari, esame del testo della legge o della sua applicazione, legittimazione dell'autorità pubblica o dei privati, ecc.⁶¹.

Francisco Fernández Segado, invece, differenzia i sistemi di giustizia costituzionale utilizzando i criteri classici come una pluralità di variabili rispetto a un modello di base: controllo di costituzionalità della legge «al margen» della sua applicazione, ossia a prescindere da interessi soggettivi di natura pubblica o privata legati a una specifica controversia; controllo di costituzionalità in occasione dell'applicazione della legge, ossia in presenza di un interesse di parte⁶².

Anche Lucio Pegoraro scompone i tradizionali modelli di giustizia costituzionale in ulteriori tipologie, che mettono in rilievo il ruolo complessivo delle Corti nei singoli ordinamenti. Individua dunque sistemi unitari integralmente accentrati, plurali parzialmente accentrati, plurali parzialmente decentrati e plurali integralmente decentrati, rispetto all'articolazione dell'esercizio del controllo di costituzionalità sul territorio; sistemi monofunzionali e plurifunzionali; sistemi a parametro limitato o esteso; sistemi a oggetto integrale o parziale; puri o misti, chiusi o aperti, a seconda della pluralità di procedimenti per l'accesso alla giustizia⁶³.

⁶¹ J. J. Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante al siglo XXI*, Madrid, 2002, 35 (2007², 37).

⁶² F. Fernández Segado, *La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional*, in S. Bagni (coord.), *Justicia constitucional comparada*, México, 2014, 166 ss.

⁶³ L. Pegoraro, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos*, *Rev. Iberoam. Der. Proc. Const.*, N. 2, 2004, 131 ss. nonché Id., *Sistemi*, cit., 193 ss.

5. Dalla classificazione dicotomica alle logiche multivalenti e sfumate: metodologia per una nuova proposta

In ambito scientifico, l'attività di classificazione consiste in un «processo di esplicazione o chiarificazione concettuale»⁶⁴. Si tratta di definizione difficilmente applicabile alla giustizia costituzionale: alla luce delle proposte classificatorie svolte nel § precedente, il numero e la complessità dei criteri ordinatori contemporaneamente utilizzati sembrerebbero dare ragione a chi, già in passato, aveva sostenuto che «al fondo - ciascuno Stato abbia, ormai, un suo proprio modello di giustizia costituzionale»⁶⁵.

L'applicazione del metodo comparato alla finalità di ordinare la materia impone tuttavia una correzione a tale ultima affermazione. Come già sottolineato (v. *supra*, § 3), è stato ancora recentemente ribadito come la concreta combinazione di struttura, poteri e funzioni all'interno di un singolo ordinamento rappresenti un «sistema» di giustizia costituzionale⁶⁶. L'insieme dei «sistemi» rappresenta la classe estensionale della «giustizia costituzionale», all'interno della quale la dottrina ha cercato di individuare dei «modelli». Con questo termine si indica uno schema rappresentativo di un fenomeno della realtà sociale, con finalità non meramente descrittiva, ma prescrittiva: «ciò che distingue un modello da una semplice descrizione è proprio il suo mettere in evidenza la struttura di un fenomeno ... in modo da presentarne uno schema, e il fatto di essere costruito in funzione di un determinato fine, onde deriva la sua valutabilità in termini di utilità scientifica»⁶⁷.

Non tutti i caratteri del fenomeno esaminato sono sussunti nel modello, ma solo quelli che lo studioso reputa essenziali a identificarne la natura. La maggior parte dei criteri distintivi utilizzati in passato per classificare i sistemi di giustizia costituzionale coincidevano con elementi formali dell'organo o del procedimento di verifica della conformità delle norme a Costituzione

⁶⁴ A. Marradi, *Classificazioni, tipologie, tassonomie*, in *Enc. Scienze soc.*, II, Roma, 1992, 22.

⁶⁵ A. Celotto, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2004, 19.

⁶⁶ Pegoraro, *Sistemi*, cit., 2.

⁶⁷ E. di Robilant, *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, 1968, 89; P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le "forme di Stato" e le "forme di governo". Le costituzioni moderne*, Milano, 1988, 3; G. Gorla, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, XI, Milano, 1989, 2.

(natura dell'organo, titolarità dell'azione, efficacia delle sentenze, ecc.); dunque, descrivevano in maniera semplificata la struttura, senza cogliere la natura del fenomeno. Tra gli autori analizzati, la proposta di Francisco Rubio Llorente guardava alla funzione, intesa come diversa tipologia degli interessi tutelati dalle parti del giudizio; la genericità di questa la privava dei requisiti di esaustività ed esclusività.

Anche la classificazione di Elisabetta Palici di Suni origina una tripartizione basata sulla funzione, ma il criterio è utilizzato a soli fini storici, mentre per i sistemi attuali si recupera il classico elemento della natura dell'organo titolare della funzione.

Ulteriore conseguenza nell'applicazione di criteri distintivi attinenti all'organo o alla procedura, anche se usati contemporaneamente all'interno di una matrice – e non in maniera gerarchica a creare rigide tassonomie – è il fatto che essi siano sempre espressivi della funzione di controllo di costituzionalità degli atti normativi. Ad es., è evidente che chiedersi quale tipo di effetti, *erga omnes* o *inter partes*, abbia la pronuncia rispetto a un procedimento di *amparo* contro una sentenza non ha alcun senso pratico, così come rispetto a una pronuncia di *impeachment* verificare la natura diffusa o accentrata del controllo.

Al fine di creare dei modelli di giustizia costituzionale, si cercherà un criterio in grado di spiegarne la natura, ovvero la sua funzione sistemica, che giustifica l'adozione dell'istituto, e che va oltre gli effetti prodotti sugli interessi variamente in gioco nel giudizio.

Abbiamo già definito il fenomeno che stiamo studiando come l'insieme degli istituti di garanzia del rispetto e dell'attuazione della costituzione (v. *supra*, § 1). Abbiamo altresì indicato il ruolo unificante che la funzione degli istituti di giustizia costituzionale svolge in sede definitoria (v. *supra*, § 2). Il criterio della funzione sistemica conduce a una classificazione fondata sulla natura del potere da scrutinare per valutarne la compatibilità con la supremazia costituzionale. Quando il controllo di costituzionalità si rivolge al potere legislativo, corrisponde alla (prevalente) funzione di garanzia del principio di gerarchia tra le fonti; quando ha per oggetto gli altri poteri attribuiti dalla Costituzione, realizza una (prevalente) funzione di arbitrato nell'esercizio dei poteri sovrani, per la risoluzione di conflitti fra organi o fra istituzioni e cittadini (forma di governo e forma o tipo di Stato). A queste, va aggiunta una terza funzione, emersa più di recente, che corrisponde all'affermazione su scala globale del diritto in-

ternazionale dei diritti umani e che mette la Costituzione e l'ordinamento interno in relazione con testi e ordinamenti di natura inter-, sovra-, o trans-nazionali. Come vedremo (v. *infra*, § 8), questo rapporto può essere ricondotto alla prima delle funzioni che abbiamo esaminato, oppure legittimare una sistematica nuova all'interno della teoria costituzionale.

Riassumendo, la definizione “ampia” di giustizia costituzionale (proposta al § 1) consente di declinare il controllo di costituzionalità, studiato sotto la lente della funzione sistemica che ricopre all'interno dell'ordinamento, in: 1) controllo di legittimità; 2) controllo di sovranità; 3) controllo di convenzionalità.

Per meglio comprendere questa tripartizione è necessario chiedersi perché la costituzione acquisisca, a un certo punto della storia, i caratteri della necessità e dell'intangibilità.

6. Natura e funzioni della giustizia costituzionale a fondamento dei modelli nomocratico e pantocratico

È noto che l'idea di “legge fondamentale” ha origini più antiche del costituzionalismo⁶⁸. Dalla diversa legittimazione che storicamente sostiene il concetto dipendono differenti modi o istituti per garantirne il rispetto fra i consociati.

L'analisi storica ci consegna i seguenti criteri di legittimazione dell'ordinamento: la volontà divina o del sovrano; la tradizione; il consenso popolare; il partito; il consenso fra Stati.

La prima opzione (volontà divina o del sovrano) corrisponde all'esercizio di un potere assoluto, che s'impone con l'uso della forza, di cui il Sovrano detiene il monopolio. Il contenuto della volizione è indifferente al carattere della “fondamentalità” di qualsiasi precetto proveniente dall'autorità.

Vi è poi la legittimazione di tipo etico: una legge è fondamentale perché esprime il senso di Giustizia e di Bene, che è alla

⁶⁸ In Occidente, v. il pensiero classico greco e latino (Aristotele nella *Retorica*, Cicerone nel *De legibus*, ecc.) e poi medievale (John of Salisbury, Henry de Bracton, ecc.). Ancora fondamentale è il saggio di E. S. Corwin, *L'idea di “legge superiore” e il diritto costituzionale americano*, trad. it., Venezia, 1932. V. anche M. Fioravanti, *Stato e Costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993; G. Ferrara, *La Costituzione: dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006; W. Waluchov, *Constitutionalism*, in E.N. Zalta et al. (eds), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford (US), 2018, 1 ss.

base dei rapporti fra i membri della comunità. Al detentore del potere compete stabilire cosa sia giusto e determinare gli strumenti per la loro affermazione.

In altre forme di organizzazione del potere, valore etico fondamentale è dato alla tradizione: la norma è giusta perché corrisponde a un comportamento condiviso ripetuto nel tempo, come accade nelle comunità tribali: qui il gruppo dei consociati fisicamente riunito giudica nel singolo caso il rispetto delle proprie usanze. Ma la forza della tradizione si dà anche in occidente. Si pensi all'ordinamento costituzionale britannico, dove il controllo di costituzionalità che Coke pratica nel *Bonham's Case* si alimenta del patrimonio giuridico della *ancient common law constitution* e dei precedenti delle corti regie. Ma che, con l'approvazione dell'*Act of Settlement 1700*, trasferirà alla volontà sovrana del Parlamento l'attivazione del sistema politico di garanzie costituzionali (v. *infra*, Cap. I, § 8).

Si attiva qui un nuovo criterio di legittimazione del potere, il consenso popolare: nel sistema inglese il Parlamento è garante politico delle libertà dei cittadini perché espressivo di un potere che poggia sul consenso dei governati. Sulla base del consenso popolare, la definizione del bene comune non è più affidata al ricordo della tradizione, ma si apre al costituzionalismo: con le rivoluzioni americana e francese, tale decisione sul bene comune è positivizzata nella costituzione. La decisione del potere costituente vincolerà i poteri costituiti, fintantoché la giustizia del patto fondamentale non subirà una crisi di consenso tale da necessitare un nuovo momento costituente.

Il criterio di legittimazione che si richiama al partito è specificazione del precedente. Tuttavia, il consenso popolare è mediato dalla presunzione di rappresentanza da parte della forza politica egemone.

Infine, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, a seguito dei fenomeni di globalizzazione, l'idea di "legge fondamentale" positivizzata va estesa ai documenti ad aspirazione "universalistica" espressi dalla comunità internazionale, o meglio dai suoi soggetti, cioè gli Stati. Essa dunque non assume la veste giuridica di una Costituzione, ma quella di un Trattato, che può avere un proprio autonomo sistema di garanzie e/o avvalersi di quello interno di giustizia costituzionale di ciascuno Stato (controllo di convenzionalità: *infra*, § 7).

Nell'attuale forma di Stato costituzionale di diritto, espressione della teoria filosofico-politica del costituzionalismo, dal

consenso la costituzione trae la propria legittimazione come “legge fondamentale”. La giustizia costituzionale nasce infatti a garanzia dell’accordo circa l’autolimitazione del proprio potere sovrano, e quindi, della relazione subordinata tra potere costituente e poteri costituiti dello Stato.

Se la giustizia costituzionale assicura il rispetto dei vincoli consensualmente prestabiliti nei confronti dei poteri costituzionali, la classificazione dei singoli sistemi dipenderà dall’intensità di tale garanzia in relazione alle funzioni sistemiche *supra* individuate (§ 5).

Si parte così da un modello nomocratico o minimo di giustizia costituzionale, dove è previsto soltanto il controllo di legittimità degli atti normativi, per arrivare a un modello pantocratico o potenziato (o addirittura totale), allorché l’attività di tutti i pubblici poteri è soggetta a forme di controllo di costituzionalità. La classificazione non è diversa da quella, proposta dalla letteratura anglosassone, che distingue tra *constitutional review* e *judicial review*: la prima si estende ai conflitti interorganici e intersoggettivi; la seconda invece alla possibilità di «strike down legislation that is incompatible with the constitution»⁶⁹.

Il modello nomocratico è a intensità minima, in quanto include sistemi che prevedono *soltanto* forme di controllo di legittimità sugli atti normativi. Si tratta della competenza attorno alla quale s’è originariamente strutturata la giustizia costituzionale nella forma del sindacato sulle competenze legislative negli ordinamenti decentrati e di tutela del contenuto sostanziale delle norme costituzionali in tema di diritti⁷⁰. Il modello guarda prevalentemente alla funzione di garanzia del principio di gerarchia tra le fonti, concentrandosi sul rapporto fra potere costituente e potere legislativo.

⁶⁹ Cfr. Fombad, *An Overview*, cit., 18-19 che la riprende da D. P. Komers, *An Introduction to the Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal*, N. 2, 2001, www.germanlawjournal.com.

⁷⁰ Riunisce quindi tanto la *Staatsgerichtsbarkeit*, quanto la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, le due classificazioni originarie proposte dalla dottrina in corrispondenza dell’evoluzione del modello di giustizia costituzionale austriaco: AA.VV., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin-Leipzig, 1929; C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, Paris, 1986; T. Öhlinger, *La giurisdizione costituzionale in Austria*, in *Quad. cost.*, 3, 1982, 535-556.

Il modello pantocratico (letteralmente, “onnipotente”) ha un’intensità variabile in base al numero e alla tipologia delle forme di controllo previste anche nei confronti degli altri poteri dello Stato: giudiziario, esecutivo, elettorale, di revisione costituzionale, popolare. Vi appartiene anche la risoluzione dei conflitti di competenza che sorgono in presenza di pluralismo giuridico, in cui il diritto religioso o tradizionale sia abilitato a disciplinare lo statuto personale senza intervento del potere normativo dello Stato.

Tali forme realizzano una funzione di arbitrato nell’esercizio dei poteri sovrani, incidendo sulla forma di governo e sul tipo o la forma di Stato. Qualora l’ordinamento includa istituti di controllo nei confronti di tutti i poteri potremmo dire di essere in presenza di un modello totale di giustizia costituzionale.

L’ascrizione dei singoli ordinamenti giuridici all’uno o all’altro modello avviene applicando una logica multivalente (*many-valued logic*), ossia che non si basa necessariamente su di un unico criterio di verità, e dunque non applica il principio del terzo escluso. Nello sforzo di coordinare il rigore classificatorio con una corretta comprensione dei fenomeni studiati, la complessità delle funzioni sistemiche riconducibili a ciascun istituto di giustizia costituzionale rende utile il ricorso alla *fuzzy set theory*⁷¹, o teoria degli insiemi sfumati, applicabile allo studio di dati o elementi di cui è dubbio il valore o con significato non univoco, e, nelle scienze umane e sociali, a problemi classificatori legati alla vaghezza del linguaggio. L’applicazione di questa logica a un insieme permette di assegnargli un elemento sulla base di un giudizio di prevalenza dei caratteri comuni su quelli differenziali. In questo modo, lungi dal perdere rigore classificatorio a causa dell’indeterminatezza semantica del criterio distintivo, si descrive il sistema con la massima precisione, in quanto non si applica il suo valore x , ma la funzione $f(x)$ ⁷².

Il modello nomocratico è oggi recessivo rispetto a quello pantocratico totale. Questo è un insieme aperto, essendo impos-

⁷¹ I primi studi sulla logica *fuzzy* si devono al matematico Lotfi A. Zadeh. Sull’utilità di questo approccio in ambito giuridico si v. S. Baldin, *Classifications and fuzzy logic: a comparative law perspective*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (Coords), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, 129 ss.

⁷² H.-J. Zimmermann, *Fuzzy set theory*, *WIREs Comp. Stat.*, N. 2, 2010, 325.

sibile definire *a priori* tutte le modalità di esercizio della giustizia costituzionale. Tuttavia, nelle ipotesi di confine – o, per l'appunto, *fuzzy* – non è sempre facile l'attribuzione inequivocabile di un sistema all'uno o all'altro modello, che avviene quindi sulla base di un giudizio di prevalenza di una funzione rispetto all'altra. Ad es., i conflitti di competenza nell'esercizio del potere normativo tra enti politici territoriali saranno affrontati all'interno del modello pantocratico, ritenendosi prevalente la funzione sistemica di garanzia delle prerogative "sovrane", piuttosto che quella di delimitazione del potere legislativo.

Allo stesso modo, anche nell'inserimento di un sistema all'interno di una sotto-classe ci si avvarrà di un giudizio di prevalenza, considerando sfumati i confini fra le classi individuate, il che permette di "catturare" la fluidità degli ordinamenti giuridici nel loro incessante cambiamento dovuto tanto ai mutamenti del quadro normativo nel tempo, quanto a quelli prodotti dall'azione di altri formanti, diversi da quello legale (si pensi ai casi di diffusione dei sistemi accentrati, o di accentramento di quelli diffusi, su cui *infra*, Cap. II).

7. Tassonomie, sub-modelli e tipologie

All'interno dei due modelli di giustizia costituzionale proposti è possibile ritagliare sub-modelli e tipologie, che permettono di raggruppare sistemi fra loro omogenei rispetto a caratteristiche individuate dal ricercatore. L'applicazione consecutiva e gerarchica di più criteri di classificazione origina una tassonomia, mentre un elemento che possiede caratteristiche proprie di insiemi diversi rappresenta una tipologia.

L'unico criterio classificatorio pertinente rispetto a entrambi i modelli, nomocratico e pantocratico, è quello che fa perno sulla natura dell'organo preposto al controllo, per cui la vecchia contrapposizione fra controllo giurisdizionale e controllo "politico" rappresenta una possibile tassonomia della giustizia costituzionale. Si tratta di concezioni già accostate in sede di definizione dell'oggetto di studio (v. *supra*, § 2), ma che converrà qui esaminare nel dettaglio.

Dato l'insieme dei sistemi di giustizia costituzionale, il primo criterio applicato è quello funzionale, da cui originano i modelli nomocratico e pantocratico; a sua volta, questi ultimi possono essere suddivisi in base alla natura giurisdizionale o non

giurisdizionale degli organi legittimati a svolgere le funzioni che caratterizzano i due modelli. Avremo dunque una matrice a quattro di questo tipo: nomocratico-giurisdizionale (come la originaria *graphé paranómon* greca, v. *infra*, Cap. I, § 2), nomocratico-non giurisdizionale (così, nel sistema finlandese anteriore al 2000, dove il comitato costituzionale del Parlamento esercitava un controllo preventivo sulle leggi da approvare: v. *infra*, Cap. I, § 7); pantocratico-giurisdizionale (la maggior parte dei sistemi giuridici odierni) e pantocratico-non giurisdizionale (come in Francia o negli *ex* ordinamenti socialisti).

La tassonomia proposta è descrittiva, non prescrittiva. Come in un ecosistema diverse specie e famiglie convivono all'interno di una medesima nicchia ecologica, l'applicazione del criterio della natura dell'organo applicato ai due modelli di giustizia costituzionale origina sottoclassi che possono essere entrambe vigenti in un singolo ordinamento, sviluppando rapporti di competizione o mutualistici.

L'obiettivo non è identificare in modo esaustivo gli ordinamenti appartenenti a queste classi, ma sottolineare come, se si utilizza questa metodologia classificatoria, le forme non giurisdizionali (o "politiche", come sempre sono state definite) di garanzia della costituzione appartengono di pieno diritto al genere della giustizia costituzionale.

Applicando diversi criteri selettivi, nel modello nomocratico di giustizia costituzionale è possibile individuare sub-modelli: ad es., di accesso (diretto-incidentale-misto); di efficacia delle pronunce (*erga omnes-inter partes*; retroattivo-*pro-futuro*); di tempo del giudizio (preventivo-successivo); di parametro (esteso-limitato); di esecuzione (diretta-mediata).

Sulla base della titolarità della funzione di controllo, si propone la seguente classificazione: concentrato, diffuso, diffuso-concentrato, duale o misto, incidentale. La proposta si discosta parzialmente da quella comunemente utilizzata in dottrina, sulla base dei seguenti argomenti.

In primo luogo, si ritiene utile mantenere distinti i modelli diffuso-concentrato e duale. Il primo nasce dall'ibridazione del modello concentrato con quello diffuso, in sistemi di *civil-law* (Angola, Bielorussia, Brasile⁷³, Cile fino alla riforma del

⁷³ Cfr. la giurisprudenza del *Tribunal Supremo Federal* brasiliano: «À vista do modelo dúplice de controle de constitucionalidade por nós adotado, a

2005; El Salvador, Estonia, Grecia, Guatemala, Messico⁷⁴, Nicaragua, Portogallo, Perù attuale, Repubblica dominicana, Venezuela) o misti (Cipro, Sudafrica e Mozambico). La caratteristica che rende autonoma la classe è la condivisione della funzione, in quanto le pronunce di costituzionalità delle corti ordinarie, con efficacia *inter partes*, possono essere impugnate di fronte alla Corte costituzionale/Corte Suprema, al fine di ottenere un orientamento unitario con efficacia *erga omnes*.

Nel modello duale o misto (Colombia e Perù⁷⁵), invece, la funzione di controllo non è condivisa: si dà un sistema in cui coesistono giurisdizioni costituzionali differenti (una di tipo diffuso, l'altra accentrata), senza possibilità di mutua interferenza.

Il sub-modello incidentale assurge a classe autonoma solo nel caso in cui il sistema non preveda altra via di accesso alla Corte. Infatti, in tal caso, l'esclusività dei procedimenti di controllo determina un diverso funzionamento dell'intero sistema, influenzando il processo di decisione della Corte⁷⁶.

admissibilidade da ação direta não está condicionada à inviabilidade do controle difuso» (ADI 3.205, rel. min. Sepúlveda Pertence, *juízo em 19-10-2006*, DJ de 17-11-2006, nonché, in senso analogo DJ del 16-3-2007).

⁷⁴ Il sistema messicano ha subito nel tempo adattamenti che ne hanno profondamente alterato la natura. L'art. 133 Cost. (supremazia costituzionale e controllo di costituzionalità) era stato interpretato dalla Corte Suprema in modo limitativo, ossia attribuendo il controllo di costituzionalità solo al sistema federale in modo concentrato attraverso *amparo*, controversia costituzionale e azione di incostituzionalità. Dopo la sentenza *Radilla Pacheco v. Messico* della Corte interamericana dei diritti umani, del 23 novembre 2009, la Suprema Corte Federale, dovendo introdurre il sindacato diffuso di convenzionalità, ha deciso, per coerenza, di rendere il controllo di costituzionalità diffuso a tutti i giudici, anche locali (*Exp. Varios* 912/2010, par. 33). Cfr. E. Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, 6, <https://archivos.juridicas.unam.mx>.

⁷⁵ Il Perù era prototipo del modello duale per Domingo García Belaunde. Lo sviluppo del sistema ha portato la dottrina, e lo stesso A., a correggere la classificazione verso un modello misto diffuso-concentrato: A. Quiroga León, *Breve historia del derecho procesal constitucional en el Perú*, intervento al III Congresso mondiale di giustizia costituzionale, Bologna, 10-13 ottobre 2017.

⁷⁶ Si pensi, ad es., alla forma delle sentenze del *Conseil* francese, determinata dal ruolo di questo nella forma di governo. Forma che il *Conseil*, con *décisions* N. 2016-539 QPC e 2016-540 QPC, del 10 maggio 2016, «a décidé de moderniser», al fine di «[en] simplifier la lecture [...] et d'en approfondir la motivation» (P. Passaglia, *Lo strano caso del legittimato che legittimò il legittimante: il Conseil constitutionnel e la Costituzione della Quinta Repubblica francese*, in D. Butturini, M. Nicolini (coords), *Giurisprudenza costituzionale e potere democraticamente legittimato*, Vol. II, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, Bologna, 2017, 81).

Nel modello incidentale come unica via di accesso al controllo di costituzionalità (Haiti e Qatar⁷⁷), la titolarità della funzione è condivisa fra le corti ordinarie, nel caso di giudizio (temporaneo) di conformità alla Costituzione della norma, e la Corte costituzionale, che detiene invece il monopolio del giudizio di incostituzionalità.

L'accesso in via incidentale può d'altronde convivere con altre modalità di iniziativa dentro il modello accentrato, quando sono previste forme di azione in via diretta alla Corte costituzionale, come in Italia (nel dettaglio, v. *infra*, Cap. III § 2), oppure nel sub-modello incidentale-preventivo. Si tratta di un nutrito gruppo di sistemi, che prevede come due uniche forme di controllo di costituzionalità la via diretta preventiva e il sistema incidentale, tanto su eccezione delle Corti di vertice quanto di tutti gli ordini giurisdizionali (Algeria, Burkina Faso, Ciad, Costa d'Avorio, Francia, Gibuti, Mali, Marocco, Mauritania, Niger, Repubblica democratica del Congo, Senegal, Togo, Tunisia). Si tratta di un curioso modello di circolazione "andata e ritorno", nato inizialmente puro dall'esperienza francese, imitato dalle *ex* colonie africane, in taluni casi con l'ibridazione incidentale, poi incluso in Francia nella riforma successiva al 2008 e infine nuovamente recepito da alcune delle *ex* colonie.

All'interno del modello pantocratico, l'eterogeneità dei procedimenti previsti e delle rispettive funzioni rende impossibile poter parlare di «modelli» distinti, bensì soltanto di «tipologie», che si può raggruppare, rimanendo fedeli alla prospettiva dei rapporti fra poteri utilizzata per i modelli di giustizia costituzionale, in base all'incidenza sulla forma di Stato piuttosto che su quella di governo. Avremo quindi da una parte: controllo sulla regolarità delle elezioni; controllo sui partiti; controllo sulla revisione costituzionale e sulle leggi costituzionali; controllo sulla proclamazione e permanenza degli stati di eccezione; controllo sull'esercizio della legislazione popolare e sui referendum; controllo sull'autonomia locale; giurisdizione di *reference*; controllo preventivo sui trattati; giurisdizione di *amparo-Verfassungs-*

⁷⁷ Il sistema italiano era stato incluso nella classe nonostante il ricorso in via principale tra Stato e Regioni, sulla base di un giudizio di preferenza della funzione di garanzia dei diritti piuttosto che di quella arbitrale: v. S. Bagni, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli dottrinali*, Bologna, 2007.

beschwerde; controllo sull'esercizio dei diritti individuali. Dall'altra: *impeachment* e alta giustizia penale; verifica delle condizioni di incapacità del Presidente; conflitti tra poteri dello Stato; controlli attinenti al procedimento legislativo (di irricevibilità degli emendamenti e dei progetti di legge, ripubblicazione delle leggi); delimitazione della giurisdizione indigena.

8. Il “controllo di convenzionalità” fra inclusione ed esclusione dai modelli di giustizia costituzionale

Ci si chiede, infine, se sia metodologicamente corretto inserire il controllo di convenzionalità all'interno dei modelli di giustizia costituzionale. Rispondere alla domanda presuppone un chiarimento sul significato dell'espressione «controllo di convenzionalità», la cui paternità deve essere riconosciuta alla Corte interamericana dei diritti umani (CoIDH). Essa è inizialmente riferita al peculiare sistema sovranazionale di tutela creato dalla Convenzione americana sui diritti umani (CIDH) e descrive l'obbligo, per le autorità dei singoli Stati aderenti, di disapplicare il diritto interno contrastante con la Convenzione al fine di assicurare nei singoli ordinamenti la primazia dei diritti umani ivi sanciti⁷⁸.

Si attribuirà qui all'espressione una portata più ampia, che includa le diverse esperienze di tutela sovranazionale dei diritti. Il controllo di convenzionalità assicura quindi la verifica della

⁷⁸ Il controllo di convenzionalità corrisponde a una «obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el corpus juris interamericano; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el corpus iuris interamericano, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno» (E. Ferrer Mac-Gregor, *Control de convencionalidad (sede interna)*, in Ferrer Mac-Gregor, Martínez Ramírez, Figueroa Mejía (coords), *Diccionario*, cit., 233). V. anche E. Rey Cantor, *La Jurisdicción Constitucional y Control de Convencionalidad de las Leyes*, in P.L. Manili (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, Comparado y Transnacional*, Buenos Aires, 2010, 563.

compatibilità di un ordinamento giuridico con le norme sui diritti umani previste da fonti pattizie internazionali. In questo senso, i sistemi principali di garanzia, in quanto dotati di Corti *ad hoc* per il controllo sull'applicazione dei Trattati, sono quelli europeo, interamericano e africano (v. *infra*, Cap. VII § 3)⁷⁹.

Salvo rare eccezioni, in Europa non si parla di “controllo di convenzionalità”, ma piuttosto di tutela multilivello dei diritti⁸⁰, in quanto la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) non prevede, né la Corte è riuscita ad imporre, la immediata disapplicazione del diritto interno non conforme⁸¹. Ciò nonostante, sia la dottrina latinoamericana, sia quella europea tendono a impostare studi comparativi fra i due sistemi regionali e sui rapporti fra Corti sovranazionali e quelle costituzionali nazionali, dando per presupposta la natura comune dei tre istituti (controllo di

⁷⁹ Si v. L. Cappuccio, A. Lollini, P. Tanzarella, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, 2012.

⁸⁰ Cfr., fra molti, A. Ruggeri, *La tutela “multilivello” dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, *Pol. Dir.*, N. 3, 2007, 317 ss.; E. De Marco, *La tutela dei diritti nel quadro del costituzionalismo multilivello*, in G. D'Ignazio (cur.), *Multilevel Constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentralizzati*, Milano, 2011, in part. 129 ss. In Europa parla di “controllo di convenzionalità” L. Jimena Quesada, *Jurisdicción Nacional y Control de Convencionalidad: A Propósito del Diálogo Judicial Global y de la Tutela Multinivel de Derechos*, Pamplona, 2013. Il tema è strettamente collegato al concetto di *multilevel constitutionalism*, introdotto da I. Pernice, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited?*, *Common Market L. Rev.*, N. 36, 1999, 703-750, ripreso e approfondito dalla maggior parte della dottrina costituzionalistica europea.

⁸¹ *Ma v. l'affaire Dumitru Popescu c. Roumanie* (n. 2), 26 aprile 2007, § 104, dove la Corte ha previsto il controllo di convenzionalità, pur concludendo che sia uno strumento utilizzabile per garantire il primato della CEDU, ma non obbligatorio, potendo essere, ad es., sostituito dal sistema di giustizia costituzionale previsto dall'ordinamento: «Or la Cour relève que le statut conféré à la Convention en droit interne permet justement aux juridictions nationales d'écarter [...] les dispositions du droit interne qu'elles jugent incompatibles avec la Convention et ses protocoles additionnels. Le simple fait qu'elles ont choisi, en l'espèce, la voie d'un renvoi à la Cour constitutionnelle – qui statue sur la compatibilité de la loi avec le droit interne dont la Convention fait partie intégrante – et qu'elles n'ont pas elles-mêmes tranché cette question alors qu'il leur était également loisible de le faire, ne saurait en soit entraîner une méconnaissance de l'article 6. Il en va d'autant plus ainsi que ni la Convention en général, ni son article 13 en particulier, ne prescrivent aux Etats contractants une manière déterminée d'assurer dans leur droit interne l'application effective des dispositions de cet instrument».

costituzionalità, *multilevel constitutionalism* e controllo di convenzionalità), sulla base del principio di garanzia massima dei diritti umani, senza dare il giusto rilievo, dal punto di vista sistematico, al fatto che appartengano o meno alla stessa specie, oppure siano due specie dello stesso genere o addirittura due generi diversi⁸². Per rispondere al quesito, è necessario, come s'è fatto per la giustizia costituzionale, indagare il fondamento teorico del controllo di convenzionalità nello Stato costituzionale.

Lucio Pegoraro avverte che la progressiva esternalizzazione del parametro nel controllo di costituzionalità ha fatto venire meno «la giustificazione originaria che induceva gli artefici dei modelli più antichi a giustificare la prevalenza della *higher law* sulla legge ordinaria», in quanto la legittimazione dei trattati non è la medesima di quella della Costituzione. Di conseguenza, «C'è dunque una differenza profonda tra le ragioni giustificative della superiorità della Costituzione (tale da produrre quale conseguenza il controllo di costituzionalità) rispetto a quelle che inducono a parametrizzare i trattati»⁸³. Tenteremo di sviluppare questa osservazione, verificando attraverso la ricerca empirica “se” e “in che modo” i diversi ordinamenti abbiano incorporato il controllo di convenzionalità.

Dopo la Seconda guerra mondiale, il carattere “fondamentale” del diritto internazionale dei diritti umani trova il suo fondamento nel consenso fra Stati, nella convinzione che esso corrisponda a un “diritto naturale universale”, non posto ma pre-posto, una sorta di etica laica che aspira, senza riuscirci, a imporsi

⁸² Ovviamente, ci sono eccezioni: si v., per es., lo studio conclusivo di J. De Miguel Barcena, *La giustizia costituzionale nella teoria della Costituzione europea*, in A. Celotto, J. Tajadura, J. De Miguel Barcena (curs), *Giustizia costituzionale e Unione europea. Una comparazione tra Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna e Portogallo*, Napoli, 2011, 335 ss., che utilizza la stessa prospettiva adottata in testo, applicandola però al rapporto fra sistema costituzionale e ordinamento comunitario; oppure O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010, 453, il quale però muove da una finalità di ricerca distinta. V. ancora G. Martinico, O., Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham/Northampton, 2012.

⁸³ Pegoraro, *Sistemi*, cit., 202. In modo conforme, rispetto all'integrazione europea, Gambino, *Costituzionalismo multilevel, diritti fondamentali e Unione Europea*, in *Multilevel Constitutionalism*, cit., 64 s.

per autoevidenza a tutto il mondo. Esso viene positivizzato nelle convenzioni e nei trattati, ma in principio manca di un legame diretto con il potere costituente, visto che la decisione circa l'adesione dello Stato al Trattato appartiene di norma agli organi esecutivi, e non sempre è assistita da ratifica parlamentare, né tantomeno popolare. Si può invece parlare di una derivazione indiretta dal potere costituente quando l'adesione al trattato è prevista o riconosciuta direttamente in Costituzione. Da un punto di vista metodologico, tuttavia, non è del tutto indifferente il "come" ciò avvenga, in quanto a rigore, si tratta di espressione del potere costituente solo nel caso in cui l'inclusione sia avvenuta *ab origine*, mentre una riforma costituzionale successiva, esercizio di potere costituito, o peggio ancora, l'estensione interpretativa, per via giurisprudenziale, non sarebbero in grado di produrre lo stesso effetto legittimante.

In definitiva, il controllo di convenzionalità può essere assorbito nel controllo di legittimità (modello nomocratico di giustizia costituzionale), nel caso in cui il potere costituente dichiara i trattati sui diritti umani parte integrante della Costituzione.

Quando il recepimento dei trattati in Costituzione non avviene in fase costituente, e ancor più quando il rango loro attribuito è infracostituzionale, la funzione sistemica prevalente, essendo il parametro un atto normativo non proveniente dal potere legislativo interno, si sposta verso il rafforzamento della tutela dei diritti umani, e quindi sulla definizione della forma di Stato (modello pantocratico di giustizia costituzionale).

Infine, quando il diritto internazionale sui diritti umani si affianca al potere costituente, a volte pretendendo di sostituirsi a esso, il controllo di convenzionalità ha un fondamento teorico distinto da quello di costituzionalità, per cui i due istituti appartengono a generi diversi⁸⁴. Quest'ultimo caso, come si vedrà (*infra*, cap. VII), è esemplificato dal sistema interamericano dei diritti umani, che attraverso la giurisprudenza della CoIDH⁸⁵, e quindi con forma e limiti non prevedibili *a priori*,

⁸⁴ Sulla necessità di una nuova *public law theory of international adjudication* che tenga conto del controllo di convenzionalità v. A. Von Bogdandy, I. Venzke, *In whose name?: A public law theory of international adjudication*, Oxford, 2014.

⁸⁵ Riconosce apertamente che nel Patto non c'era alcuna traccia della dottrina del controllo di convenzionalità il giudice della Corte Eduardo Ferrer

ha imposto una delega in bianco sulla futura definizione del contenuto della Costituzione e dell'esercizio del potere costituente, affidandolo a un organo che non ha diretta derivazione popolare, e la cui legittimazione democratica è addirittura di terzo grado, venendo eletti i giudici della Corte dall'Assemblea della Organizzazione degli Stati americani (OAS). Anche qualora il Trattato avesse *ab origine* incluso un sistema di controllo di tale pervasività, dal punto di vista della teoria costituzionale non sarebbe accettabile una subordinazione totale dell'ordinamento interno a quello internazionale, in quanto il potere costituente non è delegabile, proprio in virtù della sua diretta legittimazione popolare. Lo spiega con molta chiarezza Locke, parlando del momento originario in cui si stabilisce a chi spetta il potere legislativo, come «the first and fundamental natural law which is to govern even the legislative»:

This legislative is not only the supreme power of the commonwealth, but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it. Nor can any edict of anybody else, in what form soever conceived, or by what power soever backed, have the force and obligation of a law which has not its sanction from that legislative which the public has chosen and appointed; for without this the law could not have that which is absolutely necessary to its being a law, the consent of the society, over whom nobody can have a power to make laws but by their own consent and by authority received from them⁸⁶

Siamo dunque al di fuori dell'ottica di protezione del rapporto tra potere costituente popolare e altri poteri, che abbiamo identificato come fondamento della giustizia costituzionale, e per questo sosteniamo che ontologicamente il controllo di convenzionalità maturato dalla giurisprudenza della CoIDH non possa essere considerato come una specie di giustizia costituzionale⁸⁷. Dovrebbe essere considerato un modello autonomo di

Mac-Gregor in *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*, <https://archivos.juridicas.unam.mx>.

⁸⁶ J. Locke, *Two Treatises of Government, A New Edition, Corrected, In Ten Volumes*, V, London/Dublin, 1823, www.yorku.ca.

⁸⁷ Cfr. V. Bazán, *En torno al control de convencionalidad*, in M. Maldonado Muñoz (ed.), *Ruptura N. 54*, Quito, 2011, 39, considera i controlli di convenzionalità e costituzionalità complementari.

garanzia dei diritti umani, che necessita di una propria dogmatica in relazione alla sua legittimazione e alla sua convivenza con la forma di Stato costituzionale di diritto.

Ci si sposta così dal terreno tradizionale del confronto fra giurisdizione costituzionale e titolari delle funzioni di decisione politico-normativa: dalla politicità delle scelte costituzionali si scivola a forme tecniche di legittimazione, le quali, peraltro saranno meno controllabili proprio perché rinviano a un luogo *altro* rispetto a quello nel quale opera il politico – un luogo che è lo spazio de-localizzato del dialogo globale tra giurisdizioni costituzionali.

In questo nuovo paradigma⁸⁸, la natura di “legge fondamentale” dei trattati sui diritti umani si giustifica attraverso il consenso degli Stati circa l’universalità di tale concetto. A questo punto, l’affermazione dei diritti prescinde dalla legittimazione dell’organo o dalla fonte che li recepisce nel diritto interno: il principio cardine che regola le relazioni reciproche fra i due sistemi di garanzia è quello della prevalenza del sistema (non già della sola fonte) che assicura la tutela maggiore⁸⁹.

9. Riepilogo e piano dell’opera

L’Introduzione ha preso le mosse dalla definizione dell’oggetto di studio e ha chiarito cosa si intenda con “giustizia costituzionale”. Attraverso il confronto con l’espressione latino-americana “derecho procesal constitucional”, in particolare, è stata difesa l’autonomia didattica e scientifica della materia (§ 1). Si è poi proceduto all’individuazione del “nucleo duro” della giustizia costituzionale, consistente nel raffronto, da chiunque operato, tra la Costituzione e altre norme a questa sotto-ordinate.

⁸⁸ Ferrer Mac-Gregor, *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*, cit., 188.

⁸⁹ Sul rapporto diritti costituzionali-diritti umani derivanti da trattati in Brasile, cfr. R. de Figueiredo Caldas, *O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil*, *An. Der. Const. Latinoam.*, N. 13, 2013, 397: «A definição de qual norma deve prevalecer, interna o internacional, não se baseia na superioridade hierárquica, mas na superioridade substancial. Em outras palavras, deve prevalecer aquela norma que conferir a proteção mais ampla ao ser humano...». Nogueira Alcalá, *Diálogo interjurisdiccional*, cit., 548, parla di «orden público común interamericano», che nessuno Stato può violare.

Tale definizione abbraccia un concetto ampio di controllo di costituzionalità, che si fonda sulla funzione, e non meramente sulla forma, giurisdizionale o politica, dell'organo che la esercita (§ 2). Successivamente, si è difeso l'approccio comparatistico allo studio della disciplina, evidenziandone in particolare gli apporti nella costruzione di modelli, nella rilevazione dei flussi circolatori di idee e istituti, nella classificazione dei sistemi (§ 3).

Sono stati quindi indicati i criteri maggiormente utilizzati in dottrina per classificare i sistemi di giustizia costituzionale (§ 4). Sono state fornite le ragioni che giustificano un allontanamento dalla modellistica tradizionale e le coordinate metodologiche seguite per una nuova proposta ordinatoria. Quest'ultima si basa su un giudizio di prevalenza delle funzioni sistemiche che gli istituti svolgono all'interno dell'ordinamento costituzionale, raggruppabili in controllo di legittimità degli atti normativi, controllo di sovranità e controllo di convenzionalità (§ 5). La classificazione applica la logica multivalente, che permette di disporre ciascun sistema in punti intermedi fra un modello minimo di giustizia costituzionale, definito nomocratico, e uno potenziato o totale, chiamato pantocratico (§ 6). Procedendo con un metodo classificatorio ispirato alla *fuzzy set theory*, è stato possibile scomporre ulteriormente i due modelli in sottoclassi e tipologie, selezionando criteri distintivi pertinenti, tra i quali la natura dell'organo che esercita il controllo. Si tratta dell'unico criterio comune e permette dunque di creare una tassonomia della giustizia costituzionale (§ 7). Infine, si è ragionato sulla relazione fra controllo di costituzionalità e controllo di convenzionalità, anticipando la tesi per cui il sistema interamericano debba essere considerato un genere distinto dalla giustizia costituzionale, che necessita di una propria e autonoma dogmatica giuridica (§ 8).

La struttura del volume dà svolgimento alle fondamenta appena tracciate. Esso si divide in quattro parti. Le prime tre corrispondono alle funzioni sistemiche prevalenti svolte dagli istituti di giustizia costituzionale all'interno degli ordinamenti giuridici statuali: il controllo di legittimità degli atti normativi subordinati alla Costituzione (Parte I); la funzione di arbitrato nell'esercizio dei poteri sovrani (Parte II); il controllo di convenzionalità, vale a dire l'applicazione del diritto internazionale dei diritti umani accanto, o a volte al di sopra, dei diritti costituzionali (Parte III). La Parte IV chiude il volume con alcune riflessioni sulla compatibilità della giustizia costituzionale con la forma di Stato democratica e costituzionale di diritto.

Nella Parte I, il Capitolo I è dedicato a un'analisi dello sviluppo del modello nomocratico di giustizia costituzionale, dalle sue remote origini storiche all'apparizione dei principali modelli euristici (giurisdizionale diffuso statunitense, accentrato kelseniano, giurisdizionale incidentale, politico francese e nordico). Il Capitolo II è dedicato alla diffusione della giustizia costituzionale nei Paesi decolonizzati e alla circolazione e ibridazione dei modelli esemplari. Il Capitolo III si sofferma sulle variabili del modello nomocratico, selezionandone gli elementi costitutivi pertinenti (accesso, oggetto, parametro, effetti, esecuzione).

Nella Parte II sono analizzate nel dettaglio le differenti tipologie di controllo di sovranità nel modello pantocratico, raggruppate a seconda della loro incidenza sul tipo di Stato (Cap. IV), sulla forma di Stato (Cap. V) e sulla forma di governo (Cap. VI).

Nella Parte III, il Capitolo VII riprende la problematizzazione della natura del controllo di convenzionalità all'interno della teoria costituzionale, anticipata nell'Introduzione al § 8. Si approfondiscono le motivazioni che militano a favore di un inquadramento autonomo e originale di alcuni istituti, in ragione dell'impossibilità di ricondurre la loro legittimazione al consenso popolare attorno al patto costituente. Infine, si descrivono i sistemi inter- e sovra-nazionali di protezione dei diritti umani attualmente consolidati (quelli europei e quello interamericano). Nella Parte IV, partendo dalla considerazione che il *deficit* di legittimazione resta il tallone di Achille della giustizia costituzionale, il Capitolo VIII è dedicato a istituti che vengono considerati come strumenti di compensazione rispetto alla carenza di responsabilità degli organi giurisdizionali di giustizia costituzionale nei confronti del popolo (criteri di nomina dei giudici costituzionali; motivazione delle pronunce, con particolare riferimento all'uso dell'argomento di diritto straniero e comparato e alle opinioni separate; apertura del processo alle forme della *deliberative democracy*).

PARTE I

LA FUNZIONE DI GARANZIA DEL PRINCIPIO
DI GERARCHIA TRA LE FONTI

CAPITOLO I

LA DEFINIZIONE DEI MODELLI ESEMPLARI

Sommario: 1. Il metodo storico-comparativo nella ricostruzione dei modelli esemplari. – 2. Gli antichi precedenti del controllo di costituzionalità. – 3. Alle radici del controllo giurisdizionale: l’Inghilterra medievale. – 4. Il *Bonham’s Case* e i prodromi della *judicial review of legislation*. – 5. La “migrazione” della *judicial review of legislation*: il controllo nomocratico nelle Colonie e negli Stati Uniti d’America. – 6. Da “accentrato” a “diffuso”: genesi ed evoluzione del sindacato di legittimità costituzionale negli Stati Uniti d’America. – 7. Controllo di costituzionalità o privilegio del legislatore? Il dilemma rivoluzionario francese e del costituzionalismo europeo del XIX secolo. – 8. La sovranità del Parlamento nel Regno Unito e il controllo di costituzionalità del JCPC nelle Colonie. – 9. Il caso norvegese. – 10. Le prime forme di giustizia costituzionale nel continente ibero-americano, antesignane del modello kelseniano. – 11. Costituzionalismo *fin de siècle* ed *entre deux guerres*. L’opera di Kelsen. – 12. La breve esperienza del *Tribunal de garantías constitucionales* spagnolo del 1931, come forma esemplare per le Costituzioni delle *ex* colonie.

1. Il metodo storico-comparativo nella ricostruzione dei modelli esemplari

L’analisi comparata del controllo nomocratico muove dalla storia della giustizia costituzionale. La tematica è stata già accostata evidenziando come l’elaborazione dei principali modelli di giustizia costituzionale sia avvenuta partendo da esperienze storiche: la *judicial review* statunitense e la *Verfassungsgerichtsbarkeit* europeo-kelseniana (*supra*, Introduzione, § 4).

Il metodo storico-comparativo si rivela funzionale a una miglior comprensione del diritto costituzionale positivo. Lo evidenziava già Maitland: «History involves comparison, and the ... lawyer who knew nothing and cared nothing for any system

but his own hardly came in sight of the idea of legal history»¹. È evidente che tale metodo restituisce agli istituti di giustizia costituzionale una profondità che ne svela radici culturali, precedenti, fasi di evoluzione, circolazione e recezione.

La dottrina rassegna innanzitutto i principali “modelli” di giustizia costituzionale, intendendo con questa espressione i modelli storici esemplari², dove lo stesso idealtipo (o modello) esemplare viene costruito per astrazione dal modello “storico”³. Lo conferma la letteratura anglosassone, che esamina le radici del modello esemplare a “sindacato diffuso” – che altro non è che quello storicamente praticato negli Stati Uniti d’America⁴. La letteratura continentale s’interroga sul rapporto tra modello ideale kelseniano in sistemi di giustizia costituzionale storicamente praticati⁵. Mancano, ad es. ricerche sistematiche che va-

¹ F. W. Maitland, *Why the History of English Law is Not Written: An Inaugural Lecture delivered in the Art School at Cambridge on 13th October 1888*, Cambridge, 1888, 11, discusso da T.F.T. Plucknett, *Maitland’s View of Law and History*, *Law Quart. Rev.*, Vol. 67, 1951, 179 ss. V. altresì G. Criscuoli, M. Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2016, 51 ss.

² Pizzorusso, *Giustizia costituzionale*, cit., 687; Drago, *Contentieux*, cit., 43 ss.; Fombad, *An Overview*, cit., 18 ss.; Pegoraro, *Sistemi*, cit., 29 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016⁵, 1 ss. La dottrina muove dalla modellistica tradizionale anche quando formula nuove proposte classificatorie: v., ad es., G. Tusseau, *Contre le «modèles» de justice constitutionnelle. Essai de critique methodologique*, Bologna, 2009, 17 ss.; L. Pegoraro, *Hacia una nueva sistemática de los modelos de justicia constitucional*, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 18, 2015, 1 ss.

³ Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale*, cit., 521. Sul modello esemplare v. L. Pegoraro, *I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistemática dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell’arretrato*, in R. Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, 1991, 185.

⁴ E. S. Corwin, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, *Harvard L. Rev.*, Vol., 42, N. 2, 1928, 149 ss.; C. F. Mullett, *Medieval English Law and the American Revolution*, *Virginia L. Rev.*, Vol. 20, N. 5, 1934, 523 ss.; M. Cappelletti, J. C. Adams, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, *Harvard L. Rev.*, Vol. 79, N. 6, 1966, 1207 ss.; G. L. McDowell, Coke, *Corwin and the Constitution: The “Higher law Background” Reconsidered*, *Rev. of Politics*, Vol. 55, N. 3, 1993, 393 ss.

⁵ Cappelletti, Adams, *Judicial Review*, cit., 1207 ss. V. altresì G. Jellinek, *Una Corte costituzionale per l’Austria*, a cura di E. Palici di Suni, Torino, 2013. Sulle radici del modello kelseniano v. F. Koja, *Il concetto di costituzione di Hans Kelsen e lo sviluppo del diritto costituzionale austriaco*, *Dir. Soc.*, 1981, 97 ss.; C. Grabenwarter, *Der österreichische Verfassungsgerichtshof*, in *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Vol. VI, Heidelberg, 2016, 430 ss.;

lutino l'incidenza del modello austriaco sulle origini dei sistemi misti italiano, tedesco e spagnolo: non va infatti dimenticato che il modello ideale kelseniano è divenuto un sistema storico (non più quindi solo euristico) con la Costituzione austriaca del 1920 e a parziale accesso diffuso con la *Verfassungsnovelle* del 1929 e con il *Tribunal de Garantías Constitucionales* della Costituzione della II Repubblica Spagnola del 1931⁶.

Ancora, l'indagine storica evidenzia le ragioni che hanno giustificato l'adozione della giustizia costituzionale – o le ragioni del rigetto, come accaduto nel periodo liberale (v. *infra*, § 7). Inoltre, essa individua le ragioni giuridiche che hanno favorito la circolazione e l'adozione dei modelli esemplari.

I sistemi contemporanei sono spesso l'esito di un'evoluzione storica, nella quale i modelli recepiti sono stati adattati alle esigenze del contesto locale. Ciò è avvenuto nelle *ex* colonie francesi, che hanno recepito il sistema di controllo della Madrepatria nei rispettivi assetti costituzionali post-coloniali⁷. Infine, il binomio storia-comparazione legittima modelli e criteri di classificazione adottati; dà conto delle ragioni poste a fondamento delle soluzioni prescelte nei differenti ordinamenti.

La ricerca comparatistica ha due obiettivi ulteriori. Il contributo della storia allo studio della giustizia costituzionale consente di riflettere sulla tenuta delle classificazioni su cui poggia la modellistica tradizionale. È questione dell'*origine* dei sistemi dai quali sono tratti i modelli di giustizia costituzionale (origine, quindi, che incide sulla loro circolazione e recezione). Qui, solitamente, lo studioso riceve dalle generazioni che lo hanno preceduto le classificazioni, nelle quali (non nella storia) rinviene l'origine degli attuali modelli di giustizia costituzionale.

A fronte di tale *mainstream narrative*, ci si dimentica che la comparazione giuridica è «scienza critica» con «finalità conoscitive autonome»⁸, chiamata a verificare quando è tempo di *mu-*

A. Gamper, F. Palermo, *The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review*, in *Constitutional Courts. A Comparative Study*, London, 2009, 31 ss.

⁶ Cruz Villalón, *La formación*, cit.

⁷ Fombad, *An Overview*, cit., 28 ss.; S. H. Adjolohoun, *Centralized Model of Constitutional Adjudication. The Constitutional Court of Benin*, in Fombad (ed.), *Constitutional Adjudication in Africa*, cit., 53 ss. Per una valutazione critica della circolazione e recezione del modello francese si v. Pegoraro, *Sistemi*, cit., 63 ss.

⁸ Cfr., rispettivamente, A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*,

tare prospettiva nella lettura dei fenomeni giuridici. Essa pertanto accerta se le classificazioni ricevute siano coerenti con l'evoluzione storica che le ha prodotte – o al contrario, se la creazione dei modelli esemplari non sia frutto di una mediazione scientifica che ha reinterpretato i materiali normativi. L'indagine storica è quindi fondamentale per confermare o smentire la lettura eventualmente data all'evoluzione degli istituti della giustizia costituzionale. Come si vedrà, ad es., vi è una sostanziale continuità tra la giurisdizione coloniale del *Privy Council* e quella costituzionale statunitense. Di più: il modello storico di quest'ultima – almeno nelle intenzioni dei *framers* – era più vicina al controllo accentrato (v. *infra*, § 6).

La realtà è più complessa delle classificazioni giuridiche, e spesso fatica a essere inquadrata in classificazioni dicotomiche (concentrato/diffuso; politico/giurisdizionale; ecc.) dei modelli di giustizia costituzionale⁹. La *duttilità* delle categorie dipende, infatti, dalla varietà delle soluzioni e dalla necessità che il modello, per conservare prescrittività, sappia candidarsi a effettiva sintesi logica della realtà secondo categorie giuridiche¹⁰.

Un secondo obiettivo della ricerca comparatistica è il ruolo della riflessione politica, filosofica e giuridica in materia di giustizia costituzionale. La giurisdizione costituzionale è un prodot-

Roma-Bari, 2014, 45 e L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, 2007, 23. Cfr. altresì H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, *Rev. int. dr. comp.*, N. 3, 2000, 503 ss.; Id., *Further Terrains for Subversive Comparison: The Field of Global Governance and the Public/Private Divide*, in P. G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law: An intellectual overview*, Cheltenham-Northampton, 2012, 270 ss.

⁹ Cfr. Drago, *Contentieux*, cit., 42 ss.; Tusseau, *Contre les «modèles»*, cit., 17-24; Id., *Oltre i “modelli” di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatica*, in S. Bagni (cur.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, 2013, 23 ss.; e Id., *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, 2021; F. Fernández Segado, *Alla ricerca di una nuova tipologia di sistemi di giustizia costituzionale*, in S. Bagni (cur.), *Giustizia costituzionale comparata*, cit., 47 ss.; L. Pegoraro, *Elementi determinanti ed elementi fungibili nella costruzione dei modelli di giustizia costituzionale*, in Id., *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Bogotá, 2011, 317 ss.; Id., *Hacia una nueva sistemática*, cit., 2 ss.; M. Carpentier, *Pour de nouveaux «modèles» de justice constitutionnelle*, *R.I.D.C.*, N. 1, 2016, 1-41.

¹⁰ Cfr. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 164 ss. Sulle categorie “duttili” e la *fuzzy sets theory* v. *supra* Introduzione, § 6; S. Bagni, *Scienza comparatistica e classificazioni dei sistemi di giustizia costituzionale: riflessioni introduttive*, in Id. (cur.), *Giustizia costituzionale comparata*, cit., 16 ss.

to della modernità giuridica e del costituzionalismo maturato con le rivoluzioni del XVII-XVIII secolo.

Si potrebbe obiettare che la giustizia costituzionale presupponga sempre una costituzione (scritta e rigida), per cui se ne potrebbe parlare solo muovendo dalle rivoluzioni (e costituzioni) americana e francese. Le esperienze anteriori apparterrebbero, dunque, alla “preistoria” del costituzionalismo.

Ancora, se il controllo di costituzionalità è “prodotto” del costituzionalismo liberale, legato al riconoscimento giuridico delle libertà fondamentali in un contesto istituzionale a separazione dei poteri, si dovrebbe affermare l'impossibilità di assimilare alla giustizia costituzionale degli Stati di democrazia liberale le esperienze affermatesi nell'ambito di differenti forme di Stato o di organizzazione del potere pre-statali: l'epoca classica, il periodo coloniale, i regimi dittatoriali.

Circa la prima obiezione, va ricordato che l'idea di legge fondamentale precede quella di costituzione. È con la sua giuridicizzazione che avviene il passaggio da un sistema di privilegi a uno di diritti, ma le esperienze precedenti, seppur di scarso rilievo pratico, hanno contribuito all'elaborazione del formante culturale garantista che fa da sfondo al costituzionalismo.

Considerare la giustizia costituzionale un mero “prodotto” del costituzionalismo liberale oscura, ad esempio, i numerosi momenti di continuità fra la tradizione giuridica inglese e l'affermazione della *judicial review of legislation* negli Stati Uniti¹¹. Inoltre, riduce la giustizia costituzionale a un insieme di congegni normativi, dimenticando che tali congegni hanno tradotto in termini giuridici un patrimonio di principi, valori, riflessioni già rinvenibili in epoca classica e (ancor più) nel medioevo inglese. Sono principi che, prima della modernità giuridica, avevano consentito di riflettere sulla subordinazione del potere al diritto e sulla necessità di prevedere congegni di limitazione del potere sovrano – riflessione, com'è noto, poi perfezionata dal costituzionalismo e codificata nelle prime costituzioni rivoluzionarie.

In tali riflessioni si assegnerà alla costituzione il significato

¹¹ Cfr. *supra*, nota 5. Sui legami tra tradizione giuridica inglese e *judicial review of legislation* negli Stati Uniti v. altresì T. F. T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, *Harvard L. Rev.*, Vol. 40, N. 1, 1926, 49 ss. e *infra*, §§ 4-5.

prescrittivo di strumento limitativo del potere in favore dei governati. Con la rivoluzione americana, poi, la forza prescrittiva dei principi del costituzionalismo sarà riversata in norme giuridiche dotate di forza superiore (la *fundamental* o *higher law* derivata dalla tradizione di *common law*) a quella delle leggi ordinarie.

In definitiva, ragionare di giustizia costituzionale significa anche radicare nei principi del costituzionalismo gli istituti di diritto positivo che inverano la concezione “moderna” di costituzione (*supra*, Introduzione, § 2). Il congegno normativo “giustizia costituzionale” è operativo perché la forma costituzionale si alimenta non di mera tecnica normativa, ma di due fra i principi del costituzionalismo: la rigidità costituzionale e la giustiziabilità della *fundamental law*.

Quanto alla seconda obiezione – la non assimilabilità alla giustizia costituzionale di istituti analoghi previsti in Costituzioni senza costituzionalismo o in ordinamenti pre-statali –, basta ribadire quanto già evidenziato. L’approccio metodologico prescelto, basato sulla funzione dell’istituto e non sulla mera forma della costituzione, consente di esaminare qualsiasi istituto che realizzi un controllo gerarchico e competenziale, a prescindere dal contenuto valoriale delle disposizioni parametro¹².

Al fine di individuare il ruolo della funzione storicamente assolta dalla giustizia costituzionale conviene quindi esaminare i precedenti antichi (§2) e quelli dell’Inghilterra medievale (§ 3) nei quali l’idea di *fundamental law* e di limitazione-giustiziabilità degli atti del potere pubblico delineano, seppur embrionalmente, i presupposti per parlare di costituzione e di giustizia costituzionale.

2. Gli antichi precedenti del controllo di costituzionalità

Uno dei primi casi di conflitto fra legge fondamentale e potere tirannico che la letteratura ci ha consegnato è quello fra Antigone e Creonte nella tragedia di Sofocle¹³. Il conflitto è citato

¹² La comparabilità, a livello macro, di ordinamenti appartenenti a forme di Stato differenti è ormai riconosciuta dalla dottrina: v., ad es., R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 2015, 18.

¹³ Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., 62.

anche nella *Rhetorica* di Aristotele come esempio di contrasto tra la legge scritta e quella non scritta: «E l'equo resta sempre e non cambia mai, e neppure la legge comune (giacché è secondo natura); invece le leggi scritte cambiano spesso per cui sono state dette le parole che si trovano nell'Antigone di Sofocle; Antigone cioè si difende in quanto seppelli contro la legge di Creonte, ma non contro la legge non scritta»¹⁴.

L'idea di una gerarchia tra norme, basata sulla loro maggiore o minore conformità al giusto e al vero, vertebrata il pensiero occidentale fin dall'antichità¹⁵. Tuttavia, la *natura non scritta* della legge fondamentale e la sua derivazione divina differenziano questo rapporto di supremazia rispetto a quello fondato sul costituzionalismo liberale. I riferimenti storici sono numerosi. Molto citato è ad esempio il passo di Cicerone nel *De Re Publica*, dove il diritto naturale, proprio perché di origine divina, è indicato come superiore a qualsiasi legge scritta¹⁶.

Nel Medioevo, sarà Bracton (v. *infra*, § 3) ad affermare la subordinazione del sovrano alla legge (*The king must not be under man but under God and under the law*) poiché «there is no rex where will rule rather than lex. Since he is the vicar of God». Come ben evidenziano Maitland e Pollock, la *lex* (o *law*) cui Bracton si riferisce è sia il diritto inglese (*ius et consuetudo regni*), sia quello promanante da Dio: secondo la visione tipica nel Medioevo cristiano, infatti, tradizione e legge vengono a sovrapporsi¹⁷.

Nel 1368, sotto il Regno di Edoardo III, viene approvata la *Observance of due Process of Law*¹⁸, con la finalità di predisporre le adeguate garanzie per chi veniva colpito da accusa

¹⁴ Aristotele, *Rhetorica*, I, 1375, 30 ss. V. anche l'analisi di C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Vicenza, 1956, 45 (titolo originale: *Constitutionalism ancient and modern*, New York, 1940).

¹⁵ McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, cit., 25 ss.

¹⁶ Cicerone, *De Re Publica*, III, 22.

¹⁷ «We must see what law is. Law is a general command, the decision of judicious men, the restraint of offences knowingly or unwittingly committed, the general agreement of the *res publica*. Justice proceeds from God, assuming that justice lies in the Creator, [*jus* from man], and thus *jus* and *lex* are synonymous». Cfr. *Bracton on line*, Harvard Law School Library, bracton.law.harvard.edu. Cfr. F. Pollock, F. W. Maitland, *The History of English Law: Before the Time of Edward I*, ed. S. M. C. Milsom, Cambridge, 1968, I, 175.

¹⁸ 42 Edw. III c. 3. Cfr. J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford, 2019⁵, 60, 105.

per *mischiefs and damages*: «It is assented and accorded, for the good Governance of the Commons, that no Man be put to answer without Presentment before Justices, or Matter of Record, or by due Process and Writ original, according to the old Law of the Land: And if any Thing from henceforth be done to the contrary, it shall be void in the Law, and holden for Error». Analoga disposizione si rinviene nella *Magna Charta* e nella *Charter of the Forest*¹⁹. È la formalizzazione della limitazione del potere regio e della sua sottoposizione alla *common law constitution*, che prelude al controllo di “costituzionalità” sperimentato tre secoli più tardi da Coke per le ipotesi di contrasto tra *proclamation* del Sovrano, legge del Parlamento e *Law of the Land*.

È ancora assente la predisposizione di un rimedio per sciogliere tali contrasti: «Lacking the institutional equipment to make good its claims except very haphazardly [...] the conception [of higher law] still remained, after all the confident asseverations of generations of writers, relatively vague and ineffective, and altogether incapable [...] of repelling despotism»²⁰. Manca, cioè, la nozione “moderna” di costituzione, che reagisce alla violazione della propria superiorità per opera dei pubblici poteri nelle forme del sindacato di costituzionalità. Come per Antigone, l'unica possibilità di reazione nei confronti di una norma incostituzionale resterà la sua disapplicazione *puntuale*.

Ciò non significa che, nel corso del tempo, vari istituti siano stati prospettati dai giuristi, e in qualche caso sperimentati, per rendere *justiciable* la legge superiore²¹.

Nell'Atene di Clistene (507 a.C.), «ho boulomenos» ossia «ogni cittadino che lo volesse» aveva il diritto di farsi promotore di leggi (*nomos*), decreti (*psephismata*)²² e azioni giudiziarie, nei confronti dei principali organi della *polis*: il Consiglio dei

¹⁹ Magna Carta 1215 cl. 39 (1225, c. 29). Cfr. L. May, *Global justice and due process*, Cambridge/New York, 2011, 30; J. Baker, *The Reinvention of Magna Carta 1216-1616*, Cambridge, 2016, 47 ss., 249 ss.

²⁰ E. S. Corwin, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Ithaca, N.Y., 1955, 22.

²¹ Cfr. nuovamente Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., 316 s.

²² Hansen ricorda come la distinzione di significato tra i due concetti risalgia al IV secolo: il *nomos* era una legge di durata illimitata; *psephisma*, invece, era una norma particolare, che perdeva efficacia una volta attuata. M. H. Hansen, *La democrazia ateniese nel IV secolo a.C.*, trad. it., Milano, 2003 (titolo originale: *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes: Structure, Principles and Ideology*, Oxford-Cambridge, 1991, 242).

500 (*boulé*), che affiancava l'Assemblea (*ekklesia*), il Tribunale popolare e il collegio degli Strateghi. All'inizio del quarto secolo venne istituito un nuovo organo, i *nomothetai*, composto da un numero variabile tra 500 e un migliaio di cittadini sorteggiati fra coloro che avevano pronunciato il giuramento eliastico, come i membri del Tribunale popolare.

Dopo la restaurazione della democrazia nel 403 a.C., venne assegnato loro il compito di codificare le antiche leggi di Draconte e Solone, e successivamente divennero l'unico organo legislativo, sostituendo l'Assemblea per quanto riguardava l'emanazione di *nomoi* (leggi). Contemporaneamente, si determinò un rapporto gerarchico fra *nomoi* e *psephismata*, per cui i decreti anteriori a nuove leggi con essi in contrasto venivano automaticamente dichiarati nulli dai magistrati, mentre decreti approvati in contrasto con leggi vigenti potevano essere annullati attraverso la procedura della *graphé paranómon*²³.

I giuristi indicano spesso questo istituto come una sorta di controllo di costituzionalità *ante litteram*, tuttavia gli storici attribuiscono all'azione finalità parzialmente diverse. Innanzitutto, la *graphé* era un'azione per incostituzionalità proponibile contro *psephismata*, mentre per i *nomoi* esisteva una procedura distinta esperibile per contrarietà agli interessi dello Stato²⁴. In entrambi i casi, l'azione veniva sollevata contro i promotori dell'atto, e aveva lo scopo di punire gli oratori che avevano ingannato il popolo riunito nell'organo legislativo, convincendolo a votare un provvedimento contrario alle leggi, o politicamente inopportuno, in quanto non corrispondente al bene pubblico. Dunque, lo scopo dell'azione era di giustizia politica avverso una classe dirigente potenzialmente corrotta, anche se tra gli effetti della procedura c'era comunque l'espulsione del provvedimento dall'ordinamento.

La *graphé* era più propriamente un controllo di legalità, in quanto motivo dell'impugnazione era il mancato rispetto di procedure o l'assenza di requisiti previsti dalla legge. La maggio-

²³ Hansen afferma che la prima *graphé* di cui abbiamo testimonianza è databile al 415 a.C.: Hansen, *La democrazia ateniese*, cit., 303.

²⁴ M.H. Hansen, *Graphé paranomon. La sovranità del Tribunale popolare ad Atene nel IV secolo a.C. e l'azione pubblica contro proposte incostituzionali*, Torino, 2001, 15 e 56 (titolo originale: *The Sovereignty of the People's Court in Athens in the Fourth Century B.C. and the Public Action against Unconstitutional Proposals*, Odense, 1974).

ranza delle fonti storiche pervenute riguarda azioni proposte contro decreti per onorificenze personali, per le quali si riteneva indegno l'omaggiato. L'organo giudicante, il Tribunale, era di estrazione popolare, come l'*ekklesia*, per cui il procedimento concedeva essenzialmente al "legislatore" una seconda opportunità di riflettere sui provvedimenti normativi, funzionando un po' come una seconda Camera²⁵. È interessante rilevare come la *graphé* potesse essere preventiva o successiva rispetto all'approvazione del decreto e che, in caso di giudizio preventivo che si concludesse per la conformità del decreto alla legge, si ritiene che i giudici acquisissero il potere di decidere anche sull'opportunità del provvedimento, esautorando in questo modo le attribuzioni dell'Assemblea²⁶. Il ruolo della *graphé* risultava quindi determinante per la definizione della democrazia ateniese in modo diverso da come la giustizia costituzionale contemporanea incide sulla forma di governo, in quanto all'epoca l'organo che emanava l'atto e quello che doveva giudicarne la legittimità avevano la medesima legittimazione popolare²⁷.

3. Alle radici del controllo giurisdizionale: l'Inghilterra medievale

La nozione di legge superiore e la necessità di dotare la "moderna" concezione di costituzione di rimedi processuali che la rendano *justiciable* rispetto all'operato dei pubblici poteri sono alla base dei principi (v. *supra*, § 1) che rendono giuridica-

²⁵ Hansen, *La democrazia ateniese*, cit., 227-229; M. I. Finley, *La democrazia degli antichi e dei moderni*, nuova ed. con un saggio sulla «Censura nell'antichità classica», Roma-Bari, 1982, 27 e 84, titolo originale: *Democracy ancient and modern*, Cambridge, 1972; M. Schwartzberg, *Was the Graphe Paranomon a Form of Judicial Review?*, *Cardozo L. Rev.*, Vol. 34, 2013, 1059 s.

²⁶ Hansen, *Graphe paranomon*, cit., 68 e 123.

²⁷ Tra i prodromi della giustizia costituzionale in Grecia sono spesso richiamati gli Efori di Sparta. Era un'istituzione intermedia fra magistratura di controllo e *Difensor del Pueblo*, avendo come scopo quello di verificare il corretto operato di cariche pubbliche, non di controllare norme: M. Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità sulle leggi*, Milano, 1957, 6 e 15 per la figura, simile all'*Ombudsman*, degli "avogadori" della Repubblica di Venezia (XII sec.), che potevano *intromettere* un atto normativo ritenuto illegittimo, anche su ricorso dei cittadini, provocandone la sospensione. Cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 15-19.

mente operativa la “giustizia costituzionale”: la rigidità costituzionale e, appunto, la giustiziabilità della *fundamental law*.

Le acquisizioni sono rilevanti per definire il primo modello “esemplare” di giustizia costituzionale: quello giudiziario. Com’è noto, questo si articola nelle varianti del sindacato diffuso e accentrato²⁸. Il primo è una fase dell’ordinaria attività processuale; nell’esercizio della funzione giurisdizionale, ogni giudice è abilitato a sindacare la legittimità costituzionale della legge rilevante ai fini della risoluzione della controversia portata alla sua cognizione. Il contrasto tra costituzione e legge è apprezzato direttamente dal giudice (eventualmente su istanza delle parti processuali costituite) che provvede alla disapplicazione della legge incostituzionale e all’applicazione diretta della costituzione. Saranno poi altri congegni operanti nell’ordinamento ad assicurare l’estensione *erga omnes* della dichiarazione d’illegittimità costituzionale. Il secondo modello è detto concentrato (o autonomo), poiché riserva la decisione sulla legittimità costituzionale a un organo *ad hoc*, distinto dal giudice di fronte al quale la questione di legittimità costituzionale è sorta.

Il modello diffuso si è storicamente affermato per primo. Non solo vi è ascrivibile il primo sistema di giustizia costituzionale, quello statunitense, ma tale controllo è praticato nei più celebri precedenti della giustizia costituzionale: nel *Bonham’s case*, deciso da Sir Edward Coke nel 1610; nelle decisioni delle corti inglesi del XVII secolo e di quelle americane nel XVIII – vale a dire, in decisioni anteriori alla ben più nota *Marbury v. Madison*²⁹.

Al fine di non ridurre la giustizia costituzionale a un congegno normativo, ne esaminiamo le radici profonde, indicando quali principi si siano tradotti in strumenti giuridicamente operativi a partire dal *Bonham’s case*. Nell’individuare tali radici è necessario muovere dalla storia costituzionale inglese, cui la modernità giuridica è debitrice, posto che nell’Inghilterra medio-

²⁸ Per tale distinzione cfr. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, cit.; Cappelletti, *Il controllo giudiziario*, cit., 49 ss.; Cappelletti, Adams, *Judicial Review*, cit., 1213.

²⁹ Oltre alla letteratura citata *supra*, a nota 5 v. R. Le Mestre, *Le contrôle de constitutionnalité des lois par les juridictions anglaises et américaines avant l’arrêt Marbury v. Madison*, *Revue historique de droit français et étranger*, 88.2, 215-239.

evale si avvia la riflessione sulla subordinazione del potere al diritto e sulla necessità di prevedere limiti allo stesso.

Tali radici sono nell'Inghilterra medievale. S'è già fatto cenno a Bracton che, nel XIII secolo, enuncia espressamente nel *De legibus et consuetudinibus Angliae* il principio della subordinazione del monarca (quindi, del potere politico) al diritto (qui, la *common law of the land*): «Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege, quia lex facit regem»³⁰.

Tuttavia, l'affermazione di Bracton – che è l'idea inglese di legge fondamentale³¹ – si radica in principi risalenti agli inizi della storia del paese. La limitazione del monarca per opera della *law of the land* già appare nella solenne affermazione di Guglielmo il Conquistatore: «king by lawful succession, ... one of his first acts was to promise the English that they keep their old laws»³², in forza delle quali egli stesso divenne re. È questa la portata da attribuire alla conferma del diritto consuetudinario come base della *common law* effettuata dalle *Laws of William the Conqueror* (ch. 7) del 1066 e oggetto di *confirmationes* da parte di Enrico I e Stephen nelle rispettive *coronation charters*: «William I and his sons emphasized their position as legitimate rulers of England by confirming the *Laga Edwardi*, the 'Law of England', meaning the good old law of the Anglo-Saxon period»³³.

³⁰ Henry de Bracton, *De Legibus Et Consuetudinibus Angliae*, II, 33. Sul quale v. C. H. McIlwain, *Constitutionalism*, cit., 72 ss.

³¹ J. Wieddhofft Gough, *L'idee de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Paris, 1992. Cfr. già H. J. Cook, *Against Common Right and Reason: The College of Physicians versus Dr. Thomas Bonham*, *Am. JourN. Legal History*, Vol. 29, N. 4, 1985, 301 ss.; E. S. Corwin, *The Establishment of Judicial Review. I*, *Michigan L. Rev.*, Vol. 9, N. 2, 1910, 102 ss.

³² Cfr. Baker, *An Introduction*, cit., 12.

³³ J. Hudson, *The Formation of the English Common Law. Law and Society in England from King Alfred to Magna Carta*, London & New York, 2018², 16. Cfr. altresì A. Lyon, *Constitutionl History of the UK*, London & New York, 2016², 30. V. già Pollock, Maitland, *The History*, Vol. I, 88 ss.: «We may safely say that William did not intend to sweep away English law and to put Norman law in its stead. On the contrary, he decreed that all men were to have and hold the law of King Edward – that is to say, the old English law – but with certain additions which he, William, had made to it». Il testo recita: «Hoc quoque praecipio et volo, ut omnes habeant et teneant legem Edwardi regis in terris et in omnibus rebus, adauctis iis quae constitui ad utilitatem populi anglorum» («7. This also I command and will, that all shall have and hold the law of the king Edward in respect of their lands and all their po-

Alla *fundamental* (o *higher*) *law* contribuì, nei decenni antecedenti al *Bonham's case*, la costruzione del mito della *ancient common law constitution* come assetto costituzionale in grado di contrastare il *trend* assolutistico di Elisabetta I e Giacomo I³⁴. Vi concorse l'emancipazione della *common law* dalla figura del monarca. Certo, il monarca era e rimaneva la «fountain of justice», figura centrale nell'amministrazione della giustizia e «general conservator of the peace of the kingdom»³⁵. E, tuttavia, il tecnicismo assunto dalla *common law* fece sì che questo «si [affrancasse] ... dallo stesso Re e [venisse] ad assumere tali caratteristiche ... di imparzialità che gli consentirono di sopravvivere a guerre civili, rivoluzioni e rivolgimenti storici»³⁶. Non è un caso che, «over and above everything stand the pleas of the royal court, which preserves the use and custom of its law at all times and in all places and with constant uniformity»³⁷.

La *common law*, quale *usus et consuetudo regni* amministrata in nome del Re dalle corti si emancipò dal potere politico e divenne *fundamental law*. Il diritto (costituzionale) comune al Regno si arricchiva poi di ulteriori principi.

Il primo guarda a «certain fundamental principles underlying and controlling parliament»³⁸ e corrisponde al principio del costituzionalismo che vuole il potere limitato. È una *English constitutional innovation* affermata a conclusione dello scontro politico tra Corona e Parlamento nella rivoluzione inglese³⁹. Tale limitazione è di ascendenza medievale e contenuta nelle *Provisions of Oxford* (1258) che precludevano al monarca l'emissione di nuovi *writs*⁴⁰. Se emanare nuovi *writs* significa creare

sessions, with the addition of those decrees I have ordained for the welfare of the English people»: traduzione tratta da <http://legacy.fordham.edu>).

³⁴ Sul punto v., per tutti, P. Raffield, *Shakespeare's Imaginary Constitution: Late Elizabethan Politics and the Theatre of Law*, Oxford and Portland, OR, 2010, 24-29, 153 ss.

³⁵ Così Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol I, *Of the Rights of Persons*, gen. ed. W. Prest, Oxford, 2016, 266.

³⁶ U. Mattei, E. Ariano, *Il modello di common law*, Torino, 2018⁵, 3.

³⁷ *Leges Henrici Primi* (c. 1118), ed. e trad. L. J. Downer, Oxford, 1972, 98.

³⁸ M. E. S. Corwin, *Marbury v Madison and the Doctrine of Judicial Review*, *Michigan L. Rev.*, Vol. 12, N. 7, 1914, 553. V. anche C.H. McIlwain, *The High Court of Parliament and Its Supremacy*, New Haven, CT, 1910, 43 ss.

³⁹ L. Ward, *The Politics of Liberty in England and Revolutionary America*, Cambridge, 2004, 60.

⁴⁰ In parte allentata dalla possibilità di emanare *writs in consimili casu*: cfr. *Statute of Westminster II*, 1285, c. 24.

nuovo diritto, i primi parlamenti inglesi si riservano la possibilità di mutare la *law of the land*: il monarca inglese «[rules] his people politically, because he himself is not able to change the laws without the assent of his subjects nor to burden an unwilling people with [a] strange imposition, so that, ruled by laws that they themselves desire, they freely enjoy their goods, and are despoiled neither by their own king nor any other»⁴¹. Il principio è ribadito nei decenni successivi con riferimento all'imposizione tributaria – ed è ancora opposto a Carlo I dal *King's Bench* nel 1629: «no tax ... can be laid upon the people without the authority of parliament, and that the King cannot imprison any of his subjects without a warrant specifying the offense with which they are charge»⁴².

Il secondo principio riguarda i meccanismi giurisdizionali volti a rendere *enforceable* la *common law constitution*.

Una prima forma di limitazione del potere politico di fronte alla *fundamental law* è assicurata dai giudici itineranti (*justiciarii in itinere* o *general eyres*). Istituiti sotto Enrico I e operativi sotto Enrico II ed Edoardo III, essi vennero reintrodotti nel 1437. Erano giudici reali che, periodicamente, percorrevano i circuiti nei quali era ripartito il Regno e che, con l'ausilio di giurie locali, controllavano l'operato delle corti e dell'amministrazione locale. Ove riscontrassero abusi nell'esercizio di funzioni loro attribuite dal monarca, erano abilitati a invalidarne gli atti⁴³.

Un'ulteriore limitazione del potere regio è garantita dal *writ of habeas corpus*, contenuto nella *Magna Charta* 1215 e oggetto di successive *confirmations* (1225 e 1297): «No freemen shall be taken or imprisoned or dispossessed, or outlawed, or in any

⁴¹ Sir John Fortescue, *De laudibus legum Angliae – In Praise of the Laws of England*, trans. Shelly Lockwood, Cambridge, 1997, Cap. IX.

⁴² Cfr., rispettivamente, lo *Statutum de Tallagio non Concedendo* (1297) e J. Lord Campbell, *The Lives of the Chief Justices of England: From the Norman Conquest Till the Death of Lord Mansfield*, Philadelphia, 1851, 301.

⁴³ Maitland, *The Constitutional law*, cit., 137; W. C. Bolland, *The General Eyre. Lectures delivered in the University of London at the request of the Faculty of Laws*, Cambridge, 1922, 18 ss.; W. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. I, London, 1956⁷, 265 ss.; R. C. Van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, London, 1959, 28-29; W. T. Reedy, Jr., *The Origins of the General Eyre in the Reign of Henry I*, *Speculum*, Vol. 41, N. 4, 1966, 689; R. C. Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, 1988², 20-22.

way destroyed, nor will we go upon him, nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land»⁴⁴. La *Magna Carta*, poi, introdusse garanzie di carattere giurisdizionale: «The common pleas shall not follow our court but shall be held in some certain place»⁴⁵. Sono, queste, garanzie in favore dei sudditi e auto-limitazioni del potere regio, frutto del crescente tecnicismo della *common law*.

Carattere formale e garanzie giurisdizionali convergono nella costruzione dell'ordinamento costituzionale inglese. Non solo la *common law* si caratterizza per *general applicability*, senza eccezione discendente dallo statuto personale dei sudditi o dalla loro localizzazione geografica; ma la generalità dello stesso è garanzia nei confronti del potere regio: *common law* diventa così espressione che qualifica i «rights given to all men by the law of the land»⁴⁶.

Non è pertanto un caso che, nel XVII secolo, lo scontro costituzionale tra monarca e parlamento si articoli attorno all'idea della *fundamental law*, e che il suo radicamento nella *common law* venga opposto al potere regio. Ne è un esempio la limitazione della libertà personale: dopo gli arresti arbitrari del 1627 compiuti da Carlo I nei confronti di numerosi parlamentari⁴⁷, la *Petition of Right* (1628) e l'*Habeas Corpus Act 1679* sanciranno definitivamente l'illegittimità di limitazioni della libertà personale arbitrariamente disposte per atto di prerogativa regia.

Trovano così conferma due principi enunciati all'inizio del secolo da Edward Coke a limitazione delle prerogative regie. Per un verso, al Re era vietato mutare la *common law* mediante fonti politiche (la *proclamation*) o per mezzo delle corti. Il divieto di mutare la *common law* mediante *proclamation* venne affermato nel noto *Case of Proclamation* (1611)⁴⁸: l'atto di prerogativa regia non fondato sulla *common law* non può creare diritto – non

⁴⁴ Magna Carta, Cap. 39 (corrispondente al Cap. 29 nella versione del 1225). Cfr. *Great Charter of Liberties, ch. 39 (1215)*, reprinted in *Selected Documents of English Constitutional History*, New York and London, 1904, 47.

⁴⁵ Magna Carta, Cap. 17 (divenuto il Cap. 11 nella versione del 1225). Cfr. *Great Charter of Liberties, ch. 17 (1215)*, cit., 44.

⁴⁶ Hudson, *The Formation*, cit., 14. Cfr. altresì Pollock, Maitland, *The History*, cit., I.177-178.

⁴⁷ Cfr. il *Darnel's Case* (o *The Five Knights' Case*) 3 St. Tr. 1, sul quale v. J. Farbey, R. Sharpe, S. Atrill, *The Law of habeas Corpus*, Oxford, 2011, 8 ss.

⁴⁸ 12 Co Rep 7.

può, cioè, modificare la *common law*, né la legge del parlamento, né le antiche consuetudini del Regno – ma solo dare esecuzione alla *law of the land*. Circa la limitazione del potere giurisdizionale direttamente esercitato dal sovrano, può richiamarsi *Prohibitions del Roy* (1607): il monarca non può ordinare arresti o detenzioni arbitrarie; e la giustizia, pur amministrata dalle corti in nome del Re, avviene sulla base della *common law*, secondo un sistema di impugnazioni che consente di devolvere le decisioni della *Court of Common Pleas* al *King's Bench* e poi alla *House of Lords* riunita in Alta Corte di giustizia⁴⁹.

4. Il *Bonham's Case* e i prodromi della *judicial review of legislation*

Case of Proclamation e *Prohibitions del Roy* confermano quanto fosse radicata nell'immaginario giuridico inglese del XVII secolo la superiorità della *fundamental law* rispetto al potere politico, inteso come potere limitato. Esse, inoltre, testimoniano l'operatività degli strumenti processuali che rendono *enforceable* la *common law constitution* nei confronti del potere regio.

Case of Proclamation riguarda, infatti, i limiti di ciò che, modernamente, si definisce potestà normativa del potere esecutivo; *Prohibitions del Roy* contiene una prima (e importante) enunciazione del principio di separazione dei poteri (esecutivo e giudiziario). Nell'uno e nell'altro caso rimane sullo sfondo ogni considerazione sulla formazione del modello nomocratico.

L'esame delle due decisioni va integrata con l'analisi di un'altra sentenza, anch'essa pronunciata da Coke quale Presidente della *Court of Common Pleas*. È il noto *Dr Bonham's Case*, che afferma la limitazione di tutti gli atti del potere statale: quelli di prerogativa regia e le leggi del Parlamento⁵⁰.

Non s'intende esaminare nuovamente il merito della decisione – già ampiamente commentata in letteratura⁵¹ –, ma accer-

⁴⁹ Corwin, *The "Higher Law" Background*, cit., 183.

⁵⁰ *Dr Bonham's Case – The Case of the College of Physicians* (1610) 77 ER 638 (*Common Pleas*). Cfr. G. L. McDowell, *Coke, Corwin and the Constitution: The "Higher Law Background" Reconsidered*, *Rev. of Politics*, Vol. 55 N. 3, 1993, 393, nota 1.

⁵¹ «The literature upon Bonham's case is voluminous and repetitious»:

tare se e come Coke abbia raccolto l'eredità del pensiero giuridico-costituzionale inglese in materia di potere limitato, dandovi veste compiuta; e, di qui, accertare il contributo della decisione alla formazione del controllo nomocratico.

Oggetto del “controllo di costituzionalità” sono le *letters patent* e la successiva legge di convalida con cui si conferirono al *Royal College of Physicians* personalità giuridica e poteri sanzionatori⁵². Nell'aprile 1606, il *College of Physicians* accertò che Thomas Bonham non aveva i requisiti per la professione medica né l'autorizzazione del Collegio. Fu sanzionato; e gli fu interdetto l'esercizio della professione medica – che egli continuò tuttavia a esercitare. Nell'ottobre del 1606, nuovamente convenuto davanti al Collegio, fu processato in contumacia e condannato una seconda volta. Nel novembre 1606, convenuto una terza volta, dimostrò di aver conseguito la laurea presso l'Università di Cambridge. Eccepì inoltre il difetto di giurisdizione del Collegio. Condannato all'arresto e detenuto in prigione, Bonham agì mediante *writ for false imprisonment*.

Il giudizio innanzi alla *Court of Common Pleas* si chiuse, com'è noto, a favore dell'attore – e nella sua *opinion* Coke affermò il principio per cui la legge contraria alla *common law* e alla ragione è da considerarsi nulla (*void*): «And it appears in our books that in many cases the common law will controul acts of parliament and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right or reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void». Invero, la legge attribuiva al Collegio poteri sanzionatori in contrasto con un principio fondamentale della *common law*: nessuno può essere giudice e parte nel medesimo processo. Nell'esercizio dei poteri sanzionatori del Collegio, «one-half of the fine was to go to the King, and one-half to the college»⁵³.

La letteratura si è per lo più concentrata sul significato di

così S. E. Thorne, *Dr. Bonham's Case*, *Law Quarterly Review*, Vol. 54, 1938, 543 nota 1. V. altresì C. M. Gray, *Bonham's Case Reviewed*, *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 116, N. 1, 1972, 35-58; I. Williams, *Dr. Bonham's Case and Void Statutes*, *Journ. Legal History*, Vol. 27, N. 2, 2006, 111 ss.

⁵² Rispettivamente: 10 Hen. VIII; 14 & 15 Hen. 8, c. 5 (1523); 1 Mary, 2d Sess. c. 9 (1553).

⁵³ Thorne, *Dr. Bonham's Case*, cit., 544; T. F. T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, *Harvard L. Rev.*, Vol. 40, N. 1, 1926, 32-34.

common right or reason, affermando che Coke «was invoking the doctrine that there were superior principles of right and justice which Acts of Parliament might not contravene»⁵⁴. Una superiorità che, nella decisione *Rowles v. Mason* di due anni dopo, Coke così formulò: «if there is repugnancy in statute or unreasonableness in custom, the common law disallows and rejects it»⁵⁵.

Più rilevante è, ai nostri fini, l'utilizzo dell'espressione *void* per definire gli effetti del sindacato effettuato da Coke: il contrasto della legge con la *fundamental law* ne genera l'invalidità e la disapplicazione nel corso del giudizio. La letteratura ha esaminato i precedenti richiamati nella motivazione della sentenza. Si tratta di numerose decisioni in cui si dà contrasto tra *statutes* e *common law* – variamente risolto in favore della seconda: *Cesavit 42*⁵⁶, che Coke cita dall'*Abridgement* di Fitzherbert; *Copper v. Gederings*, nel quale «the Court quietly ignored an unambiguous statute, just as Coke did in the instant case»⁵⁷; i celebri *Annuities 41*⁵⁸ e *Tregor's Case*⁵⁹.

Si è evidenziato come nessuna delle decisioni riguardi questioni di tono costituzionale⁶⁰. L'argomento non appare probante: per un verso, il tono costituzionale non è presente nello stesso

⁵⁴ Thorne, *Dr. Bonham's Case*, cit., 545. Così pure F. Pollock, *The Expansion of the Common Law*, London, 1904, 122.

⁵⁵ 2 Brownl., 198 (1612). Cfr. Thorne, *Dr. Bonham's Case*, cit., 550. Cfr. altresì A. D. Boyer, "Understanding, Authority, and Will": Sir Edward Coke and the Elizabethan Origins of Judicial Review, *Boston College L. Rev.*, Vol. 39, 1998, 85.

⁵⁶ In the *Graunde Abridgement of Fizherbert*.

⁵⁷ YB 3 Edw. II, 105 (1310). Thorne, *Dr. Bonham's Case*, cit., 550.

⁵⁸ Fitzherbert, *New Natura Brevium*, 1534, CLVII; o *Annuities* II (Pasc. 27 Hen 27).

⁵⁹ YB Pas. 8 Edw. III, pl.26, fos.30a-31a (1334). A questi può aggiungersi *The Chancellor of Oxford's Case* YB Hil. 8 HeN. VI, pl.6, fos.18b-21a (1430). Pur concernendo una controversia analoga al *Bonham's Case* (il giudice era nello stesso tempo parte della causa), Coke lo richiama come precedente prima di dichiarare *void* l'oggetto del giudizio.

⁶⁰ «Nor was it in *Dr. Bonham's case*. *Tregor's Case* is a trenchant comment upon the situation in *Bonham's case*, and the interpolations by Coke introduce an idea of some superior 'right' only when read in the light of St. Germain's and Fortescue's natural law» (Thorne, *Dr. Bonham's Case*, cit., 550). Cfr. altresì Plucknett, *Bonham's Case*, 45; F. Pollock, *A first book of jurisprudence for students of the common law*, London and New York, 1911³, 264; C. M. Gray, *Bonham's Case Reviewed*, *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 116, N. 1, 1972, 47; Williams, *Dr. Bonham's Case*, cit. 113.

Bonham's case; per altro verso, le decisioni indicate affermano la possibilità che il giudiziario apprezzi il contrasto tra *common law* e *statute law* e agisca contro tale violazione. Ciò che si staglia imponente è la superiorità del *common law*⁶¹. Poco importa se, poi, nei precedenti richiamati il contrasto tra *common law* e *statute* comporti che il secondo sia *ignored* – dunque, non dichiarato *void*, come invece fece Coke. Quel che rileva è l'applicazione del paradigma tipico del controllo nomocratico, giudiziario e diffuso: utilizzando l'aggettivo *void*, Coke «has really added an explanation and a theory all his own – an addition that was to be of immense importance in subsequent history»⁶².

Coke ha così raccolto l'eredità del pensiero giuridico-costituzionale inglese, perfezionando nel *Bonham's Case* gli strumenti processuali sui quali poggerà il controllo giudiziario (nella variante diffusa) del controllo di costituzionalità.

Ma è altrettanto rilevante il seguito ricevuto dalla decisione nella formazione del controllo giudiziario di costituzionalità. Il *Bonham's case* – e il congegno normativo che funge da paradigma al controllo nomocratico – è costantemente richiamato dalla giurisprudenza successiva – ad esempio, in *Day v. Savage* e in *Lord Sheffield v. Ratcliffe*⁶³, entrambe redatte da Henry Hobart.

S'è già evidenziato in inizio di paragrafo che il controllo nomocratico incontrò un poderoso argine nel principio di sovranità parlamentare. La *judicial review* di Coke iniziò a vacillare durante l'interregno di Cromwell (1653-1660). Lo conferma il *Captain Streater's Case*, in cui per prima volta i giudici affermarono che, «If the Parliament should do one thing and we the contrary here ... things would run round. We must submit to the legislative power»⁶⁴.

Non si tratta ancora di un ripudio del controllo nomocratico⁶⁵: il *dictum* di Coke e il potere del giudiziario di dichiarare *void* la legge sarebbero stati applicati anche dopo la *Glorious Revolution* – nelle decisioni *King v. Earl of Banbury* e *The City*

⁶¹ Le Mestre, *Le contrôle de constitutionnalité*, cit., 220-221.

⁶² Plucknett, *Bonham's Case*, cit., 36. Per l'analisi del concetto di *voidness* in *common law* v. Williams, *Dr. Bonham's Case*, cit., 113-117.

⁶³ Hobart, 85 (K. B. 1614) e Hobart, 334a, 346 (K. B. 1615).

⁶⁴ 5 How. St. Tr. 365 (1653). Cfr. E. S. Corwin, *The Doctrine of Due Process of Law before the Civil War*, *Harvard L. Rev.*, Vol. 24, N. 5, 1911, 370.

⁶⁵ Come sembrerebbe ritenere E. S. Corwin, *Marbury v Madison and the Doctrine of Judicial Review*, *Michigan L. Rev.*, Vol. 12, N. 7, 1914, 554.

of *London v. Wood* –; e gli stessi *Commentaries* di Blackstone, che enunciano espressamente la supremazia del Parlamento, elencano talune ipotesi residuali in cui è possibile dichiarare *void* gli *statutes*⁶⁶.

Il mutamento si registrerà sul piano della produzione normativa, non del controllo di legittimità costituzionale. Dopo la *Glorious Revolution*, la *Rule of Law* venne a coincidere con la supremazia del Parlamento e non più solo con l'*immemorial antiquity* della *Law of the Land* presidiata dal potere giudiziario⁶⁷. Al Sovrano, limitato in quanto sottoposto alla *Lex Angliae*, succede il Parlamento – un potere altrettanto sovrano – che incorpora in sé lo stesso Re nella forma del *King in Parliament*. Tuttavia, la supremazia del Parlamento non trasforma il *King in Parliament* in un potere arbitrario. Il Parlamento è tale perché è un *potere supremo consentito*: «the Liberty of Man, in Society, is to be under no other Legislative Power, but that established, by consent, in the Commonwealth, nor under the Dominion of any will, or Restraint of any Law, but what the legislative shall enact, according to the Trust put in it»⁶⁸.

Il Parlamento è il *garante politico* delle libertà dei cittadini, in quanto legittimato per consenso a limitarle. La *Rule of Law*, che ormai deriva da un Parlamento sovrano che assicura la «partecipazione della società civile alla direzione politica del paese»⁶⁹, assicura, per il tramite del giudiziario, la protezione dei diritti nei confronti della Corona: di un potere pubblico nei confronti di un altro potere pubblico. Un giudiziario – si badi – che non applicherà più i congegni normativi del controllo nomocratico a presidio della supremazia della *common law constitution* con l'entrata in vigore dell'*Act of Settlement 1700*: quando, cioè, saranno approvate le prime effettive garanzie in favore dell'ina-

⁶⁶ Rispettivamente Skinner, 517, 526-7 (K. B. 1694) e 12 mod. 669, 687 (KB 1701); Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. I, *Of the Rights of Persons*, ed. David Lemmings, Oxford, 2016, 90-91. «Blackstone explicitly refers to Coke's remarks in *Bonham's Case*, citing "8 Rep. 118"»: così H. L. Lubert, *Sovereignty and Liberty in William Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, *Rev. Politics*, Vol. 72, N. 2, 2010, 285, nota 32. V. altresì Gray, *Bonham's Case Reviewed*, cit., 42.

⁶⁷ S. Ortino, *Diritto costituzionale comparato*, Bologna, 1994, 165.

⁶⁸ J. Locke, *The Second Treatise on Government*, in *Two Treatises on Government*, a cura di P. Laslett, Cambridge 1988, Cap. IV, 22, 283.

⁶⁹ G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., 17.

movibilità dei magistrati, cosa che renderà effettivamente *enforceable* il ruolo del giudiziario nel presidio delle libertà dei cittadini inglesi.

5. La “migrazione” della *judicial review of legislation*: il controllo nomocratico nelle Colonie e negli Stati Uniti d’America

La letteratura è solita far seguire al *Bonham’s case* l’analisi del primo modello di controllo nomocratico, quello statunitense: mentre Coke avrebbe enunciato «a new power to declare statutes void based on fundamental law»⁷⁰, la *judicial review of legislation* sarebbe stata effettivamente introdotta negli Stati Uniti con la decisione *Marbury v. Madison* nel 1803 della Corte Suprema⁷¹.

L’impostazione non appare condivisibile. In primo luogo, individuare necessariamente un nesso tra *Marbury v. Madison* e *Bonham’s case* significa rileggere retrospettivamente il precedente inglese, che ne esce destoricizzato: le tecniche argomentative di Coke, il significato dei termini ivi utilizzati (*voidness*, *common law*, ecc.) e le problematiche sottese si comprendono solo «in the context of early-modern English law»⁷².

In secondo luogo, non va dimenticato che le decisioni sono state rese a quasi due secoli di distanza l’una dall’altra. Decontestualizzare il *Bonham’s case* significa farlo aderire a una diffe-

⁷⁰ Williams, *Dr. Bonham’s Case*, cit. 112.

⁷¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Cfr., oltre agli autori citati *supra*, nota 5, L. B. Boudin, *Lord Coke and the American Doctrine of Judicial Power*, *NYU L. Rev.*, Vol. 6, 1929, 223 ss.; R. Berger, *Doctor Bonham’s Case: Statutory Construction or Consitutional Theory?*, *Univ. Pennsylvania L. Rev.*, Vol. 117, N. 4, 1969, 521 ss.; G. P. Smith II, *Marbury v. Madison, Lord Coke and Dr. Bonham: Relics of the Past, Guidelines for the Present: Judicial Review in Transition?*, *U. Puget Sound L. Rev.*, Vol. 2, 1979, 261; N. Feldman, *The Voidness of Repugnant Statutes: Another Look at the Meaning of Marbury, Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 148, N. 1, 2004, 27 ss.; Gray, *Bonham’s Case*, cit., 35 ss. In Italia *Bonham’s case* è citato dalla comparatistica: v. Pegoraro, *Sistemi*, cit., 16.; Caielli, Palici di Suni, *La giustizia costituzionale*, cit., 3 ss. I manuali di giustizia costituzionale italiana muovono direttamente dal modello statunitense: v. Zagrebelsky, Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., 28; Malfatti, Panizza, Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., 1 ss.; Ruggeri, Spadaro, *Lineamenti*, cit., 1 ss.

⁷² Williams, *Dr. Bonham’s Case*, cit., 112.

rente mentalità giuridica – quella statunitense – che era venuta a elaborare una propria autonoma tradizione nell’ambito della famiglia giuridica di *common law* già alla fine del XVIII secolo⁷³ dando con ciò seguito ai principi del costituzionalismo liberale.

In terzo luogo, entrambe le decisioni sono rese in ordinamenti nei quali norma alcuna – né di *common law*, né di *statutory law* in Inghilterra; né di rango costituzionale, negli Stati Uniti – abilita espressamente i giudici al controllo nomocratico e a dichiarare *void* la legge confliggente con la *higher law*⁷⁴.

E, tuttavia, il potere di *declare statutes void* non è un prodotto del solo formante giurisprudenziale. Pur in assenza di una norma che espressamente lo consenta, Coke e Marshall radicano il sindacato sulle leggi nell’idea della *supremacy* della *law of the land*, sia essa l’*ancient common law constitution* o la *supremacy clause* dell’art. VI Cost. USA 1787⁷⁵.

Convorrà esaminare la genesi del controllo nomocratico, giudiziario e diffuso muovendo dai principi costituzionali sulla limitazione del potere politico; e di qui, analizzare i congegni di diritto processuale che, nella transizione dal *Bonham’s case* a *Marbury v. Madison*, hanno consentito di elevare la costituzione a parametro per il sindacato su atti e comportamenti dei pubblici poteri. In entrambi i casi, i principi costituzionali già sperimentati in Inghilterra sono parte di una tradizione giuridica comune alla Madrepatria e alle colonie americane⁷⁶. Di più: i principi del costituzionalismo inglese sono stati accolti nelle colonie americane proprio in forza di un *judicial enforcement* che, nell’Impero britannico, si andava strutturando attorno a quello

⁷³ Cfr. W. E. Nelson, *Americanization of the Common Law: The Impact of Legal Change on Massachusetts Society, 1760-1830*, Cambridge (MA), 1975. Di recente v. P. Schneck, *Rhetoric and Evidence. Legal Conflict and Literary Representation in U.S. American Culture*, Berlin, 2011, 123-124.

⁷⁴ N. Feldman, *The Voidness*, cit., 27.

⁷⁵ «[The] remote germ of thought that evolved into judicial review of legislation in the British Empire and in the United States was brought into the world by Sir Edward Coke, Chief Justice of the Court of Common Pleas in England, in the course of his opinion in *Dr. Bonham’s Case*»: D. O. McGovney, *The British Origin of Judicial Review of Legislation*, *Univ. Pennsylvania L. Rev.*, Vol. 93, N. 1, 1944, 1.

⁷⁶ «It was of British home country creation, although Americans as British colonial subjects warmed to it, and as independent Americans gave it the most expansive application of any people in the world» (McGovney, *The British Origin*, cit., 1).

che sarebbe diventato l'organo di vertice del sistema giurisdizionale coloniale, il *Judicial Committee of the Privy Council* (JCPC) (v. *infra*, § 8)⁷⁷.

I principi ereditati dalla tradizione costituzionale inglese non comprendono solo quelli riferibili alla limitazione del potere politico entro i confini del diritto: l'idea secondo la quale sono illegittimi i soli comportamenti vietati dalla legge; l'esistenza di principi radicati nella *common law* e costitutivi la *higher law*, che si impone ai giudici e allo stesso Parlamento, ecc.⁷⁸. Vi concorrono anche la rivoluzione inglese e il *Commonwealth* di Cromwell. Non è un caso che l'idea di Carta costituzionale, scritta, rigida e monodocumentale risalga all'*Agreement of the People* – progetto di rifondazione dell'ordine giuridico-politico redatto dai *Levellers* nel 1647⁷⁹– e all'*Instrument of Government* del 1653⁸⁰.

Non è un caso, cioè, che le uniche “costituzioni” scritte che l'Inghilterra abbia conosciuto siano ricollegabili al pensiero politico puritano, prontamente rimosso nel 1660 con l'incoronazione di Carlo II, ma particolarmente vivo nelle colonie americane. Pensiero puritano e limitazione del potere sono evidenti nelle *plantations* americane, nelle loro *colonial charters* e nelle decisioni che richiamano direttamente il *Bonham's Case: Giddins v. Browne* (1657), *Paxton's Case of the Writ of Assistance* (1761), *Robin v. Hardaway* (1772), ecc.⁸¹. E che Coke «was fermenting in colonial minds» lo confermano pure decisioni successive al-

⁷⁷ G. Rankin, *The Judicial Committee of the Privy Council*, Cambridge L.J., Vol. 7, N. 1, 1939, 3. È quella che S. M. Bilder, *The Transatlantic Constitution. Colonial Legal Culture and the Empire*, Cambridge, MA, 2004, definisce, appunto la «Transatlantic constitution».

⁷⁸ «There was a law ... higher than any parliamentary act, a law which long years ago had defined, even created, the rights of Englishmen, and which protected the American colonists from English tyranny»: C. F. Mullet, *Medieval English Law and the American Revolution*, *Virginia L. Rev.*, Vol. 20, N. 5, 1934, 523. Cfr. altresì Corwin, *The “Higher Law” Background*, cit., 169 ss.

⁷⁹ Cfr. S. D. Glover, *The Putney Debates: Popular versus Élitist Republicanism, Past and Present*, Vol. 164, 1999, 47 ss.; M. Mendle (ed.), *The Putney Debates of 1647: The Army, the Levellers, and the English State*, Cambridge, 2001.

⁸⁰ Nel senso che «Coke's idea was carried to America by books as well as by men» v. McGovney, *The British Origin*, cit., 7.

⁸¹ *Giddings v. Browne*, in 2 Hutchinson Papers 1; *Paxton's Case of the Writ of Assistance*, Quincy 51, 474 (Mass. 1761), 17; *Robin v. Hardaway*, Jefferson 109, 114 (Va. 1772). V. Le Mestre, *Le contrôle de constitutionnalité*,

l'indipendenza: *Ham v. M'Claws* (1789) e *Bowman v. Middleton* (1792)⁸².

La letteratura statunitense, poi, ritiene che la continuità tra *Bonham's case* e *Marbury v. Madison* debba essere letta alla luce dell'innovazione introdotta dal costituzionalismo statunitense: la rigidità costituzionale. Qui, tuttavia, la *mainstream narrative* sembra dimenticare che la Costituzione USA del 1787 proclama solennemente di essere, certo, la «supreme law of the land»; e che «the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding». Se si prescinde dai conflitti tra Federazione e Stati membri (e tra Stati membri) non s'indicano i rimedi processuali esperibili a fronte della violazione del testo costituzionale per opera del legislatore statale, né se sia possibile rendere *enforceable* la Costituzione nei confronti del legislatore federale.

Convorrà esaminare i principi applicabili nel sistema coloniale britannico in caso di conflitto fra legislazione imperiale e coloniale. Da una parte, il concetto di *covenant*, di derivazione puritana, qualifica l'atto istitutivo della colonia – il contratto di società/piantagione o la *colonial charter* concessa dal sovrano – quale prototipo delle costituzioni degli Stati membri. Si badi: tutte le colonie erano dotate di *charters* rigide; e poiché tale rigidità ne esprimeva la superiorità gerarchica in quanto carta concessa dalla Corona, ben si comprende perché essa fosse assistita dalla presenza di istituti volti ad assicurarne la superiorità sulle leggi delle assemblee legislative locali. Si danno così a livello di colonie i cc.dd. *Watch-dogs of legality*: il Governatore della Colonia scrutinava in via preventiva la legge deliberata dal legislativo al fine di accertarne, *in point of law*, la conformità al riparto di competenze tra la Madrepatria e colonia medesima e, dunque, della *colonial charter* e della legge del Parlamento inglese.

Dall'altra parte, la produzione legislativa delle Colonie era assoggettata al controllo della Madrepatria. Spettava al *Privy Council* la c.d. *executive disallowance*, i cui effetti erano equiparabili a quelli abrogativi. Detta modalità di controllo era coerente sia con la *supremazia* del Parlamento inglese (la legge colo-

cit., 226; McGovney, *The British Origin*, cit., 3-4; W. M. Meigs, *The Relation of the Judiciary to the Constitution*, Clark, NJ, 2007, 38.

⁸² *Ham v. M'Claws*, I Bay 93, 96, 98 (S. C. 1789) e *Bowman v. Middleton*, I Bay 252, 254-255 (S. C. 1792). Cfr. E. S. Corwin, *The Establishment of Judicial Review*, I, *Michigan L. Rev.*, Vol. 9, N. 2, 1910, 105 ss.

niale contrastante con quella inglese era illegittima), sia con l'origine stessa delle colonie, spesso sorte come *colonial enterprises*⁸³. Il sindacato era esercitato dal *Board of Trade* – costituito in seno al *Privy Council* – e poi formalmente emanato con decreto adottato dal *King in Council*⁸⁴. Ancora, v'era una seconda modalità di controllo: si trattava dell'impugnativa della legge coloniale in via d'appello, mediante sindacato incidentale nel corso dei giudizi portati alla cognizione del *Privy Council in its judicial capacity*, che era posto al vertice della giurisdizione coloniale⁸⁵. In tale ipotesi, la norma parametro era costituita da *An Act for preventing Frauds and regulating Abuses in the Plantation Trade* del 1696. Il *Privy Council* era abilitato a dichiarare la legge della Colonia *null and void se*, nel corso di un processo, «the declaration [of nullity] by a judicial process depended immediately upon the Charter or the terms of the Governor's Commission»⁸⁶.

Il controllo esercitato dal *Privy Council* presenta i caratteri tipici del sindacato nomocratico diffuso: per modalità d'accesso (a carattere incidentale: *infra*, Cap. II, § 2.5), svolgimento del processo (poiché segue le fasi di gravame) ed effetti delle decisioni (*inter partes: infra*, Cap. II, § 6). Esso è poi coerente con la presenza di una *written higher law* (la *colonial charter* o la legge del Parlamento inglese) che limita il legislativo e lo contiene entro confini costituzionalmente stabiliti. Si tratta di criteri che innervano il sistema coloniale: non solo i coloni americani «became familiar with the idea that courts might exercise a power to hold statutes invalid [when] judged to be contrary to some higher law»⁸⁷; ma il numero degli atti analizzati è davvero elevato. Nell'anno della dichiarazione di indipendenza (1776) si contavano più di 8.000 casi di controllo diretto (di cui quasi 500 conclusi con la *disallowance*) e ben 265 pronunce rese su appello dal *Privy Council*⁸⁸.

⁸³ Cfr. Fombad, *An Overview*, cit., 20. M. S. Bilder, *The Corporate Origins of Judicial Review*, *Yale LJ*, Vol. 116, N. 3, 2006, 502 ss.

⁸⁴ Cfr. J. H. Smith, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, New York, 1950, 525-526. Cfr. B. Barbisan, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008, 125 ss.

⁸⁵ McGovney, *The British Origin*, cit., 12.

⁸⁶ Smith, *Appeals*, cit., 524.

⁸⁷ McGovney, *The British Origin*, cit., 8.

⁸⁸ Smith, *Appeals*, cit., 524 e H. D. Hazeltine, *Appeals from colonial*

È con la decisione *Winthrop v. Lechmere* del 1728 (*Order in Council* del 15 febbraio 1728) che una legge della Colonia del Connecticut è dichiarata per la prima volta *null and void*. L'*Act for the Settlement of Intestate Estates 1699* aveva modificato la *common law* inglese in materia di successioni, con la conseguenza che lo «statute [was] beyond the power of the legislature as marked out by the charter of Connecticut» e come tale dichiarato illegittimo *ex tunc*⁸⁹. Ad essa ne seguiranno altre: *Philips v. Savage* (1737), *Clark v. Tousey* (1745), *Camm v. Hansford and Moss* (o *Parson's case*: 1758).

V'è chi ha negato rilievo a tali decisioni nell'affermazione della *judicial review of legislation* statunitense perché i precedenti erano sconosciuti ai *Framers* della costituzione. Anche a voler ammettere che i *Framers* non ne avessero alcuna conoscenza⁹⁰, pare difficile negare che gli stessi non conoscessero il sistema giudiziario e il diritto processuale dell'Impero: ciò significherebbe predicarne l'estraneità alla cultura e al sistema giuridico della Madrepatria. Tanto più che *Winthrop v. Lechmere* (1727) è precedente applicato dal *Judicial Committee of the Privy Council* anche dopo la rivoluzione americana⁹¹.

S'è poi affermato che «Coke's dictum supplies only the original basis of the doctrine of judicial review; its later basis is supplied by the written constitution»: i *Framers*, cioè, sarebbero stati maggiormente debitori del passato a livello di idee che non di istituti di diritto positivo⁹².

A conforto della continuità stanno numerosi argomenti: nel corso del XVIII secolo, «whole acts of assembly have been declared void in the courts of Westminster Hall, and by His Majesty council upon appeals from the plantations»⁹³; ancora, nel 1767 il *Privy Council* si riferì a *Winthrop v. Lechmere*, pronun-

courts to the king in council, with especial reference to Rhode Island, Am. Historical Rev., 1894, 299 ss.

⁸⁹ McGovney, *The British Origin*, cit., 11; A. M. Schlesinger, *Colonial Appeals to the Privy Council. II, Pol. Sc. Quart.*, Vol. 28, N. 3, 1913, 440 ss.

⁹⁰ Così McGovney, *The British Origin*, cit., 12. Poiché non v'è traccia di *Winthrop v. Lechmere* nei records della Convenzione di Philadelphia, C. G. Haines, *American Doctrine of Judicial Supremacy*, II ed., Berkeley, 1932, 52, 58, ritiene che essa non fosse conosciuta ai *framers* e, quindi, non decisiva ai fini della introduzione della *judicial review of legislation*.

⁹¹ Cfr. Schlesinger, *Colonial Appeals*, cit., 433 ss.

⁹² Corwin, *The Establishment*, cit., 103; Id., *Marbury v. Madison*, cit., 538 ss.

⁹³ *5 Statutes at large of Pennsylvania 735-736* (1898).

ciato quarantanni prima, in una comunicazione alla *House of Lords*. È poi lunga la lista di decisioni rese negli anni immediatamente successivi alla dichiarazione d'indipendenza da Corti delle ex colonie, nelle quali si discute della legittimità costituzionale di leggi approvate dai parlamenti dei futuri Stati membri degli Stati Uniti: ad esempio, *Commonwealth v. Caton* (Case of the Prisoners) 8 Va. (4 Call.) 5 (1782) – prima decisione nella quale ci si interroga sulla possibilità di dichiarare illegittima una legge perché incostituzionale –; *Rutgers v. Waddington* (N.Y. Mayor's Ct. 1784) – ove si ammette che il giudiziario possa disapplicare una legge irragionevole. V'è poi *Trevett v. Weeden* (1786) 4 Am St Tr 548 (R.I. Super. Ct 1786) – seguita da *Proceedings Against the Justices*, 4 Am. St. Tr. 586 (R.I. Gen. Ass. 1786)⁹⁴, nella quale la Corte afferma che dichiarando incostituzionale la legge rilevante ai fini della decisione (che è comunque *repugnant and unconstitutional*), sarebbe venuta meno la competenza della stessa Corte medesima. Infine, v'è *Holmes v. Walton* (SC New Jersey 1779)⁹⁵: la legge statale venne dichiarata costituzionalmente illegittima perché contrastante con la sez. 22 Cost. New Jersey del 1776.

Ma è la stessa lista di *framers* a confermarne la familiarità «with judicial review of legislation before they participated in drafting the Constitution»⁹⁶. Fra questi v'è William Samuel Johnson: delegato del Connecticut alla Convenzione di Philadelphia del 1787, egli aveva piena conoscenza degli istituti di *judicial review of legislation*, a tal punto da proporre l'aggiunta dell'inciso «this Constitution» prima di «the laws» all'art. III, s 2, Cost. USA, il quale – com'è noto – recita «The judicial power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their Authority».

⁹⁴ Ch. Warren, *Earliest Cases of Judicial Review of State Legislation by Federal Courts*, *Yale LJ*, Vol. 32, N. 1, 1922, 15 ss.

⁹⁵ Corwin, *The Establishment*, cit., 110.

⁹⁶ McGovney, *The British Origin*, cit., 34-35. Nello stesso senso v. Bilder, *The Corporate Origins*, cit., 508: «many members of the Framing generation presumed that courts would void legislation that was repugnant or contrary to a constitution».

6. Da “accentrato” a “diffuso”: genesi ed evoluzione del sindacato di legittimità costituzionale negli Stati Uniti d’America

Il riferimento all’art. III Cost. USA introduce il primo modello di controllo nomocratico: la *judicial review of legislation* statunitense, per usare l’espressione coniata da Edward Corwin nel 1909⁹⁷.

Si afferma comunemente che tale sindacato sia stato *inventato* da John Marshall, *Chief Justice* della Corte Suprema, in *Marbury v. Madison* del 1803. Prima di esaminare tale decisione, appare necessario indicare caratteri e innovazioni apportate da *Marbury v. Madison* a un controllo già praticato dal *Privy Council* e noto ai *framers* della Costituzione americana.

Il sindacato è nomocratico perché verte sulla legislazione – statale e federale – a garanzia della Costituzione, la cui superiorità gerarchica è enunciata all’art. VI Cost. La Corte suprema lo esercita nell’ambito della *original jurisdiction*: ai sensi dell’art. III, sez. 2, cc. 1 e 2, Cost., essa è giudice di primo e unico grado per cause riguardanti ambasciatori, consoli, altri rappresentanti diplomatici, e controversie in cui uno stato è parte del giudizio. In tutte le altre ipotesi, il sindacato è esercitato nell’*appellate jurisdiction*, con la conseguenza che la questione di legittimità costituzionale è devoluta alla Corte mediante gli ordinari mezzi di gravame. L’accesso è pertanto incidentale (la questione di legittimità costituzionale è eccezione preliminare di rito, nella *original jurisdiction*; integra i motivi di appello, nell’*appellate jurisdiction*) e il controllo ha un elevato tasso di concretezza. La Corte suprema giudica, infatti, solo *cases and controversies* e non si pronuncia su questioni astratte e/o ipotetiche. Lo si ricava dal tenore del testo costituzionale: l’art. III qualifica come *cases and controversies* tutte le controversie tra privati, tra privati, Stati e Federazione, e i conflitti intersoggettivi. La Costituzione presuppone pertanto una controversia già sorta e da comporre in sede giudiziaria: la giurisdizione (federale e statale) ha sempre natura contenziosa. In ossequio al principio di separazione dei poteri, poi, è precluso alla Corte suprema operare *in advisory*

⁹⁷ E. S. Corwin, *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment*, *Michigan Law Review*, 5, 1909, 643 ss.

capacity, mediante attività consultiva di tono costituzionale in favore delle *political branches*⁹⁸.

Il sindacato è *dichiarativo*, poiché volto ad accertare un'antinomia tra Costituzione e legge: ove esso abbia esito positivo, la legge è dichiarata incostituzionale; il vizio, originario e insanabile, la rende *null and void ab initio*. Gli effetti delle decisioni sono *retroattivi*⁹⁹. Il giudicato ha effetti *inter partes*, essendo l'estensione *erga omnes* degli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità non un carattere intrinseco della decisione, bensì un effetto sistemico discendente dalla natura vincolante dei precedenti verticali della Corte suprema.

Rimane da verificare che ne sia della legge dichiarata incostituzionale. Si colloca qui uno dei profili più complessi del costituzionalismo liberale statunitense: consentire al giudiziario di accertare l'incostituzionalità ed espungere dall'ordinamento la legge avrebbe procurato una lesione al principio di separazione dei poteri. Non resta che affidarsi alla superiorità della Costituzione, di cui all'art. VI Cost. ed enunciato da Alexander Hamilton nel No. 78 dei *Federalist Papers*. Con le parole di Corwin, «the constitution emanates from the people and is fundamental; ... a legislative enactment emanates from mere agents of the people; ... the constitution is a law and as such is enforceable by the courts»¹⁰⁰. La legge incostituzionale è *set aside*; la volontà del popolo (la Costituzione) preferita alla volontà dei rappresentanti (la legge) in sede di risoluzione della controversia. Si dà così applicazione al principio di preferenza per la fonte gerarchicamente sovraordinata.

Infine, tratto distintivo del modello è la *diffusione* del controllo: ciascun giudice, nel corso di un giudizio, è abilitato a ri-

⁹⁸ *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911). Cfr. *infra*, Cap. VI, § 5.

⁹⁹ Salve le ipotesi di *anticipatory* e *prospective overruling* collegate a *stare decisis* nell'ordinamento statunitense. Cfr. *Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts*, *Yale LJ*, Vol. 71, N. 5, 1962, 907 ss.; T. G. Hansford, J. F. Spriggs II, *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*, Oxford and Princeton, 2006.

¹⁰⁰ Corwin, *The Establishment of Judicial Review*, I, cit., 108. Cfr., infatti, A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist*, ed. by G. W. Carey and J. McClellan, Indianapolis, 2001, 403: «No legislative act therefore contrary to the constitution can be valid. To deny this would be to affirm that [...] the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid». Cfr. altresì Cfr. Vedaschi, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 1094.

solvere la questione preliminare di rito (l'incidente di costituzionalità) per l'influenza che la questione dispiega sul giudizio di merito.

Nel figurino così disegnato, la diffusione esclude il monopolio della Corte suprema sulla *judicial review*. E, tuttavia, la Corte è *apex court* nell'ordinamento statunitense: *cases e controversies* vi giungono a seguito di azioni esperite «according to the regular course of judicial procedure»¹⁰¹; essa somma le funzioni di *adjudicator in civil and criminal matters* e in *constitutional and federal issues*; la funzione nomofilattica è assicurata da *stare decisis*.

S'è quindi proposto di qualificare il sistema statunitense come diffuso ma con tendenze all'accentramento. Per quanto le giurisdizioni statali e federale siano strutturate sulla base di una netta separazione – e per quanto sia è vero che le corti supreme statali sono «the definitive authority of the law of that state» –, la Corte suprema «is the definitive authority of federal law»¹⁰². Di più: è *definitive authority* anche in punto di costituzionalità della legislazione statale. L'accesso alla Corte suprema da parte delle corti statali riguarda, infatti, ipotesi in cui queste ultime abbiano eccepito l'illegittimità di una legge federale rispetto alla Costituzione federale (*federal question*) o dichiarato costituzionali leggi statali contrarie a costituzione federale, leggi federali, e trattati¹⁰³. Vi è poi la *certification of question*, mediante la quale si propone alla Corte suprema «any question of law in any civil or criminal case as to which instructions are desired, and upon such certification the Supreme Court may give binding instructions or require the entire record to be sent up for decision of the entire matter in controversy»¹⁰⁴.

Se si rammenta che i casi di *direct appeal* alla Corte suprema sono limitati¹⁰⁵, se ne ha che la maggior parte delle decisioni

¹⁰¹ *Muskat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911), 357 che richiama come precedente in *point Marbury v. Madison*.

¹⁰² J. R. Nash, *Examining the Power of Federal Courts to Certify Questions of State Law*, *Cornell L. Rev.*, Vol. 88, 2003, 1679.

¹⁰³ Cfr. la *Rule 10* delle *Rules of the Supreme Court of the United States*.

¹⁰⁴ Cfr. § 1254(2) U.S.C. V. anche la *Rule 19* delle *Rules of the Supreme Court of the United States*. Cfr. Nash, *Examining the Power*, cit.; A. Nielson, *The Death of the Supreme Court's Certified Question Jurisdiction*, *Cath. U. L. Rev.*, Vol. 59, 2010, 483 ss.

¹⁰⁵ Cfr. § 42 U.S.C. § 1973b(a)(5) (2006) sul *right of direct appeal* alla Corte suprema in materia di *voting rights*.

pervengono alla Corte mediante *writ of certiorari*: il soccombente (*petitioner*) nel precedente grado di giudizio rivolge alla Corte suprema una *petition for a writ of certiorari*, affinché ordini al giudice *a quo* di trasmettere il fascicolo della causa e di riesaminarla. I casi di *review on a writ of certiorari* sono ormai limitati dopo le riforme del 1988¹⁰⁶: come recita la *rule 10* delle *Rules of the Supreme Court of the United States* (emanate il 27 settembre 2017), la concessione dello stesso non è «a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons».

Ma – forse – v'è un dato strutturale che la dottrina sottovoluta ma che è chiaramente formulato nel testo costituzionale: ai sensi dell'art. III, sez. 1, «The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court».

Sembrirebbe, cioè, che gli Stati Uniti non siano prototipo del controllo diffuso, ma un ordinamento che coltiva, sin dalla creazione, meccanismi di *judicial review of legislation* a carattere concentrato per la risoluzione di *constitutional disputes*¹⁰⁷. Così, per la *jurisdiction* su *cases and controversies* tra privati è la stessa Costituzione a prevedere l'istituzione di *una sola* Corte suprema (per le «inferior Courts ... the Congress may from time to time ordain and establish»); e la stessa Costituzione le conferisce *original jurisdiction* e la risoluzione delle *disputes* tra i soggetti federati: l'art. III, sez. 1, Cost., stabilisce che «In all Cases ... in which a State shall be Party, the Supreme Court shall have original Jurisdiction».¹⁰⁸

Che i *framers* assumessero come accentrato la *judicial review for federal disputes* è provato dalla circostanza per cui dette controversie spettano alla Corte suprema in primo e unico grado¹⁰⁹; che detto modello di *adjudication* è anche mezzo di riso-

¹⁰⁶ Per la riforma del 1988 v. 28 U.S.C. § 1254(1).

¹⁰⁷ L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, 2000, 207 ss.

¹⁰⁸ È infatti «opinione non nuova nella stessa dottrina americana» che «Madison e Hamilton avevano in mente una sola cosa: un controllo accentrato in mano alla Corte suprema» Pegoraro, *Sistemi*, cit., 85; Id., *Hacia una nueva sistemática*, cit., 9 s. Si v., ad es., sull'origine accentrata, J. L. Lewinson, *Limiting Judicial Review by Act of Congress*, *California L. Rev.*, Vol. 23, N. 6, 1935, 519 che cita *Kline v. Burke Construction Co.* (1922) 260 U.S. 226, 234 e *Duncan v. The "Francis Wright"* (1882) 105 U.S. 381, 385.

¹⁰⁹ La Corte, cioè, dirime le controversie «between the States via its power to hear cases of original jurisdiction. Here, the States may petition the Court directly, as the Court alone may provide a remedy in cases involving di-

luzione di controversie generato dal *federalising process* statunitense¹¹⁰ e circolato presso altri ordinamenti a controllo diffuso¹¹¹.

Se poi si considera *Marbury v. Madison*, essa non sembra aver “generato” *ex nihilo* il modello nomocratico di legittimità costituzionale. L’“originalismo” del modello statunitense è più un argomento volto a giustificare l’esclusione della natura concentrata del controllo che una valutazione effettiva di tutti gli elementi di classificazione posti alla base del modello medesimo¹¹².

Lo conferma la struttura della decisione: non tanto i fatti di causa – la mancata notificazione, da parte del Segretario di Stato Madison, della nomina a *Justice of the Peace* per il Distretto di Columbia¹¹³ –, quanto le seguenti circostanze. In primo luogo, l’importanza della decisione – l’enunciazione del controllo di legittimità costituzionale – non venne avvertita immediatamente: solo dopo 54 anni si registra una dichiarazione di illegittimità costituzionale in *Dred Scott v Sanford*¹¹⁴; solo dopo 90 anni *Marbury* è richiamata come precedente in *Mugler v. Kansas* e in *Pollock v. Farmers’ Loan & Trust Co.*¹¹⁵.

sputes between them» (C. Punia, *Kansas v. Nebraska & Colorado: Keeping Equity Afloat in the Republican River Dispute*, *Duke J. Const. L. & Public Policy Sidebar*, Vol. 10, 2014), 1 ss.

¹¹⁰ È un corpus “lascito” della natura aggregativa dell’ordinamento federale. Cfr. Corte suprema USA, *North Dakota v Minnesota*, 263 U.S. 365 (1923), 372. Da ultimo v. Corte suprema USA, *State of Kansas, Plaintiff v. States of Nebraska and Colorado*, 570 U.S. (2015).

¹¹¹ Cfr., ad es., art. 102 Cost. brasiliana; artt. 131, 132 e 134 Cost. indiana; art. 116 Cost. argentina.

¹¹² D’altra parte, proprio il carattere diffuso «non si rinviene nell’esercizio della principale competenza riservata originariamente alla Corte suprema degli Stati Uniti, ossia la regolazione delle competenze dei poteri federali e la risoluzione dei conflitti tra centro e periferia» (Pegoraro, *Sistemi*, cit., 86).

¹¹³ Si tratta delle cc.dd. “nomine di mezzanotte” dell’uscente amministrazione del Presidente Adams (1897-1801). Firmate dall’allora Segretario di Stato Marshall, non vennero mai notificate dopo l’insediamento di Jefferson come Presidente. Una compiuta ricostruzione della vicenda è in L. H. Pollak, *Marbury v. Madison: What Did John Marshall Decide and Why?*, *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 148, N. 1, 2004, 1 ss.

¹¹⁴ 60 U.S. (19 How.) 293 (1857). Cfr. Pollak, *Marbury v. Madison*, cit., 13.

¹¹⁵ Rispettivamente, 123 U.S. 623 (1887), 660 e 157 U.S. 429 (1895). In *Mugler* la Corte affermò che «There are, of necessity, limits beyond which legislation cannot rightfully go. While every possible presumption is to be indulged in favor of the validity of a statute ... the courts must obey the Constitution,

In secondo luogo, rileva l'oggetto del controllo. La sez. 13 del *Judiciary Act 1789* consente alla Corte suprema di emettere un *writ of mandamus* anche nei confronti di un pubblico ufficiale, intimandogli di compiere un atto rientrante nel suo *office and duty* – qui, a Madison di notificare la nomina a Marbury. Ma la sez. 13 «could not be squared with the description of the Supreme Court's authority contained in the Constitution»¹¹⁶: essa avrebbe potuto emanare tale ordine solo nella sua *appellate capacity*, ma non a titolo di *original jurisdiction* (che è *trial court jurisdiction*).

Ancora, alcuni rilievi riguardano la sentenza. La Corte esamina prima il merito della questione sottoposta alla sua cognizione e, solo in un secondo momento, la questione preliminare di rito che condiziona la valida instaurazione del rapporto processuale: la stessa giurisdizione della Corte. Prima, infatti, si dovrebbe esaminare la questione pregiudiziale di rito (la costituzionalità della sez. 13 del *Judiciary Act*), poi la questione di merito. Le aporie sono numerose: si pensi alla decisione *Stuart v. Laird* (1 Cranch) 5 U.S. 299 (1803), di appena sei giorni successiva, nella quale Marshall si era astenuto in un caso analogo a quello di *Marbury* per aver egli già deciso come giudice di grado inferiore. Non solo: egli aveva sottoscritto l'atto di nomina oggetto della stessa controversia. Come dire: è vulnerato il principio *nemo iudex* che Coke aveva applicato come norma parametro proprio nel *Bonham's case*.

Non va poi taciuto come la dichiarazione di illegittimità costituzionale colpisca una legge approvata dal primo Congresso degli Stati Uniti: un Congresso che, per contiguità temporale e composizione, era ritenuto ancora espressivo del potere costituente, con la conseguenza che le leggi dallo stesso approvate erano sottratte al sindacato di legittimità costituzionale. È il

rather than the lawmaking department of Government, and must, upon their own responsibility, determine whether, in any particular case, these limits have been passed. "To what purpose," it was said in *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U. S. 167, "are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? ...". In *Pollock* si afferma che, «Since the opinion in *Marbury v. Madison* ... was delivered, it has not been doubted that it is within judicial competency, by express provisions of the Constitution or by necessary inference and implication, to determine whether a given law of the United States is or is not made in pursuance of the Constitution, and to hold it valid or void accordingly».

¹¹⁶ Pollak, *Marbury v. Madison*, cit., 9 ss.

c.d. *First Congress Canon* elaborato da Marshall e disatteso in *Marbury*¹¹⁷.

La struttura della decisione sembra pertanto confermare la “volontà” di Marshall di dichiarare, dandovi veste organica, un potere ricavabile dalla tradizione e dalla mentalità giuridica americana, ma enunciato in forma ellittica nel testo costituzionale e pertanto bisognoso di espressa enunciazione.

Ben può dubitarsi del “grado di novità” di *Marbury*, se si rammenta che casi di controllo di legittimità costituzionale già si erano dati a livello statale. Numerose Corti avevano dichiarato illegittime leggi statali per contrasto con la Costituzione federale¹¹⁸; e a livello federale le *circuit courts* avevano dichiarato illegittime leggi del Congresso per contrasto con la Costituzione federale¹¹⁹. La stessa Corte suprema mostra di praticare la *judicial review* prima di *Marbury*: così, ad esempio, il sindacato di legittimità costituzionale è esercitato in *Hilton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796), *Ware v. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796) e *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798)¹²⁰.

Il merito di *Marbury* è, pertanto, l’aver delineato sistematicamente presupposti, forme e caratteri della *judicial review of legislation* – cosa che non fanno le precedenti decisioni –; e di aver dato veste organica al controllo nomocratico che lo stesso Marshall, nella decisione, riconosce essere già applicato: «The question whether an act repugnant to the Constitution can become the law of the land is a question deeply interesting to the United States, but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognise certain principles, supposed to have been long and well established, to decide it». E, di qui, estenderlo compiutamente anche al sindacato sulle leggi statali¹²¹.

¹¹⁷ 5 U.S. 299 (1803). Il *First Congress Canon* è utilizzato da Marshall in *Martin v. Hunter’s Lessee*, 14 U.S. 304 (1816) e *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819). Cfr. M. Bhargava, *The First Congress Canon and the Supreme Court’s Use of History*, *California L. Rev.*, Vol. 94, N. 6, 2006, 1745 ss.

¹¹⁸ Ad es., *Kemper v. Hawkins*, 1 Va. Cases 20 (1793). Cfr. altresì Bilder, *The Corporate Origins*, cit., 556 ss.

¹¹⁹ Ad es., *Hayburn’s Case*, 2 U.S. (2 Dall.) 409 (1792) e *Van Horne’s Lessee v. Dorrance*, 2 U.S. (2 Dall.) 304 (1795). Cfr. C. Warren, *Earliest Cases of Judicial Review of State Legislation by Federal Courts*, *Yale LJ*, Vol. 32, N. 1, 1922, 15 ss.

¹²⁰ Cfr. F. Fernández Segado, *La judicial review en la pre-Marshall Court*, *Teoría y realidad constitucional*, N. 28, 2011, 133 ss.

¹²¹ *Fletcher v. Peck* 10 U.S. 87 (1810).

Non sembra pertanto improprio aver voluto ricercare una qualche continuità – in termini di principi, concetti e strumenti processuali – tra il sindacato esercitato dalla Corte suprema *by appeal* o a titolo di *original jurisdiction* e quello presente nell’Impero coloniale inglese e radicato nella giurisdizione del *Privy Council*. Non solo perché per entrambi il carattere “costituzionale” deriva dalla risoluzione di controversie nelle quali il parametro è la *higher and fundamental law*; ma perché, ove il raffronto avesse dato esito negativo, la legislazione sarebbe stata *set aside*. «The most obvious ... legacy of the Privy Council appeals system as it operated in North America was its influence on the adoption of judicial review by the United States in its Constitution of 1787»¹²².

Il modello di *adjudication* della Corte suprema replica quello “accentrato” del *Privy Council*. La prima conosce a titolo di *original jurisdiction* della compatibilità tra legislazione federale e statale, così come il *Judicial Committee* raffrontava la legittimità di quella coloniale alla legislazione imperiale. Con una differenza, però: che in epoca coloniale il giudizio sui conflitti interstatali era astratto e non concreto. Al pari del *Judicial Committee*, poi, la Corte suprema assume la *concretezza* a criterio di classificazione delle controversie che le pervengono in via incidentale.

E, forse, in tali tratti di comunanza risiedono le ragioni del successo del controllo diffuso “all’americana” presso gli altri ordinamenti già parte dell’Impero britannico.

7. Controllo di costituzionalità o privilegio del legislatore? Il dilemma rivoluzionario francese e del costituzionalismo europeo del XIX secolo

Come già ricordato (*supra*, Introduzione, § 4), la letteratura è solita giustapporre controllo nomocratico statunitense – prototipo del modello giudiziario diffuso – e giudiziario concentrato. È la riproposizione della logica duale che abbina i modelli nord-americano e austriaco-kelseniano e assume a elementi pertinenti di classificazione la modalità d’accesso (di tipo incidentale) alla

¹²² L. P. Beth, *The Judicial Committee of the Privy Council and the Development of Judicial Review*, *AJCL*, Vol. 24, N. 1, 1976, 39.

giurisdizione costituzionale e la natura dell'organo chiamato a statuire sulla pregiudiziale di costituzionalità che, nel modello concentrato, è distinto dal giudice *a quo*.

Ad allentare il dualismo concentrato-diffuso, concorre un modello che si oppone – in ottica dualistica – ai modelli giudiziari. È il modello politico che diviene “esemplare” nell’esperienza costituzionale francese¹²³. A intrecciare ulteriormente le logiche giudiziario-politico e concentrato-diffuso può ricordarsi che il controllo politico è sempre stato esercitato in Francia nella variante concentrata, da parte di un organo di controllo nomico appositamente istituito nell’ambito del procedimento di formazione dell’atto normativo. La circostanza che esso abbia forme non giurisdizionali e sia esercitato da soggetti dipendenti da quelli titolari dell’indirizzo politico consegue alla scelta di voler comunque praticare il controllo in un ordinamento caratterizzato dalla centralità del Parlamento che dichiara, nel mondo del diritto, la volontà della Nazione¹²⁴.

Proprio la centralità dell’organo parlamentare suggerisce una differente proposta classificatoria. Non si muoverà dalla distinzione tra controllo politico (o politico-parlamentare¹²⁵) e controllo giudiziario; ma si procederà nell’esame dalla centralità assegnata sul continente europeo al “culto” della volontà generale e della legge. Di qui si indicheranno talune delle soluzioni individuate e praticate negli ordinamenti costituzionali europei nel tentativo di uscire dal dilemma in cui la Rivoluzione francese ha – per così dire – precipitato il costituzionalismo europeo del XIX secolo: come conciliare la rigidità costituzionale con un controllo su atti espressivi del privilegio del legislatore.

¹²³ Cfr. *supra*, Introduzione, § 2.

¹²⁴ Sono invece diversi i fondamenti teorici del modello politico al di fuori del costituzionalismo liberale, quali quello socialista (*infra*, Cap. II, § 6) e quello di alcuni paesi islamici. Medesima è la preoccupazione – difendere la centralità del Parlamento come organo che esercita la funzione normativa –; ma differente è la soluzione, che conduce al rifiuto di qualsiasi ingerenza giurisdizionale nel processo legislativo. Secondo l’ideologia comunista, ciò avviene in nome del concetto di democrazia socialista; in base al diritto islamico, è esaltato il ruolo del consenso della comunità nel consigliare il Califfo (o l’organo che ne incarna il ruolo), unico detentore del potere di dichiarare le leggi. In Arabia Saudita, ad es., con la Costituzione del 1992, il compito di scrutinare le leggi alla luce dei principi superiori dell’ordinamento è affidato al Consiglio della Shura.

¹²⁵ Drago, *Contentieux*, cit., 145.

Le risposte sono state, nel corso del XIX secolo, numerose. Non ne sono estranei ordinamenti qualificati a costituzione flessibile, come l'Italia: sia perché gli artt. 36 e 37 dello Statuto albertino riservavano al Senato regio riunito in Alta Corte funzioni di giustizia politica (v. *infra*, Cap. VI, § 2); sia perché la riserva della funzione legislativa alle Camere e al Re (art. 3 St.) e i limiti ai poteri normativi dell'Esecutivo (artt. 6, 7 e 81 St.) ben avrebbero potuto offrire un fondamento al controllo sui vizi del procedimento legislativo e nei confronti dell'Esecutivo¹²⁶. Si pensi al sindacato sull'emanazione di regi decreti *ultra vires*, prima del riconoscimento generalizzato dei fenomeni di delegazione legislativa e di decretazione d'urgenza¹²⁷. Tuttavia, tale controllo non attecchì fino alla caduta del Fascismo: il «positivismo giuridico di stampo statualistico, dominante ... nel tempo storico dello Stato liberale» rendeva impossibile «intaccare il principio di sovranità incardinato nella legge»¹²⁸.

Di tale impostazione – che va a vantaggio della supremazia parlamentare – se ne ha traccia in numerose costituzioni del XIX

¹²⁶ Cfr. L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 75 e 129-131; E. Palici di Suni, *La regola e l'eccezione*, Milano, 1988, 88 ss.; M. Fioravanti, *Lo Statuto albertino*, in *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 25 novembre 2011*, Milano, 2012, 29. Il sindacato sulle leggi è evocato da F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, I, Torino, 1909, 190-191, 199-200.

¹²⁷ Quest'ultima, invero, espressamente censurata per motivi formali dal potere giudiziario: v. Paladin, *Le fonti*, cit., 130, 455, che richiama Cass. di Roma 20 febbraio 1900; Palici di Suni, *La regola*, cit., 103 ss. Un'ampia trattazione del sindacato sulla decretazione d'urgenza nel periodo statutario è in L. Paladin, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Art. 76-82. La formazione delle leggi*, Tomo II, Bologna-Roma, 1979, 46-47.

Per il riconoscimento generalizzato della potestà normativa primaria dell'Esecutivo v. l'art. 7 N. 1 R.D. N. 466/1901 e la L. N. 100/1926. Ma pure le leggi «aventi carattere costituzionale» di cui all'art. 12 L. N. 2693/1928 sul Gran Consiglio del Fascismo, gli artt. 1 e 2 d.p.c.c. e la stessa «ripartizione di competenze» previste dal D.Lgs.Lgt. N. 98/1946 tra governo e Assemblea costituente avrebbero potuto legittimare un controllo sull'eccesso di potere legislativo delegato all'Esecutivo. Per la legislazione fascista v. C. Esposito, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale* (1934), Milano, 1964, 1-47 e 159 ss.; per il periodo transitorio cfr. F. Pierandrei, *Ancora sul conflitto fra il Governo-legislatore provvisorio e il potere giudiziario*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1964, 51. Sul punto v. anche S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 9 e 28.

¹²⁸ Fioravanti, *Lo Statuto albertino*, cit., 32.

secolo. Nel silenzio serbato sul punto dalla Costituzione belga del 1831¹²⁹; negli artt. 76 e 77 Cost. tedesca del 1871 che attribuivano la competenza a dirimere controversie costituzionali al *Bundesrat*¹³⁰. Ancor oggi l'art. 120 della Legge Fondamentale dei Paesi Bassi esclude che il potere giudiziario possa sindacare la legittimità costituzionale delle leggi rispetto alla Costituzione – non come si vedrà, rispetto ai trattati internazionali¹³¹. Analogo divieto era desunto dall'art. 92 Cost. finlandese del 1919¹³² e dal silenzio della Costituzione danese del 1849 fino al 1921, quando si ebbe il primo caso di controllo nomocratico. Così pure in Svezia, in cui la prima questione di legittimità costituzionale risale al 1964¹³³. Lasciti di tale concezione si diedero pure in Norvegia: qui, peraltro, l'art. 83 Cost. 1814 consentiva al Parlamento di richiedere alla Corte suprema un parere su questioni giuridiche sorte nel corso del procedimento legislativo. La disposizione non registrò applicazioni di rilievo, essendosi affermato già nel 1822 il sindacato di costituzionalità successivo e diffuso (v. *infra*, § 9). Anche il cap. VIII, art. 18 Cost. Svezia prevede che il *Lagrådet* (comitato legislativo consultivo compo-

¹²⁹ Cfr. R. Ergec, *The emergence of constitutional justice in Belgium*, in E. Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague, 1995, 145 ss.

¹³⁰ Cfr. M. Stolleis, *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, *Ratio Juris*, Vol. 16, N. 2, 2003, 269 che a nota 5 e 6 cita talune decisioni del *Reichsgericht* che escludono il controllo giudiziario: RGZ 9, 232, 236; 24, 3; 25, 274; 45, 270; 48, 84, 205; 77, 231: “These precedents are used in 1921 (RGZ 102, 161–6) where the Court says that the courts themselves are “qualified fully to examine laws and ordinances, except in cases in which such examination is precluded by law.”

¹³¹ Cfr. l'art. 115 Cost., introdotto nel 1848 e divenuto art. 120 Cost. nel 1983. V. M. Adams, G. van der Schyff, *Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands. A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?*, *ZaöRV*, N. 66, 2006, 400; G. Martinico, *Entre clichés y formas alternativas de judicial review: el interesante caso de apertura constitucional de los Países Bajos*, *Rev. Gen. Der. Públ. Comp.*, N. 32, 2017, 10 ss.

¹³² «The prohibition was formally based on a *contrario* reasoning ... section 92.2 of the Finnish Constitution Act ... ordered that courts and authorities have a duty not to apply government decrees that conflict with the Constitution or any act of Parliament»: J. Lavapuro, T. Ojanen, M. Scheinin, *Rights-based constitutionalism in Finland and the development of pluralist constitutional review*, *ICON*, 9.2, 2011, 511.

¹³³ Per la Danimarca v. le decisioni *UfR* 1921.153 e 1921.169; per la Svezia v. la sent. *NJA* 1964, 471 entrambe in F. Duranti, *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Torino, 2009, 143-144.

sto da magistrati della Corte suprema e della Corte suprema amministrativa) si pronunci in via preventiva sulla compatibilità con le leggi fondamentali delle proposte di legge presentate presso il *Riksdag*. E il controllo preventivo era l'unico attivabile in Finlandia fino al 2000, dove opera una commissione costituzionale, il cui parere non vincolante incide sulla conclusione del procedimento legislativo¹³⁴.

Com'è evidente, la tipologia di controllo così elaborata affida l'esercizio delle funzioni di giustizia costituzionale a organi non giurisdizionali – oppure se lo sono, come in Norvegia e Svezia, svolgono un'attività che si colloca come fase endoprocedimentale del procedimento di approvazione della legge.

È però la Francia ad aver strutturato per la prima volta il controllo nomocratico (nella variante politica) come sequenza procedimentale del più ampio procedimento legislativo, a tal punto da rappresentare, fino alle riforme costituzionali del 2008 – che hanno introdotto il sindacato contenzioso e successivo – il modello esemplare di sindacato politico, preventivo e accentrato.

Nel dibattito svoltosi durante la Rivoluzione venne affrontata apertamente la questione del controllo di costituzionalità, generando il *dilemma* del quale si è dato precedentemente conto. Da un lato, stavano le teorie sul ruolo meramente dichiarativo del giudice, che precludevano di affidargli il sindacato sulle leggi; dall'altra, l'illuminismo rivoluzionario inscriveva divisione dei poteri e tutela dei diritti in un testo costituzionale rigido.

La storia della giustizia costituzionale francese è la storia di un «rifiuto» del sindacato giudiziario, fondato sul *legicentrismo* e sulla *sovranità parlamentare*¹³⁵. Vi concorrono ragioni storiche, ideologiche e pratiche. Quelle *storiche* riflettono la diffidenza della Rivoluzione verso il ruolo dei giudici d'*Ancien régime*. La Rivoluzione soppresse il *gouvernement des juges* e dei Parlamenti di antico regime, imbrigliandoli nelle maglie del divieto di interpretazione della legge (decreti del 16-24 agosto 1790)¹³⁶. Nel 1797, infatti, la Cassazione giunse a negare qualsiasi competenza dei giudici in materia di controllo sulle leggi

¹³⁴ La Costituzione del 1919, infatti, precludeva ai giudici di esercitare il controllo di costituzionalità: v. Duranti, *Gli ordinamenti*, cit., 147.

¹³⁵ Drago, *Contentieux*, cit., 139.

¹³⁶ Sul divieto per i giudici di esercitare il sindacato di costituzionalità

del Parlamento¹³⁷. Le ragioni *ideologiche* si richiamano alla separazione dei poteri e alla supremazia del legislativo: in quanto espressione della sovranità popolare, questo non tollera controlli eteronomi¹³⁸. Infine, le ragioni *pratiche*: l'assenza del controllo di costituzionalità è anche tutela contro le illegalità commesse dall'Esecutivo (che nomina i giudici) e dal giudiziario.

S'avvertiva, tuttavia, la necessità di un controllo: s'individuavano così numerose soluzioni, che si raccolgono essenzialmente attorno all'istituzione di un organo arbitrale parte del corpo legislativo. La prima proposta è il *Jury constitutionnaire* elaborato da Sieyès per la Costituzione dell'Anno III: questo avrebbe affiancato il Tribunato e un organo esecutivo di sette membri «avec mission spéciale de juger et prononcer sur les propositions du tribunal et sur celles du Gouvernement»¹³⁹. Composto da 108 membri e rinnovabile per un terzo ogni cinque anni contemporaneamente al rinnovo del legislativo, il *jury* avrebbe esercitato un controllo politico. Lo conferma il fatto che i membri erano tratti dalle assemblee legislative precedenti, una volta cessato il mandato, sulla base del principio per cui chi aveva partecipato alla formazione delle leggi era qualificato a difendere la Costituzione e a migliorare le altre.

Sieyès indicò tre funzioni del *jury*: a) era giudice costituzionale adito su ricorso di minoranze parlamentari, Cassazione e cittadini. La dichiarazione d'illegittimità avrebbe comportato la nullità della delibera legislativa e il deferimento degli autori ai giudici ordinari in caso di responsabilità penali di questi; b) redigeva proposte ed emendamenti per "perfezionare" la costituzione medesima; c) decideva sulla base dell'equità naturale ogni volta che un tribunale non fosse in grado di individuare la soluzione in una controversia¹⁴⁰.

cfr. Drago, *Contentieux*, cit., 132 ss. e 141. Cfr. altresì J. Beardsley, *Constitutional Review in France*, *Supreme Court Rev.*, 1975, 191 ss.

¹³⁷ Déc. 18 Fruttidoro Anno V (3 settembre 1797).

¹³⁸ Cfr. *l'Affaire Paulin* [1833] S. I. 357, 360.

¹³⁹ Intervento del II Termidoro, in *Moniteur universel*, t. XXV, 297. Cfr. Drago, *Contentieux*, cit., 146. Beardsey, *Constitutional Review*, cit., 208; M. Goldoni, *At the Origins of Constitutional Review: Sieyès' Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power*, *Oxford Journ. Legal Studies*, Vol. 32, N. 2, 2012, 212. Per una rassegna anche delle altre proposte formulate nel corso della Rivoluzione francese v. M. Fioravanti, *Sieyès et le jury constitutionnaire: perspectives historico-juridiques*, *Ann. Hist. Rév. Fr.*, 2007, 87 ss.

¹⁴⁰ Cfr. Goldoni, *At the Origins*, cit., 216; J. Tajadura Tejada, *Los discursos de Sieyès del 2 y del 18 de Termidor del año III y los debates del 24 y 25 de*

La complessità del modello ne comportò il rigetto da parte della Convenzione¹⁴¹; ma la proposta venne rielaborata sotto Napoleone nella forma del *Sénat conservateur* della Costituzione dell'Anno VIII (1799) che, a sua volta, fu prototipo del *Sénat conservateur* del II Impero di Luigi Bonaparte (1852)¹⁴². Il *Sénat* non era una vera seconda camera. La costituzione lo qualificava guardiano del patto fondamentale e delle libertà pubbliche (art. 25), chiamato a opporsi a leggi che avrebbero potuto attentare alla costituzione, alla religione e ai culti, ecc. (art. 26) e ad annullare o confermare gli atti deferitigli (art. 29) dal Tribunato – che approvava i disegni di legge prima di inviarli al *corps législatif* – e dal governo¹⁴³.

Il dibattito sul controllo nomocratico si protrasse durante la III Repubblica (1875-1940): numerosi furono i tentativi di introdurre un controllo di costituzionalità¹⁴⁴ – anche se l'unica forma di controllo giurisdizionale rimase quella del giudice amministrativo, abilitato a sindacare i regolamenti emanati sotto il precedente regime rispetto alla Costituzione¹⁴⁵.

Non mancò, infine, un diffuso dibattito fra i principali giurpubblicisti dell'epoca; ma il timore era sempre il medesimo, che, cioè, il controllo nomocratico facesse *ombrage au législateur*¹⁴⁶.

Termidor: un intento frustrado de creación de un sistema de justiciar constitucional en Europa, in Bagni, Figueroa Mejía, Pavani (coords), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., tomo III, 1585 ss.

¹⁴¹ Drago, *Contentieux*, cit., 148.

¹⁴² Il *Sénat* dell'Anno VIII si componeva di 80 membri nominati a vita, inamovibili e ineleggibili ad altre cariche pubbliche (art. 18 Cost.). Pur integrato nel potere legislativo (art. 4 Cost.), aveva funzioni peculiari. Ai sensi dell'art. 21 Cost., «Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le gouvernement» e interpretava la Costituzione. Il senato consulto dell'anno X gli attribuì funzioni di revisione costituzionale.

¹⁴³ Cfr. A. Ashworth, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire*, *Rev. dr. pub.*, 1994, 46 ss.

¹⁴⁴ Ad es., nel 1924 il Deputato Bonnet propose di creare una Corte suprema con tali competenze: *J.O. Doc. parl. Ch. Dép. Session ord. 1924*, N. 928.

¹⁴⁵ Drago, *Contentieux*, cit., 151.

¹⁴⁶ Cfr., ad es., M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1929, 271; R. Carré de Marlberg, *La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875*, *RPP* 10 septembre 1927, 339. Una ricostruzione del dibattito è in Beardsley, *Constitutional Review*, cit., 199 ss.

8. La sovranità del Parlamento nel Regno Unito e il controllo di costituzionalità del JCPC nelle Colonie

Anche il Regno Unito conobbe il privilegio del legislatore nella forma del *constitutional founding principle* della sovranità del Parlamento. Tuttavia, riuscì a sottrarsi al dilemma nel quale erano precipitati gli ordinamenti continentali, escludendo radicalmente la *judicial review of legislation*. Se è pur vero che la genesi del controllo nomocratico si diede in Inghilterra (v. *supra*, §§ 2-3), è altrettanto vero che, con la *Glorious Revolution*, la *higher law* viene fatta coincidere con la legge del Parlamento, alla cui elaborazione concorrono ancor oggi la Camera dei Comuni, quella dei *Lords* e la Corona. Se poi si ricorda che in Inghilterra il potere supremo del Parlamento è tale perché poggia sul consenso dei governati, si comprende perché non si sia mai avvertita la necessità di porre vincoli giuridici all'operato del Parlamento. Non solo questo non vincola i parlamenti futuri, ma trova piena applicazione la *doctrine of implied repeal*: una legge successiva abroga quella precedente, nonostante la contraria volontà del legislatore. Ciò offre un argomento ulteriore contro la configurabilità di atti normativi dotati di superiorità gerarchica rispetto alla legge del Parlamento.

La sovranità del Parlamento – teorizzata da Blackstone e organicamente elaborata da Dicey¹⁴⁷ – conferisce, prima ancora che ai giudici, al Parlamento stesso la protezione (politica) dei diritti. Lo scenario è rovesciato: la *rule of law*, limite al potere sovrano, scivola nelle mani del Parlamento, che contribuisce alla sua creazione. Non v'è, come ai tempi di Coke, alcuna *fundamental law* a limitare il Parlamento, né si dà *judicial review of legislation*; al contrario, «What a statute itself enacts cannot be unlawful, because what the statute says and provides is itself the law, and the highest form of law that is known to this country»¹⁴⁸.

Non è un caso se ancora nel 1974 l'*Appellate Committee of the House of Lords* si trovò a contraddire il *Bonham's case*: «sovereignty of Parliament ... involves that, contrary to what some-

¹⁴⁷ Blackstone, *Commentaries*, Book I, §§ 160-161. A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London-Bisingstoke, 1959, 10.

¹⁴⁸ *Cheney v. Conn* [1968] 1 All ER 779, 782, per Ungood-Thomas J.

times asserted before the 18th century, and in contradiction to some other democratic systems, the courts in this country have no power to declare enacted law to be invalid»¹⁴⁹.

La formulazione del principio si rinviene già nel XIX secolo, nel *leading case Lee and Another v. The Bude and Torrington Junction Railway Company*. Il giudice Willes è esplicito nel qualificare *Day v. Savadge* «a warning, rather than an authority to be followed». Ancora: «We sit here as servants of the Queen and the legislature. Are we to act as regents over what is done by parliament with the consent of the Queen, lords, and commons? I deny that any such authority exists. If an Act of Parliament has been obtained improperly, it is for the legislature to correct it by repealing it: but, so long as it exists as law, the Courts are bound to obey it»¹⁵⁰. A tale decisione fa eco *Ex parte Canon Selwyn*: «Can you seriously ... contend that an act of parliament can be brought before this court, like an order at sessions, to be quashed as invalid? ... An act of the legislature is superior in authority to any court of law ... no court could pronounce a judgment as to [its] validity»¹⁵¹.

Il Regno Unito elude anche in altro modo il dilemma in cui cadono gli ordinamenti continentali, ammettendo la *judicial review of legislation* rispetto alle colonie. L'oggetto è la legislazione delle assemblee locali, il parametro la legge del Parlamento inglese; l'*adjudicator* il *Judicial Committee of the Privy Council*, «Supreme appellate tribunal for the British Empire»¹⁵².

E, tuttavia, la letteratura sembra però ignorare questa modalità di *constitutional litigation* di tipo coloniale, preferendo ritenere che la maggior parte degli Stati già parte dell'Impero britannico, divenuti indipendenti, abbiano recepito il modello statunitense¹⁵³.

Il fatto che il modello statunitense di sindacato di costituzionalità abbia attecchito in paesi già soggetti al dominio coloniale inglese non è stato forse facilitato dalla presenza del *Judicial*

¹⁴⁹ *British Railways Board v. Pickin* [1974] A.C. 765, 798, per Lord Simon of Glaisdale.

¹⁵⁰ *Lee v. Bude* [1871] LR 6 CP 576, 582.

¹⁵¹ *Ex parte Canon Selwyn* [1872] 36 JP 54, 55.

¹⁵² A. Howell, *The Judicial Committee of the Privy Council 1833-1876*, Cambridge, 1979, 5, 7; Rankin, *The Judicial Committee*, cit., 5, 7.

¹⁵³ Di «verbalizzazioni di taluni istituti o procedure del *judicial review* statunitense» ragiona, ad es., L. Pegoraro, *Sistemi*, cit., 88.

Committee come *final adjudicator*? Non vi ha altresì concorso la circostanza che sulle colonie americane analogo controllo era effettuato dal *Privy Council*, di cui il *Judicial Committee* divenne articolazione nel 1833? Non è forse il controllo nomocratico coloniale archetipo di due forme di controllo (quella statunitense e quella praticata nelle colonie inglesi) le quali hanno ricevuto dalla Madrepatria britannica i medesimi tratti (giudizio concreto, successivo, incidentale e tendenzialmente accentrato), hanno praticato percorsi costituzionali differenti, ma sono venuti infine a sovrapporsi?

Del *Judicial Committee* come articolazione del *Privy Council* e *apex court* per i possedimenti d'oltremare si è trattato in relazione alle colonie americane (v. *supra*, § 5). Ci si limita qui a ricordare che il *Privy Council*, evoluzione della *Curia Regis*¹⁵⁴, svolgeva attività giurisdizionale valendosi, ben prima dell'istituzione del *Judicial Committee* (1833) di strutture per conoscere appelli dalle colonie. Competenti erano il *Board of Trade* (1679-1696), non più uno fra gli «short-lived committees» istituiti per dirimere le controversie, ma organo permanente dotato di «entire control of plantation affairs»; subentrò nel 1696 l'*old Appeals Committee*, a «body to which appeals were referred until the more professional Judicial Committee was established in 1833», con intero controllo sugli *plantations affairs* e poi esteso anche all'India con l'*Appeal from Overseas Act 1773*¹⁵⁵.

Il *Committee* quindi ha giocato un ruolo di rilievo nella *policy* coloniale britannica: come parte dell'Esecutivo, infatti, ha saputo «enforce obedience to imperial policies, ranging from the Acts of Trade to the prohibition on private ownership of land in Newfoundland»¹⁵⁶. Gli appelli pervenivano da oltre 150 colonie e altre giurisdizioni d'oltremare (*Admiralty, Vice-Admiralty, consular jurisdictions*, ecc.): un formidabile strumento per estendere la *law of the land* nei territori assoggettati all'Impero. Proprio perché parte dell'Esecutivo, la sua *appellate jurisdiction* si fondava «upon the principle that is it the prerogative of the

¹⁵⁴ Sull'origine, v. Dicey, *The Privy Council*, Oxford, 1860, 6 ss.

¹⁵⁵ 13 Geo. III c. 33. Holdsworth, *A History of English Law*, cit., 516 ss.; Howell, *The Judicial Committee*, cit., 6-7.

¹⁵⁶ Howell, *The Judicial Committee*, cit., 1; Rankin, *The Judicial Committee*, cit., 5 e 7.

crown to entertain applications for redress from its subjects»¹⁵⁷. Limitazioni alla sua giurisdizione furono via via introdotti dagli Stati che, nell'acquisire l'indipendenza, decisero variamente di istituire propri organi di ultima istanza – anche in materia costituzionale – e di non considerare più il *Judicial Committee* la corte di vertice¹⁵⁸.

Nella disciplina del periodo coloniale rilevano due leggi del Parlamento britannico: i *Judicial Committee Acts* del 1833 e del 1844. S'istituì una corte ad accesso incidentale e concreto – sul modello, s'è già detto, nomocratico che sorge nell'esperienza coloniale statunitense¹⁵⁹. Il fatto che il *Judicial Committee* conoscesse appelli da talune corti inglesi e da un limitato numero di stati e territori¹⁶⁰ non nega l'effetto sistemico delle decisioni che, se «written for one Dominion or colony could have profound legal and political effects on another». Così accadde per *Winthrop v. Lechmere*. Né si negano gli effetti costituzionali delle decisioni. Nel 1760 il *Solicitor General* Charles Yorke affermò che gli atti delle colonie «[had] been declared void in the courts of Westminster Hall»; ma ancor più rilevanti sono i controlli sulle revisioni costituzionali, di cui si dirà¹⁶¹. Tale *constitutional attitude* si estese poi alle corti istituite nelle colonie: nel 1847 si registra la prima dichiarazione di illegittimità costituzio-

¹⁵⁷ Holdsworth, *A History of English Law*, cit., 522. Il riconoscimento dell'*appeal as a right* si trova in numerosi strumenti emanati per dare istruzioni ai governatori degli *overseas dominions*. Howell, *The Judicial Committee*, cit., 72 e A. Wood Renton, *Indian and Colonial Appeals to the Privy Council*, *J. Soc. Com. Leg.*, 1899, 350 ss. Che si trattasse di un *right in the subjects to appeal* e di un *duty* del monarca di rispondere alla *petition* v. s 20 *Judicial Committee Act 1833* e *Re Bishop of Natal* [1864], 3 Moo. P.C.N. S. 156; *Falkland Islands Co. v Reg.* [1863], 1 Moo. PCNS 312. V'era altresì un dovere costituzionale di non limitarlo da parte delle assemblee legislative.

¹⁵⁸ D. B. Swinfen, *Imperial Appeal: The Debate on the Appeal to the Privy Council, 1833-1986*, Manchester, 1987.

¹⁵⁹ 3 & 4 Wil. IV, c. 41; 7 & 8 Vict. 69. Holdsworth, *A History*, cit., 518. V. di recente P. Mitchell, *The Privy Council and the Difficulty of Distance*, *Oxf. J. Leg. St.*, Vol. 36, N. 1, 2016, 26 ss.; Beth, *The Judicial Committee*, cit., 22 ss.

¹⁶⁰ Cfr. *Nadan v. the King*, [1926] A.C. 482. H.H. Marshall, *The Judicial Committee of the Privy Council: A Waning Jurisdiction*, *Int. Comp. L. Q.*, Vol. 13, N. 2, 1964, 697 ss.; A.C. Cairns, *The Judicial Committee and its Critics*, *Can. J. Pol. Sc./Rev. Can. Sc. Pol.*, Vol. 4, N. 3, 1971, 301 ss.

¹⁶¹ J. D. Krikorian, *British Imperial Politics and Judicial Independence: The Judicial Committee's Decision in the Canadian Case Nadan v. The King*, *Can. J. Pol. Sc./Rev. Can. Sc. Pol.*, Vol. 33, N. 2, 2000, 292.

nale dichiarata dalla *Supreme Court of Van Diemen's land (Symons v. Morgan)*.

Il *Judicial Committee* ancora mantiene il potere di *reference*: la s 4 del *Judicial Committee Act 1833* riserva a «His Majesty to refer to the said Judicial Committee for hearing or consideration any such other matters whatsoever as His Majesty shall think fit; and such Committee shall thereupon hear or consider the same and shall advise His Majesty thereon in manner aforesaid». Un potere che si radica, non diversamente dai *colonial appeals*, nelle competenze del *Privy Council* come *Curia Regis* e che anch'esso vedremo essere stato recepito presso numerose *ex* colonie britanniche (v. *infra*, Cap. VI, § 5).

9. Il caso norvegese

Un'altra eccezione al privilegio del legislatore si dà in Norvegia, primo Paese europeo ad ammettere il controllo di costituzionalità nel 1822¹⁶². Con il che si sono individuate affinità tra i sistemi nomocratici norvegese e statunitense: non solo la Costituzione norvegese è la più antica, scritta e ancora vigente, in Europa, ma è della medesima generazione di quella statunitense; anche in Norvegia il controllo di costituzionalità fu introdotto in via pretoria dalla Corte suprema (*Høyesterett*) e non si radica in una disposizione costituzionale¹⁶³. In entrambi gli ordinamenti si avverte così l'esigenza che il testo costituzionale sia presidiato nella sua rigidità e reso *justiciable* nei confronti di tutti i pubblici poteri, in applicazione del canone interpretativo, che pone la Costituzione al vertice del sistema delle fonti normative e ne esalta «la diretta applicabilità giudiziaria»¹⁶⁴.

Per la verità, la costituzione attribuiva alla Corte suprema una funzione consultiva nei confronti del Parlamento, peraltro

¹⁶² Cfr. la sent. *Blom v. Aars* (1822). Cfr. R. Slagstad, *The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System*, in E. Smith (ed.), *Constitutional Justice*, cit., 81 ss.

¹⁶³ Cfr. E. Smith, *Pays Scandinaves*, in L. Favoreu, J.A. Jolowicz (dir.), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité e développements récentes*, Paris, 1986, 229. C. Smith, *Judicial Review of Parliamentary Legislation: Norway as a European Pioneer*, *Public Law*, 2000, 596; J. Husa, *Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective*, *AJCL*, Vol. 48, N. 3, 2000, 357.

¹⁶⁴ Cfr. Duranti, *Gli ordinamenti costituzionali nordici*, cit., 140.

mai utilizzata¹⁶⁵. Almeno in origine, il silenzio sul controllo successivo da parte della costituzione era estraneo alla cultura giuridica norvegese¹⁶⁶ e all'idea del privilegio dello *Storting*, del governo e de Re.

Senonché, è proprio dal principio di rigidità costituzionale (art. 112 Cost.) che fu desunto in via interpretativa il controllo nomocratico¹⁶⁷, generando un controllo incidentale, successivo e concreto.

L'*Høyesterett* ha progressivamente affermato tale controllo attraverso una serie di pronunce nel corso del XIX secolo¹⁶⁸, cui sono seguite rare precisazioni in poche ma significative decisioni del XX secolo¹⁶⁹. Tutte le decisioni in parola assumevano come parametri di costituzionalità poche disposizioni della Costituzione: quelle sullo *status* dei funzionari pubblici (art. 22), sull'espropriazione per pubblica utilità (art. 105), sul principio di non retroattività delle leggi (art. 97)¹⁷⁰.

L'attivismo della *Høyesterett* è progressivamente scemato per esaurirsi nel corso del XX secolo¹⁷¹. Nel fondamentale caso

¹⁶⁵ Slagstad, *The Breakthrough*, cit., 81 ss.

¹⁶⁶ C.M. Falsen, *Norges Grundlov gjennomgaaet i Spøgsmaal og Svar*, 1817, 147 ss.

¹⁶⁷ Slagstad, *The Breakthrough*, cit., 81 ss. La letteratura giuridica era favorevole al controllo: v. anche T. H. Aschehoug, *Forelæsninger over Norges offentlige Rett*, University of Oslo 1862-1863, Christiania, 1868 suppl. 1869, 6-24; L. M. B. Aubert, *Om den dømmende Magts Virksomhed*, *Ufl*, V, 1865, 77.

¹⁶⁸ Cfr. *Dahl v. Norway* (*Norsk Retstidende – Rt.* 1854: 93); *Lütow v. Norway* (*Rt.* 1863: 30); *Wedel-Jarlsberg v. Norway* (*Rt.* 1867: 165). Cfr. Duranti, *Gli ordinamenti costituzionali nordici*, cit., 141, «i precedenti giurisprudenziali – nel periodo 1820-1860 – sono genericamente scarsi, anche in considerazione del fatto che i voti e le opinioni dei giudici della Corte Suprema sono in questa fase (e fino a tutto il 1862) ancora segreti».

¹⁶⁹ Cfr. Slagstad, *The Breakthrough*, cit., 1995, 109 – anche se, tuttavia, dopo il 1970 vi è stata una ripresa di questa funzione. Cfr. E. Smith, *Norway – Supreme Court strongly reaffirms supremacy of constitution by striking down controversial legislative provisions*, *Public Law*, 2001, 188.

¹⁷⁰ *Rt.* 1917.392 e *Rt.* 1917.402, *Rt.* 1948.1147, 1149, *Rt.* 1952.31, 35, *Rt.* 1959.33 e molti altri. Cfr. Husa, *Guarding*, cit., 2000, 359, n. 58; R. Helgadóttir, *The Influence of American theories of judicial review on Nordic constitutional law*, Leiden and Boston, 2006, 135-141.

¹⁷¹ Husa, *Guarding*, cit., 357: «control by the courts ... was not taken into active use [...] until the middle of the 1970's». La Corte ha esercitato il controllo di costituzionalità in pochi casi, tra cui *Nørve Rt.* 1950:831 e *Gold clause* 1962:369.

Great Concession (1918)¹⁷², la Corte affermò che nella disciplina dei diritti economici la volontà e dunque l'interpretazione del Parlamento (*Storting*) deve prevalere su quella della Corte¹⁷³.

La limitazione per via parlamentare del controllo di costituzionalità proseguì alcuni anni dopo, nel 1926, quando una legge ordinaria stabilì che, per esercitare il controllo di costituzionalità sulle leggi, fosse necessaria la presenza di tutti e 19 i giudici della *Høyesterett* – più precisamente questa regola, detta *prejudikat*¹⁷⁴, stabilisce che solo la composizione plenaria della Corte può dichiarare l'incostituzionalità delle leggi.

Il controllo di costituzionalità in Norvegia ha così avuto carattere eccezionale nel contesto costituzionale del Paese. Per quanto praticato da più tempo che in qualsiasi altro Paese europeo e presente in modo latente in tutta la storia costituzionale norvegese – esso non è mai appartenuto ai principi fondamentali e strutturali del sistema costituzionale.

10. Le prime forme di giustizia costituzionale nel continente ibero-americano, antesignane del modello kelseniano

Si è soliti affermare che il modello accentrato nomocratico nasca con Kelsen, e che trovi concreta applicazione nel 1920, con l'istituzione del Tribunale *ad hoc* nella Costituzione cecoslovacca e con il *Verfassungsgerichtshof* nella Costituzione austriaca, rimasto in funzione fino al 1933 (v. *infra*, § 11).

La dottrina affianca a questi prototipi la Corte Suprema di Giustizia prevista dalla Costituzione dello Stato messicano dello Yucatán del 1841¹⁷⁵. Per la prima volta si prevedeva una giurisdizione speciale, in via di azione e concentrata, per la violazione dei diritti costituzionali degli individui ad opera di leggi e de-

¹⁷² Rt. 1918:401. Cfr. I.-J. Sand, *Judicial Review in Norway under Recent Conditions of European Law and International Human Rights Law - A Comment*, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 27, N. 2, 2009, 160 ss. V. anche Slagstad, *The Breakthrough*, cit., 107; Helgadóttir, *The Influence*, cit., 56 ss.

¹⁷³ Cfr. *supra*, § 3. Cfr. Husa, *Guarding*, cit., 359: «the Supreme Court follows the doctrine of interpretation ... trying to avoid possible unconstitutionality by using the Basic Law as the interpretation-medium [*Grunnloven som tolkningsmiddel*]».

¹⁷⁴ L. 2/1926 del 26 giugno 1926.

¹⁷⁵ Caielli, Palici di Suni, *La giustizia costituzionale*, cit., 8 ss.

creti o atti dei Governatori contrari a Costituzione (art. 62, n. 1¹⁷⁶). V'è da dire, tuttavia, che le Camere ancora conservavano (art. 38) un particolare potere di controllo, di tipo politico, sui giudici della Corte con funzioni di *amparo*. Esse potevano infatti giudicarne gli abusi e sanzionare i giudici della Corte Suprema nell'anno seguente a quello di emanazione della sentenza a maggioranza dei 2/3 dei presenti. Ciò, ovviamente, nell'ambito della medesima legislatura: cioè, ad opera delle stesse Camere che avevano approvato le leggi o i provvedimenti sui quali i giudici si erano pronunciati.

L'*amparo* fu poi recepito nella Costituzione federale messicana quale strumento di garanzia delle libertà costituzionali dei cittadini. L'art. 25 Cost. 1847 (c.d. formula Otero) lo articolava nella forma diffusa nordamericana, con efficacia *inter partes*, senza possibilità di produrre effetti generali sull'atto normativo impugnato¹⁷⁷. Il controllo di costituzionalità delle leggi seguiva ancora il modello politico: fino alla Costituzione del 1917, esso era assegnato al Congresso e ai Legislativi degli Stati membri (artt. 22-24).

Già nel XIX sec. l'America latina sperimenta, seppur in circostanze particolari e per periodi limitati, forme di controllo di costituzionalità concentrato. La concentrazione non è in favore di una Corte *ad hoc* ma della Corte suprema¹⁷⁸. In questa fase, l'influenza maggiore sulle prime Costituzioni post-indipendenza è del controllo politico francese¹⁷⁹; in misura minore vi concorre la diffusione di importanti opere tradotte in spagnolo sul costituzionalismo statunitense, come il *Federalist* e *La democrazia in America* di Tocqueville. Il modello kelseniano sarà fonte di

¹⁷⁶ «Corresponde a este tribunal reunido: 1. Amparar en el goce de sus derechos a los que le le pidan su protección contra las leyes y decreto de las legislaturas que sean contrarias al texto literal de la constitución».

¹⁷⁷ H. Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 1993, 159.

¹⁷⁸ A. Ramos Tavares, *Sistemas y modelos de justicia constitucional, con particular referencia a los ordenamientos latinoamericanos*, in S. Bagni (coord.), *Justicia constitucional comparada*, México, 2014, 223 ss.; L. Mezzetti, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, 78 ss.

¹⁷⁹ Si v., ad es., la Costituzione boliviana del 1826, che recepisce, attraverso la mediazione culturale del pensiero di Simón Bolívar, il modello francese istituendo la Camera dei Censori, o quelle del Brasile del 1824, dell'Ecuador tra il 1830 e il 1851, della Costa Rica tra il 1821 e il 1871, del Cile del 1833, ecc.

ispirazione soprattutto a partire dal secondo dopoguerra grazie alla versione spagnola del Tribunale di Garanzia costituzionale del 1931. In ogni caso, non si daranno mai trapianti anastatici, ma il modello kelseniano nella variante spagnola subirà ibridazioni con modelli autoctoni o recepiti in precedenza. Ciò produsse risultati originali di grande interesse scientifico e pratico¹⁸⁰ (v. *infra*, § 12).

La Costituzione del Venezuela del 1811 affermava, agli artt. 199 e 227, che le leggi contrarie ai diritti fondamentali e alla Costituzione in generale fossero da considerare nulle e senza alcun valore. Non veniva specificato l'organo abilitato a tale declaratoria, anche se il tenore letterale degli articoli fa supporre che vi fossero abilitati tutti i giudici secondo il modello statunitense. Già nella Costituzione del 1919 questi riferimenti scompaiono; con la Costituzione di Cucuta del 1921 l'interpretazione della Costituzione torna in via esclusiva alle Camere (art. 189).

Un mutamento sostanziale avvenne con la Costituzione del 1858 che, ben prima della nascita di Kelsen, istituì un'azione popolare di costituzionalità: l'art. 113, n. 8 prevedeva che la Corte suprema fosse competente a dichiarare la nullità di leggi provinciali contrarie a Costituzione, su proposta di qualsiasi cittadino. Tale disposizione non fu riprodotta nella Costituzione del 1864, né in quelle successive (1874, 1881 e 1891), dove il controllo di costituzionalità era riattribuito alle Camere ed esercitato in via preventiva (art. 55). Si riconosceva invece alla Alta Corte federale il potere di decidere in via esclusiva sui conflitti di competenza fra Stato e Repubbliche federate (art. 92), attribuzione riconfermata nelle Costituzioni successive.

Un controllo di costituzionalità accentrato e generale riapparve con la Costituzione del 1901, dove si prevedeva per la prima volta un procedimento incidentale presso la Corte federale o una Sala specializzata, composta da giudici della Corte Federale e della Corte di Cassazione, qualora la questione si trovasse in grado di appello (art. 106, n. 8). Il giudizio *a quo* non veniva sospeso, e se la causa era matura per la decisione, la sentenza veniva adottata ugualmente, a prescindere dal giudizio di costituzionalità, che avrebbe potuto essere applicato al caso in appello.

¹⁸⁰ F. Fernández Segado, *La Justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, t. III, *La justicia constitucional en América y en España*, Madrid, 2009, 56.

Infine, il Procuratore generale era tenuto a iniziare un procedimento di fronte alla Corte federale qualora, durante il procedimento legislativo, fosse stato sollevato un dubbio di costituzionalità del progetto, ma la legge fosse comunque stata sanzionata (art. 69)¹⁸¹.

La Costituzione colombiana del 1886¹⁸² prevedeva per la prima volta un sistema di controllo preventivo di costituzionalità accentrato nella Corte Suprema di Giustizia. I progetti di legge potevano essere rinviati alle Camere da parte del Presidente della Repubblica. Nel caso le Camere avessero riapprovato con la maggioranza dei 2/3, il Presidente era obbligato a promulgare la legge, tranne per l'ipotesi in cui il rinvio fosse giustificato da motivi di incostituzionalità. In tal caso, l'art. 90 prevedeva che il progetto di legge fosse trasmesso alla Corte suprema, che in 6 giorni doveva decidere nel merito, provocando l'archiviazione del progetto giudicato incostituzionale. Tale controllo preventivo fu riproposto nella Costituzione del 1910 in aggiunta a un'azione popolare contro leggi o decreti incostituzionali, a suo tempo introdotta nella Costituzione di Cundinamarca del 1811 (art. 41).

I caratteri innovativi delle esperienze costituzionali appena trattate hanno indotto parte della dottrina iberoamericana a parlare di un modello accentrato colombo-venezuelano¹⁸³, che ha senz'altro influenzato le riforme costituzionali negli altri Paesi del continente.

Ad es., nella Costituzione della Bolivia del 1861 veniva at-

¹⁸¹ Nella Costituzione del Venezuela del 1925, fu inserita una disposizione specifica sul potere di dichiarare nulla una legge per violazione dei diritti costituzionali, sempre concentrato nella Corte federale e di Cassazione (art. 34, confermato nelle Cost. 1928, 1929, 1931 e 1936; artt. 35 Cost. 1945 e 26 Cost. 1947). La Costituzione del 1953 introdusse un controllo preventivo davanti alla Corte federale su ricorso del Presidente della Repubblica (art. 90; v. anche art. 173 Cost. 1961), oltre al controllo generale di costituzionalità su ogni atto normativo (art. 133).

¹⁸² Già la Costituzione di Cundinamarca del 1811 accentrava il controllo di costituzionalità in un organo formalmente giurisdizionale, perché disciplinato nel titolo dedicato al *Poder judicial*. Il *Senado de censura y protección* aveva il compito di vigilare sull'applicazione della Costituzione e agiva sulla base di una *actio popularis* (art. 9 del titolo I). Ma tale organo era sostanzialmente politico: era composto dal Vicepresidente della *Representación nacional* (organo che riuniva tutti i poteri dello Stato) e da quattro membri eletti sempre dalla *Representación nacional*.

¹⁸³ Fernández Segado, *La Justicia constitucional*, cit., 85.

tribuita alla Corte di Cassazione la competenza a «Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes» (art. 65, n. 2). L'istituto, introdotto con decreto-legge nel 1857, affidava alla Corte suprema, in forma accentrata e incidentale, il potere di controllo di costituzionalità su leggi applicabili e rilevanti in casi civili pendenti¹⁸⁴. In base alla successiva Costituzione del 1878, la Corte suprema giudicava in unica istanza questioni sulla costituzionalità o incostituzionalità di leggi, decreti o risoluzioni (art. 111.2).

Anche il controllo diffuso di matrice statunitense trovò spazio in America latina durante il XIX secolo, essenzialmente negli Stati di tipo federale. Una prima fedele imitazione si ebbe in Guatemala: con la riforma della Costituzione della Repubblica del Centroamerica (1835), fu inserita una clausola di supremazia praticamente identica a quella statunitense (art. 189). Tuttavia, il controllo di costituzionalità diffuso che si instaurò a partire dal 1838 differiva da quello nordamericano. I tribunali potevano infatti risolvere le questioni di costituzionalità sorte nel caso concreto con efficacia *inter partes*, e contemporaneamente chiedere all'Assemblea legislativa una dichiarazione di incostituzionalità con efficacia *erga omnes*, applicabile solo *pro futuro*¹⁸⁵.

L'Argentina prese a modello gli Stati Uniti con la Costituzione del 1853. L'art. 31 dichiarava la Costituzione, le leggi federali approvate in accordo con essa e i Trattati internazionali, legge suprema della Nazione, a cui le autorità di ogni provincia erano obbligate a conformarsi. Come negli USA, il sistema fu integrato attraverso alcune fondamentali sentenze della Corte suprema, che riprendevano scrupolosamente le argomentazioni usate dal giudice Marshall¹⁸⁶. Tuttavia, come nel resto del continente, la recezione non fu passiva, in quanto l'ordinamento creò anche forme di garanzia costituzionale ad accesso diretto, come l'*amparo* (riconosciuto per la prima volta nella sentenza *Ángel Siri* del 1957) e l'*acción declarativa de certeza*.

¹⁸⁴ Cfr. F. Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Bolivia: la ley número 1836, del 1° de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, México, D.F./Guatemala, 2002, 13.

¹⁸⁵ Ramos Tavares, *Sistemas y modelos*, cit., 229.

¹⁸⁶ Caso *Caffarena vs. Banco Argentino del Rosario de Santa Fe*, 1871; caso *Eduardo Sojo*, 1887; caso *Municipalidad de la Capital vs. Elortondo*, 1888. Si v. Ramos Tavares, *Sistemas y modelos*, cit., 226.

Gli altri Paesi federali che recepirono il controllo diffuso furono il Brasile, con la Costituzione del 1891, e il Messico, a livello federale con la formula Otero, come ricordato *supra*.

11. Costituzionalismo *fin de siècle* ed *entre deux guerres*. L'opera di Kelsen

Rimane ora da esaminare come – e secondo quali modalità – i sistemi costituzionali continentali europei abbiano superato il dilemma del privilegio del legislatore. La letteratura appare univoca nel considerare centrale, in tal senso, l'opera di Hans Kelsen, che formulò già tra il XIX e il XX secolo in sede scientifica quello che è considerato il secondo modello esemplare giudiziario, quello *concentrato* (o *autonomo*), divenuto poi modello storico con l'adozione delle costituzioni austriaca e cecoslovacca nel 1920¹⁸⁷.

Si tratta di un modello che, quanto a struttura e composizione, combina elementi riportabili sia al modello politico sia a quello giudiziario. Tradizionalmente si guarda maggiormente al profilo giudiziario, poiché l'organo esercita la funzione con le stesse garanzie (di inamovibilità, terzietà e indipendenza) di cui godono gli organi giurisdizionali "ordinari". La stessa funzione nomocratica è, il più delle volte, esercitata nelle forme, o è comunque qualificata come, giurisdizionale, perché il controllo presenta i caratteri di un giudizio sulla legge valutata nella sua compatibilità con la Costituzione. Ciò che caratterizza la funzione è l'attribuzione o a un organo *ad hoc* (alla selezione dei membri concorrono i parlamenti e il potere giudiziario), qualificato come *Corte o Tribunale costituzionale* o da una speciale composizione dell'organo della giurisdizione.

Il modello fu elaborato, prima ancora di essere effettivamente adottato, da Kelsen. I caratteri che Kelsen desume dal controllo politico rimangono usualmente sullo sfondo. Cosa, questa, poco comprensibile se si rammenta che lo stesso Kelsen

¹⁸⁷ H. Kelsen, *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*, AöR, N. 32, 1914, 202 ss., 390 ss.; Id., *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnel)*, *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1928, 204; Id., *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, *Die Justiz*, 1930-1932; Id., *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, *Journ. Politics*, Vol. 4, 1942, 183 ss.

aveva qualificato l'organo di giustizia costituzionale da lui elaborato come *legislatore negativo* e ne aveva contenuto, come ancora oggi conferma la lettera dell'art. 140 Cost. austriaca, gli effetti delle decisioni entro il modello abrogativo¹⁸⁸. Queste, tuttavia, non sono scelte frutto di una discrezionale riflessione del giurista praghese; esse, al contrario, appaiono – come peraltro appare l'intero figurino tracciato da Kelsen nei suoi scritti – il tentativo, scientificamente meglio riuscito, di comporre il conflitto tra superiorità della Costituzione e privilegio del legislatore.

Non è un caso che il modello kelseniano maturi in un contesto giuridico-culturale (quello di area tedesca) nel quale la dottrina avvia una prima, seria riflessione sui sistemi di controllo di costituzionalità delle leggi. I precedenti culturali si danno già nell'opera di Jellinek¹⁸⁹ e risentono delle soluzioni apprestate in seno all'Impero austroungarico: vuoi a tutela delle minoranze parlamentari e linguistiche, vuoi perché la ripartizione territoriale del potere politico genera nell'Impero una conflittualità tra legislatori statale e dei singoli *Länder*.

Il problema è avvertito anche nei territori del futuro Impero tedesco: «judges are to be granted 'rights of judicial examination' is a fundamental question ... first raised in Germany in the early nineteenth century»¹⁹⁰. Una prima forma di controllo fu prevista, ad esempio, dall'art. 126 del progetto della *Paulskirchenverfassung* del 1849: vi si disciplinava un Tribunale Supremo del *Reich* che, se operativo, sarebbe divenuto il primo «Tribunal Constitucional Federal en sentido moderno», competente

¹⁸⁸ «The decision of the Constitutional Court by which a statute was annulled had the same character as a statute which abrogated another statute. It was a negative act of legislation»: Kelsen, *Judicial Review of Legislation*, cit., 187. Sul punto v. N. Sonntag, *Effetti delle decisioni della Corte costituzionale: il caso austriaco*, in D. Butturini, M. Nicolini, *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale italiano e comparato*, Napoli, 2014, 161 ss.

¹⁸⁹ G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, 1885, trad. it. *Una Corte costituzionale per l'Austria*, a cura di E. Palici di Suni, Torino, 2013. Cfr. altresì Caielli, Palici di Suni, *La giustizia costituzionale*, cit., 13 ss. Il primo autore a trattare di giustizia costituzionale è però J. V. Eötvös, *Der Einfluß der herrshenden Ideen des 19. Jahrhunderts auf den Staat*, 1854, II. V. altresì J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, 1990.

¹⁹⁰ Stolleis, *Judicial Review*, cit., 268.

sia a garantire la supremazia della costituzione rispetto al riparto delle competenze tra legislativi del *Reich* e dei *Länder*, sia il ricorso diretto dei cittadini a garanzia dei diritti fondamentali, già previsto dalle Costituzioni di taluni Stati tedeschi ¹⁹¹.

Si comprende, pertanto, perché lo *Staatsgrundgesetz* austriaco del 21 dicembre 1867 replichi, nella medesima area territoriale, questo dualismo di attribuzioni: come *arbitro* della ripartizione delle competenze tra *Reich* e *Länder* operava il *Reichsgericht*; lo *Spezialverwaltungsgerichtshof*, invece, stava a *garanzia* dei diritti civili e politici dei cittadini.

Certo, non siamo ancora di fronte al modello nomocratico, ma l'opzione indicata è la sola coerente e con il privilegio del legislatore e con la necessità di istituire un sistema arbitrale tra livelli di governo. Non è un caso che lo stesso Jellinek richiami un altro modello di controllo – garantista e arbitrale – che si era affermato sempre in area tedesca. È il sistema svizzero ¹⁹² che, dopo aver abbandonato il controllo di tipo politico previsto dalla costituzione del 1848 – che riservava funzioni arbitrale e garantista all'Assemblea federale con limitata possibilità di questa di adire il tribunale federale (artt. 174 e 105) – trasferì tali competenze (sui conflitti e sulla tutela dei diritti: art. 113) al Tribunale federale con la revisione costituzionale del 1874. Con una limitazione che, si vedrà (v. *infra*, Cap. II, § 4), restringe l'oggetto del giudizio: sono infatti ancora coperte dal privilegio del legislatore le leggi federali; di più: la legislazione cantonale deve rispettare l'intero *diritto federale* ¹⁹³.

Il modello svizzero trasmette sicuramente alla riflessione giuridica il principio della *concentrazione* del controllo nomocratico e l'accesso diretto (di Stati membri e cittadini) alla giustizia costituzionale. Se ne trae conferma nella Costituzione di Weimar, nella quale la *concentrazione* del controllo sulle leggi dei *Länder* è nelle mani del *Reichsgericht*, abilitato a conoscere, con efficacia *erga omnes*, contestazioni sulla compatibilità della legislazione sub-statale con il diritto del *Reich*. È un vero giudi-

¹⁹¹ A. Weber, *La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación*, *Rev. esp. der. const.*, N. 17, 1986, 51. Sul periodo 1848-1867 e sui vari progetti di costituzioni imperiali anteriori v. Cruz Villalón, *La formación*, cit., 233-237.

¹⁹² Jellinek, *Una Corte*, cit., 77.

¹⁹³ Cruz Villalón, *La formación*, cit., 49-69.

zio in via principale attivabile dalle autorità competenti dei due livelli di governo, a garanzia della *Rechtsverfassungsmässigkeit* (art. 13 Cost. Weimar). Vi si affiancava il controllo di costituzionalità all'interno dei *Länder* – ove questi intendessero istituirlo –; e il controllo di cui all'art. 19 innanzi allo *Staatsgerichtshof*: «in quanto non vi sia la competenza di un altro organo giudiziario del *Reich*, decide, su richiesta di una delle parti contendenti, le controversie costituzionali che sorgano all'interno di un *Land*, per la cui soluzione non esista alcun tribunale, ed altresì quelle di natura non privata fra diversi *Länder*, o fra il *Reich* e un *Land*».

L'art. 19, peraltro, si prestò a un'operazione ulteriore: abilitare il *Reichsgericht* a introdurre in via pretoria un controllo di legittimità sulle leggi mediante loro disapplicazione, in analogia a quanto accaduto in Svizzera – e pure in Romania, dove la Corte di Cassazione aveva introdotto tale controllo nel 1912, poi codificato nell'art. 123 Cost. 1923¹⁹⁴.

Tali ragionamenti riguardano una Costituzione – quella di Weimar del 1919 – e un'epoca – quella successiva alla Prima guerra mondiale – che ormai vedono progressivamente ridotte le obiezioni all'adozione di un assetto nomocratico. Se, invece, ci si concentra sui decenni anteriori al conflitto mondiale, il modello costruito sull'esempio svizzero pare difficilmente esportabile, quanto meno per due ordini di ragioni. Certo, *concentrazione* del controllo nomocratico e accesso diretto sono caratteri entrambi rinvenibili in Jellinek e Kelsen. Ma in Svizzera l'*adjudicator* è il potere giudiziario, cosa che non è compatibile con una concezione della separazione dei poteri che si basa sul privilegio del legislatore e che vede i giudici funzionari di nomina imperiale. Lo conferma anche il riferimento che sia Jellinek, sia Kelsen operano alla Corte suprema statunitense nei loro scritti¹⁹⁵. Ancora, l'immunità garantita al diritto federale non offre a Jellinek

¹⁹⁴ Cfr., per la Germania, 1924 RGZ 111, 320 (322). Weber, *La jurisdicción constitucional*, cit., 51; Cruz Villalón, *La formación*, cit., 88; Stolleis, *Judicial Review*, cit., 273 che riporta altri precedenti: del *Finanzhof* («the Reichsgericht ... has, by means of continuous review, entitled the courts of law to examine the formal and material legality of laws and ordinances insofar as such review is not prohibited by law.» (RGZ 1921, 102: 161–6)); e, «During the period of inflation, the Reichsgericht was even more emphatic in calling for a review of the constitutionality of laws (RGZ 1925, 111, 320)».

¹⁹⁵ Jellinek, *Una Corte*, cit., 103; Kelsen, *Judicial Review*, cit., 183 ss.

(e poi a Kelsen) la risposta decisiva in punto di controllo nomocratico: la possibilità, cioè, che l'intera attività legislativa sia scrutinabile alla luce della costituzione come legge fondamentale, vietata dall'art. 7 della legge sul potere giudiziario, parte dello *Staatsgrundgesetz* austriaco.

La risposta compatibile con tale quesito è *de lege ferenda*. Un controllo preventivo sulle delibere legislative a opera delle minoranze parlamentari da parte dell'istituendo Tribunale costituzionale federale, come prospettato da Jellinek¹⁹⁶; una corte *ad hoc* con funzione di legislatore negativo, come prospettato da Kelsen: soluzioni entrambe coerenti con il privilegio del legislatore.

Entrambi i modelli saranno applicati. Già con legge 25 gennaio 1919 la Assemblea Costituente istituì il Tribunale federale – il primo sul continente –: è l'erede del *Reichsgericht* imperiale sia perché vige il divieto di sindacato sulle leggi già in vigore, sia perché realizza, come voleva Jellinek, un controllo preventivo sulle leggi dei *Länder*. Il modello kelseniano prevalse nella Costituzione definitiva del primo ottobre 1920: sia per la creazione dell'organo *ad hoc*, vero *pendant* del Parlamento; sia perché tutti i conflitti vengono convertiti in conflitti su leggi, al fine di assicurare il primato della Costituzione federale, cui si affiancano altre competenze relative alla forma di Stato (controllo sui regolamenti, elezioni, diritti, ecc.)¹⁹⁷.

In tal modo, stabilito *se* istituire la Corte e *come* strutturarla, si pone il problema dell'accesso alla stessa. Già s'è detto (v. *supra*, § 7) che l'accesso previsto è in via d'azione, coerentemente con il tipo di Stato federale. E una configurazione analoga fu data pochi mesi prima alla Corte costituzionale cecoslovacca, chiamata a controllare in via preventiva le leggi del Parlamento e quelle approvate dall'assemblea della Regione rutena¹⁹⁸. Ma la Costituzione austriaca conteneva una vera eccezione: nei giudizi che le si svolgevano innanzi, la Corte costituzionale era abilitata a sollevare innanzi a sé incidente di costituzionalità su nor-

¹⁹⁶ Jellinek, *Una Corte*, cit., 69 ss.

¹⁹⁷ V. *infra*, rispettivamente, Cap. IV e Cap. V. Sul punto v. Cruz Villalón, *La formación*, cit., 249 ss.; C. Eisemann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1986.

¹⁹⁸ Costituzione del 29 febbraio 1929. V. Cruz Villalón, *La formación*, cit., 286 ss.

me rilevanti ai fini della decisione. Uno strumento processuale che cerca di evitare la creazione di zone grigie nel sistema; ma che trasforma il modello kelseniano in modello storico. Non è un caso che con la revisione costituzionale del 7 dicembre del 1929 tale tipologia di accesso incidentale sarà estesa ai vertici della giustizia ordinaria e di quella amministrativa; e nel 1976 anche a tutti gli organi giurisdizionali di secondo grado¹⁹⁹.

12. La breve esperienza del *Tribunal de garantías constitucionales* spagnolo del 1931, come forma esemplare per le Costituzioni delle *ex* colonie

La Costituzione di Cadice del 1812 è stata un modello per molti dei Paesi dell'America latina, che ottennero l'indipendenza dalla Spagna proprio attorno a quegli anni, tra il 1811, con la prima Dichiarazione di indipendenza del Venezuela, e il 1828, con quella dell'Uruguay. Tuttavia, quel testo non poté rappresentare una fonte di ispirazione circa il controllo giurisdizionale di costituzionalità, che proprio in quel periodo stava assumendo la forma della *judicial review of legislation* negli Stati Uniti. Secondo l'art. 372 Cost. spettava infatti alle *Cortes* valutare le istanze di violazione della Costituzione presentate all'inizio della sessione parlamentare, ed esse decidevano sul rimedio e sulla sanzione.

Oltre un secolo più tardi, nel ciclo costituzionale che interesserà l'America latina grosso modo a partire dal secondo dopoguerra, sarà ancora una volta la nuova Costituzione della *ex* potenza coloniale a fungere da modello per la recezione della forma accentrata di controllo di costituzionalità.

Tra il 1931 e il 1936, la Spagna visse una breve ma intensa esperienza repubblicana, a seguito della destituzione del Generale Primo de Rivera. La Costituzione della II Repubblica spagnola, approvata il 9 dicembre 1931, istituì il *Tribunal de garantías constitucionales*, organo *ad hoc* deputato al controllo di costituzionalità delle leggi in via successiva, che entrò in funzione nel 1933²⁰⁰.

¹⁹⁹ Bgbl 1975/302. R. Walter, *Die Neuregelung der Verordnungs- und Gesetzprüfung*, in H. Mayer et al. (Hrsg), *Neuerungen im Verfassungsrecht*, Wien, 1976, 79 ss.

²⁰⁰ R. M. Ruiz Lapeña, *El tribunal de garantías constitucionales en la 2a*

Come ricorda Corzo Sosa, nella presentazione del progetto di Costituzione alle *Cortes*, il Presidente della Commissione costituzionale Jiménez de Asúa dichiarò: «creamos ese Tribunal de Garantías constitucionales, que es parecido, en parte, al de Austria, pero sobre todo, es una síntesis del Tribunal constitucional de Norteamérica, del Juicio de Amparo de México y del de Conflictos de Francia»²⁰¹. Pare dunque da ridimensionare l'influenza giocata dal modello kelseniano sulla prima esperienza spagnola, da cui si trae essenzialmente l'idea di istituire un Tribunale *ad hoc*. Ad es., l'introduzione della questione di incostituzionalità è il risultato dell'applicazione del modello americano in un ordinamento senza sistema del precedente vincolante. L'art. 100 Cost., con una formulazione semplice, prevedeva che qualora un tribunale di giustizia si fosse trovato ad applicare una legge ritenuta contraria a Costituzione, avrebbe dovuto sospendere il processo e dirigere una "consulta" al Tribunale di Garanzia costituzionale. Il legame con la *judicial review* si nota nella previsione dell'art. 31 della Legge organica sull'organizzazione del Tribunale di Garanzia costituzionale (LOTGC), adottata in virtù dell'art. 124 Cost., che rinviava a tale fonte la disciplina dei ricorsi previsti dall'art. 121 Cost. Prima di giungere al Tribunale costituzionale, l'eccezione di incostituzionalità sollevata da un giudice *a quo* o da una parte processuale doveva passare al vaglio del Tribunale Supremo, che esercitava dunque un preventivo controllo di ammissibilità delle questioni. Ancora, l'art. 42 prevedeva che le sentenze che dichiaravano l'incostituzionalità della legge per ragioni materiali avessero efficacia soltanto per il giudizio *a quo*, come nel modello americano.

Le competenze del Tribunale erano fissate dall'art. 121 Cost.: ricorso di incostituzionalità sulle leggi; ricorso per revisione di *amparo* (quando non fosse stato possibile proporlo agli organi giudiziari competenti o fosse stato negato); conflitti di competenza legislativa e di attribuzione di poteri fra Stato e regioni autonome; verifica del numero e dei poteri dei compromissari nell'elezione del Presidente della Repubblica; giurisdizione

República española, Barcelona, 1982; più di recente si v. la raccolta della normativa relativa al Tribunale e delle sue pronunce, curata da M. Bassols Coma, *El Tribunal Constitucional de la II República*, Madrid, 2010.

²⁰¹ E. Corzo Sosa, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, 1998, 124.

penale sulle cariche di Capo dello Stato, Capo del Governo, Ministri, magistrati del Tribunale Supremo e Procuratore Generale.

L'art. 123 Cost. attribuiva una legittimazione ad agire molto ampia: Pubblico Ministero, giudici e tribunali nel caso della consulta, Governo e Regioni, ma anche persone fisiche e giuridiche, a prescindere dal fatto che fossero state direttamente lese dall'atto incostituzionale, quindi nella forma di un'azione popolare. Tale ultima previsione venne tuttavia neutralizzata dalla LOTGC, la quale specificò che i singoli potevano accedere all'organo di giustizia costituzionale in via di ricorso diretto, solo qualora il Tribunale supremo avesse rigettato la proposta di consulta.

Un significativo numero di competenze, un'ampia legittimazione ad agire e, ciò nonostante, uno scarso effetto pratico nella difesa della Costituzione. Pur indicando una pluralità di variabili (il breve periodo di attività, le difficoltà nell'implementazione dell'organo, l'eccessivo numero di funzioni attribuite, l'esclusione dal controllo delle leggi emanate anteriormente alla entrata in vigore della legge sul Tribunale di Garanzia), Rubio Llorente²⁰² attribuisce il mal funzionamento del sistema di giustizia costituzionale previsto dalla Costituzione del 1931 al particolare clima politico e alla ostilità generale dei costituenti nei confronti di un organo che poteva limitare fortemente l'azione del Parlamento. L'ordinamento non fu di fatto capace di superare in favore del *Tribunal* il dilemma del privilegio del legislatore più volte menzionato in questo capitolo: il peculiare contesto costituente, successivo all'instaurazione della II Repubblica, non poté facilmente affrancarsi dalle idee di democrazia radicale che avevano in buona parte ispirato il passaggio dal regime monarchico a quello repubblicano.

²⁰² F. Rubio Llorente, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, *Rev. Der. Pol.*, N. 16, 1982, 35.

CAPITOLO II

RIELABORAZIONE, CIRCOLAZIONE E DEFORMAZIONE DEI MODELLI ESEMPLARI

Sommario: 1. La fine della Seconda Guerra mondiale: dal predominio del modello nomocratico all'affermazione di quello pantocratico. – 2. L'introduzione della questione incidentale in Italia e Germania: *tertium genus?* – 3. La rielaborazione dei modelli: l'influenza statunitense nell'istituzione *ex novo* del controllo di costituzionalità in India e Giappone. – 4. Austria e Svizzera. – 5. La V Repubblica francese: dal modello politico a quello giurisdizionale. – 6. Il controllo politico secondo la dottrina marxista-leninista e nelle Costituzioni dei Paesi della famiglia giuridica socialista. – 7. In particolare, nei Paesi socialisti sopravvissuti al crollo dell'URSS. – 8. Riforme e circolazione dei modelli in America latina nel secondo dopoguerra. – 9. Decolonizzazione e giustizia costituzionale. – 9.1. L'influenza del modello coloniale francese nei Paesi del Maghreb e in Libano. – 9.2. Le colonie inglesi e il JCPC: nel *Global North* ... – 9.3. ... e nel *Global South*. Costituzioni di carta e conservazione del modello eurocentrico in Asia e Africa sub-sahariana. – 9.4. Il JCPC, giurisdizione "ancora coloniale": *British overseas territories* e Caraibi. – 10. Il perfezionamento del modello nordico. – 11. Lo "strano" caso del controllo di costituzionalità diffuso-concentrato in Grecia e Portogallo. – 12. La soluzione accentrata nella Costituzione spagnola del 1978. – 13. La concezione islamica del controllo di costituzionalità in Iran. – 14. Casi particolari di recezione del modello accentrato negli anni Ottanta. – 14.1. La Corte costituzionale turca. – 14.2. La *Cour d'Arbitrage* in Belgio. – 15. Il nuovo ciclo costituzionale degli anni Novanta. – 15.1. Il *judicial review* in Israele. – 15.2. La giustizia costituzionale in America latina con il *nuevo constitucionalismo*. – 15.3. La giustizia costituzionale nei Paesi del blocco comunista dopo il crollo dell'Unione sovietica e la disgregazione della Jugoslavia. – 15.4. Il modello misto in Sudafrica. – 16. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism* o forme di *Reverse Colonization?* – 17. Esportazione della democrazia e della giustizia costituzionale nei Paesi islamici del Medio-Oriente e del Sud-Est asiatico. – 18. L'evoluzione del controllo di costituzionalità in Francia dopo la riforma del 2008. – 19. Le riforme della giustizia costituzionale.

zionale in Europa centro-orientale secondo il nuovo modello di “democrazia illiberale”: i casi ungherese e polacco.

1. La fine della Seconda Guerra mondiale: dal predominio del modello nomocratico all'affermazione di quello pantocratico

Nella trattazione delle più recenti esperienze di giustizia costituzionale s'è deciso di usare come spartiacque la conclusione del secondo conflitto mondiale (2 settembre 1945). La data non ha solo valenza storica: la *debellatio* di fascismo e nazismo, l'Olocausto e la divisione del pianeta in blocchi (filoamericano, filosovietico e non allineato) hanno segnato il destino dell'umanità anche dal punto di vista giuridico. Infatti, il secondo dopoguerra conosce l'affermazione di una nuova famiglia giuridica (quella socialista) e, complice la reazione alla guerra e alla *Shoah*, una rinnovata attenzione per i diritti umani.

Il costituzionalismo *fin de siècle* ed *entre deux guerres* registra l'affermazione e il consolidamento dei principali modelli esemplari (v. *supra*, Cap. I, §§ 11-12) e vede delineati modalità di accesso, istituti processuali, tipologie ed effetti delle decisioni costituzionali. L'affermazione di tali modelli si confronta anche con i mutamenti occorsi a livello internazionale e in numerosi ordinamenti costituzionali. I mutamenti giustificano le espressioni, contenute nel titolo del presente capitolo, di *rielaborazione*, *circolazione* e *deformazione* dei modelli esemplari affermati alle soglie del secondo conflitto mondiale.

Si parla di *rielaborazione* perché, nel passaggio dai modelli ai sistemi di giustizia costituzionale, gli elementi pertinenti registrano le novità intervenute nei contesti nazionale e internazionale. Ai diritti già proclamati nelle Costituzioni di inizio secolo e del primo dopo-guerra, se ne aggiungono altri (si pensi ai diritti sociali), generando lunghi *bill of rights*. La loro costituzionalizzazione e la precettività diretta delle norme costituzionali premono per la loro giudizializzazione. In particolare, la tutela della dignità umana genera «una connessione fra regole giuridiche e valori morali per mezzo dei principi costituzionali»¹, che

¹ M. Barberis, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, 2012, 52.

permea la giurisprudenza delle Corti costituzionali, di vertice e internazionali.

L'impatto delle carte internazionali agevola pertanto una *circolazione* e diffusione della giustizia costituzionale². *Rielaborazione* e *circolazione* spesso operano congiuntamente. La giudizializzazione dei diritti, ad es., disegna un nuovo ruolo per gli organi di giustizia costituzionale, nel quale lo spazio per il controllo nomocratico – fino ad allora dominante – si riduce in favore di nuove funzioni della giustizia costituzionale più coerenti con la tutela dei diritti e la subordinazione dei pubblici poteri alla costituzione.

Si realizza così la transizione al modello pantocratico (v. *supra*, Introduzione, § 6): questo non si limita allo scrutinio dell'attività legislativa o alla distinzione fra potere costituente, di revisione costituzionale e normativo ordinario; al contrario, presuppone l'*applicazione diretta* della Costituzione a garanzia dei diritti e delle libertà. Se questa diventa la principale funzione della giustizia costituzionale, il modello pantocratico amplia l'oggetto del controllo: il sindacato verte ora su qualunque atto dei pubblici poteri.

La giustizia costituzionale sperimenta, poi, l'"internazionalizzazione del costituzionalismo" causata dalla diffusione del diritto internazionale dei diritti umani, che si accompagna al fenomeno (inverso) della "costituzionalizzazione del diritto internazionale"³. Sul piano della giustizia costituzionale, la conseguenza più evidente sarà ciò che si definisce *judicial dialogue*, ossia la (reale o fittizia?⁴) circolazione globale dei precedenti (e/o de-

² Cfr. Pegoraro, *Sistemi*, cit., 3-4.

³ Si è parlato di «diritto costituzionale internazionale» e di «supraconstituzionalità»: cfr. A. Reposo, *Diritto comparato, diritto comunitario e diritto internazionale-transnazionale*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2012³, 29. La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha generato la corrente del *global constitutionalism*. Cfr., tra gli altri, A. Suami *et al.*, *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, Cambridge, 2018; T. Kleinlein, A. Peters, *International Constitutional Law*, in A. Carty (ed.), *Oxford Bibliographies in International Law*, Oxford, 2018.

⁴ A. M. Slaughter, *A typology of Transjudicial Communication*, *Univ. Richmond L. Rev.*, 29, 1994, 102 ss.; S. Choudry, *Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, *Indiana L. Journ.*, Vol. 74, 1999, 836 ss.; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010. Sulla natura

gli argomenti in essi contenuti) fra le diverse Corti nazionali e sovranazionali, in senso orizzontale e verticale, con ricadute di teoria generale e dogmatica delle fonti (v. *infra*, Cap. VIII).

Ancora, la diffusione della giustizia costituzionale al di fuori dell'Occidente, la sua adozione durante i processi di de-colonizzazione o in esperienze appartenenti a tradizioni giuridiche estranee a quella occidentale e/o alla forma di Stato di democrazia pluralista ne ha comportato una *deformazione*. In tali ipotesi, essa non è più istituto centrale del costituzionalismo contemporaneo, ma la giustizia costituzionale opera qui come tecnica normativa di affermazione della superiorità del testo costituzionale nel quale si proiettano i valori di costituzioni (autocratiche, socialiste, ecc.) che poco o nulla hanno a che fare con quello (v. *supra*, Introduzione, § 2).

2. L'introduzione della questione incidentale in Italia e Germania: *tertium genus*?

Alla fine del secondo conflitto mondiale, i primi e rilevanti processi di rielaborazione dei modelli esemplari si diedero in Italia (1946-1948) e nella Repubblica federale tedesca (1949).

L'introduzione del controllo di costituzionalità sugli atti normativi venne affrontato, in Italia, dall'Assemblea costituente⁵. La preferenza era per un controllo giurisdizionale e obiettivo, con effetti *ex tunc*: si proponeva l'introduzione dell'azione popolare (che si affiancava alla questione incidentale) e si rinunciava al ricorso costituzionale per violazione dei diritti fondamentali, ritenendosi sufficienti per la tutela del singolo le garanzie offerte dai giudici ordinari e amministrativi.

Di rilievo furono le relazioni di Calamandrei, Leone e Patricolo, presentate nelle sedute 13-24 gennaio 1947. Calamandrei

vera o fittizia del dialogo v. M. Carducci, *Dialogo è comparazione? Saggio sul giudice "costituzionalista comparatista" nella prospettiva del metodo*, in S. Bagni, G. Pavani, L. Pegoraro (cur.), *Metodologia della comparazione. Lo studio dei sistemi giudiziari nel contesto euro-americano*, II ed. ampliata, Bologna, 2016, 44 ss.

⁵ In particolare, vi si dedicò la II Sottocommissione dell'Assemblea Costituente, che prese le mosse dagli accurati lavori preparatori della Commissione Forti, creata presso il Ministero per la Costituente per fornire i materiali di base per la redazione del progetto di Costituzione. Cfr. G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Milano, 1981.

proponeva l'adozione di un sistema misto diffuso-accentrato: al controllo da parte dei giudici ordinari si aggiungevano la sospensione del giudizio *a quo* con rinvio della questione alla Corte e il ricorso diretto astratto, anche per azione popolare⁶. Leone si richiamava al modello austriaco, integrato dall'accesso incidentale e dall'attribuzione alle sentenze di incostituzionalità di efficacia *ex tunc*. Patricolo prediligeva un sistema di accesso diretto con legittimazione anche al «potere giudiziario»⁷.

Il sistema di giustizia costituzionale meglio noto ai costituenti era quello statunitense; pochi conoscevano realmente il modello austriaco e, ancor meno, l'opera di Kelsen⁸. Dagli interventi emerge la scarsa comprensione dell'importanza del sistema di accesso per il corretto funzionamento del modello. Per un verso, i costituenti erano più preoccupati di conservare carattere giurisdizionale alla giustizia costituzionale; per altro verso, stava già operando in Italia un organo di giustizia costituzionale creato, proprio durante la fase costituente, per dirimere i conflitti tra lo Stato e la neo-istituita Regione Sicilia, con accesso esclusivamente diretto. Si tratta dell'Alta Corte prevista dallo statuto siciliano (r.d.lgs. n. 455/1946): l'organo, composto da membri eletti dal Parlamento e d'Assemblea regionale, era di tipo giurisdizionale; il controllo era attivabile nella forma del ricorso diretto per giudicare sulla legittimità costituzionale delle leggi siciliane e delle leggi e regolamenti statali rispetto allo statuto. Vi si affiancava il giudizio sulle accuse nei confronti del Presidente e degli assessori regionali per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni⁹.

⁶ P. Calamandrei, *Potere giudiziario e suprema corte costituzionale*, relazione alla Commissione per la Costituzione (II Sottocommissione) sul potere giudiziario e sulla suprema corte costituzionale: P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Vol. III, Napoli, 1968, 215 ss.

⁷ Per le relazioni ai progetti di Leone e Patricolo v. M. Battaglini, M. Minnini (cur.), *Codice della Corte costituzionale: con i lavori preparatori, la giurisprudenza, le norme impugnate. In appendice l'Alta Corte per la Regione siciliana*, Padova, 1964³, 140 ss., 148 ss.

⁸ Di conoscenze «approssimative» del modello austriaco ragiona, ad es., S. Basile, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze «tedesche»*, in U. De Siervo (cur.), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, I, *Costituzione italiana e modelli stranieri*, Bologna, 1980, 46, 96 ss.

⁹ Artt. 25-27 St. Sicilia. Per tale precedente cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984⁵, 224 ss.

Come dire: mentre l'Assemblea Costituente elaborava le proprie proposte, l'ordinamento italiano già sperimentava, nei rapporti centro-periferia e con limitata applicazione territoriale, una rielaborazione dei modelli esemplari.

Certo, non è chiaro quanto il funzionamento dell'Alta Corte abbia inciso sul risultato finale dei lavori dell'Assemblea. Sta di fatto che la soluzione prescelta fu un sistema di giustizia costituzionale articolato su due vie di accesso alla Corte costituzionale. Come per la Sicilia – e non diversamente dagli Stati federali –, il rispetto del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni è assicurato dal ricorso diretto d'incostituzionalità, attivabile dal Governo centrale e dalle stesse Regioni. L'esigenza di assicurare il rispetto da parte del legislatore dell'intero blocco di costituzionalità viene invece assolta dall'introduzione della questione incidentale, nella quale l'accesso di tipo *diffuso* da parte di ogni giudice è ibridato con il carattere *accentrato* dell'organo e del controllo (art. 1 l. cost. n. 1/1948). Mentre ricorso diretto e questione incidentale trattengono il sistema italiano tra i modelli nomocratici, le altre funzioni della Corte (conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato; giudizio sulle accuse; giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo di legge statale) introducono aperture verso il modello pantocratico di giustizia costituzionale¹⁰, seppur nel panorama comparatistico il sistema italiano resti uno dei più vicini a quello nomocratico¹¹.

Il sistema italiano rielaborò pertanto modelli già esistenti: gli stessi lavori preparatori della l. n. 87/1953, sulla costituzione e funzionamento della Corte costituzionale, evidenziano la consapevolezza che si stesse realizzando un sistema nuovo e unico nel panorama comparatistico. Nella relazione illustrativa al disegno di legge della II commissione permanente al Senato, l'on. Persico affermò che «nessuno Stato (salvo forse la Repubblica

¹⁰ Per il ricorso diretto v. l'art. 127 Cost.; per i requisiti di proponibilità della questione in via incidentale, non espressamente indicati in Costituzione, cfr. l'art. 1 l. Cost. n. 1/1948 e l'art. 23 l. n. 87/1953. Conflitti di attribuzione e giudizi sulle accuse sono previsti dall'art. 134 Cost., mentre il giudizio sull'ammissibilità delle richieste referendarie è nella l. cost. n. 1/1953. V. *amplius* V. Crisafulli, *Lezioni*, II, 2, cit.

¹¹ Tania Groppi parla di "parchitudine" del sistema: T. Groppi, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, *Rivista AIC*, N. 2, 2019, 408.

spagnola) ha, o ha avuto mai, una costruzione giuridica simile a quella italiana»¹².

Nella Repubblica federale tedesca, il superamento dei traumi del totalitarismo nazista fu affidato al complesso sistema di giustizia costituzionale disegnato nel *Grundgesetz* (GG) del 1949, anch'esso una decisa *rielaborazione* dei prototipi che si spinse ben al di là delle soluzioni già timidamente sperimentate nella storia costituzionale tedesca.

La rielaborazione della giustizia costituzionale è decisamente influenzata dall'assetto federale e dal carattere giurisdizionale del controllo esercitato. Va ricordato, infatti, che ciascun *Land* ha una propria Corte costituzionale; e che, ai sensi dell'art. 99 GG, può anche trasferire all'organo federale di giustizia costituzionale, il Tribunale costituzionale federale, la cognizione delle controversie di carattere costituzionale (*Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes*). Il controllo ha carattere giurisdizionale: l'art. 92 GG stabilisce che il Tribunale costituzionale federale esercita, al pari degli altri giudici, la giurisdizione, specializzandosi in controversie di tono costituzionale¹³.

Il numero e la rilevanza delle funzioni attribuite, la legittimazione, gli atti sottoponibili a controllo, ecc. lo candidano a prototipo di sistema pantocratico di giustizia costituzionale: ai sensi dell'art. 93 GG, al Tribunale costituzionale federale compete il controllo di costituzionalità sugli atti normativi, in via diretta, incidentale e tramite *Verfassungsbeschwerde*; la garanzia giurisdizionale dei diritti tramite ricorso costituzionale diretto; la funzione di arbitrato fra organi costituzionali, fra organi e competenze federali e statali; l'equilibrio della forma di governo tramite il controllo sui partiti, sulle elezioni, sulla figura del Capo dello Stato; l'equilibrio della forma di Stato, tramite la declaratoria sulla perdita dei diritti per abuso e i procedimenti disciplinari sui giudici, sul ricorso costituzionale diretto dei Comuni, ecc.

¹² Ma v. anche l'intervento dell'on. Azara nella seduta del 25 gennaio 1949, dell'on. Berlinguer nella seduta del 26 gennaio 1949, dell'on. Mastino nella seduta del 23 novembre 1950.

¹³ F. Palermo, *La giustizia costituzionale in Germania*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, cit., 146-147. Sulla collocazione della giurisdizione costituzionale nel sistema giudiziario v. A. Benz, *The Federal Constitutional Court of Germany: Guardian of Unitarism and Federalism*, in N. Aroney, J. Kincaid, *Courts in Federal Countries. Federalists or Unitarists?*, Toronto, 2017, 200 ss.

Una rielaborazione del controllo nomocratico si dà nel sindacato degli atti normativi, che può essere *astratto* o *concreto*. Il primo è quello definito all'art. 93, n. 2, sulla compatibilità del diritto federale e dei *Länder* rispetto alla Costituzione federale, attivabile su ricorso dei Governi regionali o di un terzo dei membri del Parlamento. Vi rientra altresì il controllo, previsto all'art. 94.2 GG: su istanza del *Bundesrat*, del governo di un *Land* o dell'assemblea rappresentativa di un *Land*, il Tribunale accerta se non sussiste più la necessità di una disciplina legislativa federale nel caso di attivazione della *Konkurrierende Gesetzgebung*. Il controllo concreto è disciplinato all'art. 100 GG: la questione, sollevata in via incidentale in un giudizio ordinario, va devoluta al Tribunale se il giudice ritiene incostituzionale «la legge dalla cui validità dipende una sua decisione».

La classificazione astratto-concreto non si riferisce, quindi, al giudizio costituzionale, bensì al giudizio *a quo* – meglio: al rapporto da cui sorge la domanda (*abstrakte oder konkrete Frage*). Il giudizio di costituzionalità resta in entrambi i casi astratto, in ragione dell'autonomia dell'oggetto del giudizio, mirante esclusivamente alla determinazione della validità o meno della norma¹⁴.

Le rielaborazioni italiana e tedesca dei modelli esemplari sono di solito raggruppate dalla dottrina comparatistica in un'unica classe, il *tertium genus* di giustizia costituzionale. L'elemento pertinente di classificazione è rappresentato dall'accesso, ove si ibridano, s'è visto, i modelli statunitense ed europeo-kelseniano. Va evidenziato come la proposta crei una classe basandosi su di un solo elemento, l'accesso in via incidentale per i controlli nomocratici, dimenticando che i due sistemi – in particolare, quello tedesco – sono ormai pantocratici (v. *supra*, Introduzione, § 7). Ancora, alla classe viene riportata anche l'esperienza spagnola, la cui giustizia costituzionale matura trent'anni dopo quelle italiana e tedesca, delle quali è comunque debitrice (*infra*, § 12).

Infine, la *law in action* dei tre ordinamenti presenta significative divergenze nel funzionamento. Queste dipendono dal passaggio dal modello nomocratico a quello pantocratico, sempre

¹⁴ E. Friesenhahn, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, in G. Anschütz, R. Thoma (Hrsg.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Vol. II, Tübingen, 1932, 523 ss. Cfr. A. Benz, *The Federal Constitutional*, cit., 204.

più evidente nelle prime Costituzioni del secondo dopoguerra e, ancor più, in quella spagnola del 1978. In Spagna e Germania, ai Tribunali costituzionali sono affidate nuove funzioni; e il controllo di costituzionalità delle leggi (sia esso sostanziale o per conflitto di competenze) ora assicura una penetrante tutela dei diritti fondamentali contro ogni potere dello Stato (attraverso l'*amparo* e la *Verfassungsbeschwerde*) e deve garantire la forma di Stato democratico-sociale (ad es., con il controllo sui partiti o sull'abuso di diritto). In Italia, invece, la Corte costituzionale resta essenzialmente giudice della funzione legislativa e della gerarchia normativa, e le funzioni ulteriori che la Costituzione le attribuisce sono più limitate. L'assenza di un ricorso individuale per la tutela dei diritti costituzionali e l'estrema ristrettezza nell'accesso portano la Corte a sviluppare una giurisprudenza interpretativa dei requisiti e della struttura del processo costituzionale tale da trasformare l'eccezione di incostituzionalità in uno strumento simile all'*amparo*, ossia di giustizia nel caso concreto, più che via alternativa di accesso a un giudizio costituzionale che resta astratto nella sua essenza, come in Germania e Spagna¹⁵.

Per questi motivi, il caso italiano e quei (pochi) sistemi che non prevedono procedimenti specifici per la tutela dei diritti vanno considerati espressivi di un vero e proprio modello nomocratico incidentale di giustizia costituzionale.

3. La rielaborazione dei modelli: l'influenza statunitense nell'istituzione *ex novo* del controllo di costituzionalità in India e Giappone

Nonostante le pressioni esercitate dagli Stati Uniti sui rispettivi processi costituenti, Italia e Germania adottarono un sistema di giustizia costituzionale di tipo kelseniano variamente influenzato dal modello diffuso per l'accesso incidentale¹⁶.

Fu il Giappone, uscito sconfitto dal conflitto mondiale, a su-

¹⁵ Tale lettura dei sistemi di controllo di costituzionalità in via incidentale si trova ampiamente argomentata in S. Bagni, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli dottrinali*, Bologna, 2007. V. anche Id., *Il controllo di costituzionalità in via incidentale in Italia*, DPCE, N. 1, 2014, 344 ss.

¹⁶ L'accesso incidentale era già previsto, a livello teorico, da Kelsen: cfr. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., 195.

bire maggiormente l'influenza statunitense nella transizione democratica. Per un verso, il *Kenpō* affida la funzione di garante della Costituzione alla Corte Suprema e a tutti i giudici secondo il modello diffuso. In particolare, l'art. 98 Cost. ripete la *supremacy clause* dell'art. VI, cl. 2 della Costituzione statunitense; l'art. 81 conferisce il compito di «determine the constitutionality of any law, order, regulation or any official act» alla Corte suprema che, sin dai primi anni di attività, riconobbe analoga competenza alle Corti inferiori¹⁷. Si affermò un sindacato concreto: «However, the authority that has been vested in our courts under the system now in force consists of the authority to exercise judicial power, and for judicial power to be invoked a concrete legal dispute must be brought before the courts ... In actuality, the Supreme Court possesses the power to review the constitutionality of laws, orders, and the like, but that authority may be exercised only within the limits of judicial power; in this respect, the Supreme Court is no different from the lower courts»¹⁸.

In base al codice di procedura civile, si accede alla Corte per *final appeal*. Il ricorso può essere presentato soltanto «by reason that a judgment contains a misconstruction of the Constitution or any other violation of the Constitution», o per difetto di giurisdizione o competenza (art. 312 c.p.c.). È stato introdotto uno *special appeal* alla Corte Suprema contro “final judgement” e contro decisioni/ordini di una qualsiasi corte, «but only on the grounds that the judgment involves an error in the interpretation of the Constitution or that it is otherwise unconstitutional» (artt. 327 e 336 c.p.c.). È una sorta di *certiorari*, che restringe la giurisdizione obbligatoria della Corte ai soli casi costituzionalmente rilevanti¹⁹.

Nel caso giapponese, tuttavia, il modello di riferimento è stato depotenziato. In primo luogo, la Corte giudica solo in via d'appello, non avendo giurisdizione originaria. In secondo

¹⁷ La prima pronuncia in questo senso ad opera dalla *Grand Bench* risale al 1950 (Corte suprema, *Grand Bench*, 1-2-1950, 4 *Keishū* 73). Cfr. E. Bertolini, *Corte suprema e potere democratico: la particolare interazione nel sistema nipponico*, in D. Butturini, M. Nicolini (eds), *Giustizia costituzionale e potere democraticamente legittimato*, II, cit., 216.

¹⁸ *Case Concerning the National Police Reserve*, 1952 (Ma) 23, Minshu, Vol. 6, N. 9, 783.

¹⁹ L. Fanotto, *La giustizia costituzionale in Giappone*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, cit., 518.

luogo, gli effetti delle sentenze si producono solo *inter partes*, non essendo, quello nipponico, un sistema di *common law*²⁰. Il regolamento della Corte ha poi previsto che le decisioni sull'incostituzionalità di un atto vanno comunicate alla Dieta, in modo che essa possa correggerne l'illegittimità. Infine, l'analisi storica della giurisprudenza della Corte mostra un elevato grado di *self restraint* nell'esercizio della *judicial review*²¹. Ciò è forse dovuto al fatto che i giudici sono nominati dall'Esecutivo e confermati a livello popolare nelle prime elezioni della Camera dei Deputati successive alla loro nomina, e poi ogni dieci anni. La previsione svolge probabilmente una funzione di freno nei giudizi contro atti provenienti da organi con legittimazione popolare. Un altro fattore rilevante può essere il ruolo consultivo dell'ufficio legislativo governativo (*Cabinet Legislation Bureau*), che svolge una funzione di assistenza al Governo, valutando in via preventiva la legittimità degli atti normativi proposti²². Infine, non meno importante, il crittotipo culturale della incondizionata deferenza verso le istituzioni e la preferenza per metodi di risoluzione informale delle controversie²³.

Nello stesso periodo di tempo, ma per motivi molto diversi, il sistema statunitense è assunto a modello dall'India, divenuta indipendente nel 1947. Già nel 1949 l'Assemblea Costituente indiana abolì l'appello al *Privy Council*, trasferendone le competenze (anche costituzionali) alla *Federal Court of India*²⁴; e la sez. 13 Cost. 1950 sembra riprendere la lunga tradizione della *judicial review of legislation*, che da Coke, passando per le pa-

²⁰ Court Act, N. 59/1947: «A conclusion in a judgment of a higher instance court shall bind the lower instance courts with respect to the case concerned».

²¹ J.O. Haley, *Decision Making on the Japanese Supreme Court: The Politics of Supreme Court Adjudication: Constitutional Adjudication in Japan: Context, Structures, and Values*, 88 *Wash. U. L. Rev.*, 2011, 1467 ss.

²² Cfr. Jun-ichi Satoh, *An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight*, 41 *Loy. L.A. L. Rev.*, 2008, 603 ss.

²³ Con indizi di parziale inversione di tendenza: E. Bertolini, *La tutela dei diritti fondamentali in Giappone: studio storico-giuridico tra tentazioni occidentali e radicamento asiatico*, Napoli, 2011, Cap. 1; però G. F. Colombo, *Oltre il paradigma della società senza liti – La risoluzione extra-giudiziale delle controversie in Giappone*, Milano, 2011.

²⁴ *Constituent Assembly Act No V of 1949*. Già il *Government of India (Federal Court) Orders 1936* aveva istituito la Corte suprema.

role del giudice Marshall, riconosce alle corti il potere di disapplicare leggi contrarie alla Costituzione: «(1) All laws in force in the territory of India immediately before the commencement of this Constitution, in so far as they are inconsistent with the provisions of this Part, shall, to the extent of such inconsistency, be void. (2) The State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this Part and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void».

Nonostante il richiamo quasi letterale ai casi *Bonham e Marbury v. Madison*, il controllo di costituzionalità esercitato dalla Corte suprema indiana è potenziato rispetto al modello statunitense. La Costituzione indiana riconosce espressamente tale potere alla Corte, assegnandole tre tipologie di funzioni, tutte implicate nel controllo di costituzionalità, e facendone una fra le più potenti Corti supreme e costituzionali al mondo²⁵. *Ex art. 131 Cost.*, la Corte ha giurisdizione originaria per i conflitti di competenza derivanti dalla configurazione federale dello Stato. Ha poi giurisdizione di appello, in quanto Corte di ultima istanza, in ogni tipo di giudizio, a condizione che la *high court* giustifichi che il motivo dell'impugnazione riguardi una questione di diritto di rilevanza costituzionale (sez. 132-136)²⁶. Infine, ha funzione consultiva, su richiesta del Presidente, per importanti questioni di fatto o di diritto, di rilevante interesse pubblico (sez. 143). A queste si aggiunge la tutela dei diritti, attraverso la previsione del ricorso diretto per loro violazione (sez. 32 cost). Tale ultima funzione è attribuita anche alle *High Courts* statali (sez. 226 Cost.), sicché il cittadino leso nei suoi diritti può rivolgersi indistintamente alla Corte suprema o alla *High Court* territorialmente competente secondo gli stilemi del sindacato diffuso²⁷.

²⁵ Cfr., per es., Lord Bingham of Cornhill, Lord Chief Justice of England and Wales, *Law Day Lecture*, (2000) 1 SCC (Jour) 29, www.supremecourt-cases.com.

²⁶ «132. (1) An appeal shall lie to the Supreme Court from any judgment, decree or final order of a High Court in the territory of India, whether in a civil, criminal or other proceeding, that the case involves a substantial question of law as to the interpretation of this Constitution. (3) Where such a certificate is given, any party in the case may appeal to the Supreme Court on the ground that any such question as aforesaid has been wrongly decided».

²⁷ D. Amirante, *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale*

L'istituto processuale della *Public Interest Litigation* (PIL) completa il quadro e amplia l'accesso alla Corte anche per questioni di rilevanza costituzionale. La PIL permette a organizzazioni, associazioni, ma anche a singoli cittadini, di agire in giudizio contro atti del Governo lesivi di diritti fondamentali di soggetti terzi, solitamente categorie svantaggiate e troppo deboli per andare in giudizio personalmente, nel solo interesse pubblico e con bassissimi oneri processuali²⁸.

I poteri esecutivi della Corte suprema sono estesi, per cui i diritti possono essere tutelati con un ampio grado di effettività, potendo essa emanare ordini, ingiunzioni e *writs* tipici dei sistemi di *common law*, con i quali può intimare direttamente ai pubblici poteri di espletare le azioni necessarie per assicurare il ripristino della situazione, il godimento effettivo del diritto, la reintegrazione nello *status quo ante*, il risarcimento, ecc.²⁹

Muovendo dai prototipi anglosassoni e da un'organizzazione del processo e del sistema giudiziario tipici di un Paese federale di *common law*, l'ordinamento indiano ha valorizzato l'efficacia garantista della giustizia costituzionale. Ha poi saputo adattare il sistema al particolare contesto giuridico, culturale, economico e sociale indiano, come testimoniato dalla creazione giurisprudenziale della PIL³⁰. Infine, il ruolo della Corte è accentuato dal carattere lungo e sociale della Costituzione, che disciplina direttamente il ruolo della Corte nella forma di governo e in quella di Stato.

dell'India contemporanea, Napoli, 2019, 209. Cfr. altresì M. Tewari, R. Saxena, *The Supreme Court of India: The Rise of Judicial Power and the Protection of Federalism*, in N. Aroney, J. Kincaid (eds), *Courts in Federal Countries*, cit., 239.

²⁸ B. Neuborne, *The Supreme Court of India*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, N. 3, 2003, part. 502.

²⁹ Sulle *curial procedures v. Tewari*, Saxena, *The Supreme Court of India*, cit., 243-244.

³⁰ «India. The emerging literature on Global South constitutionalism which seeks to locate the role of courts in the particular political and material realities of third world countries might be more a relevant interlocutor on the issue of the appropriate role of the judiciary. After all context does matter, even if it isn't everything»: A. Chandra, recensione ad Anuj Bhuwania. *Courting the People: Public Interest Litigation in Post-Emergency India*, *ICON*, N. 16, 2018, 718.

4. Austria e Svizzera

Si è già visto come l'origine dei modelli esemplari austriaco e svizzero di giustizia costituzionale sia da ricollegare al superamento del dilemma in cui il privilegio del legislatore aveva precipitato gli ordinamenti costituzionali del continente europeo nel XIX secolo (v. *supra*, Cap. I, § 11). In quella sede si era altresì rilevato come lo stesso Kelsen avesse immaginato un modello esemplare giudiziario, quello *concentrato* (o *autonomo*), ben radicato nella tradizione giuridico-culturale di area germanica³¹ e ben rappresentato dal modello svizzero. Questo, infatti, trasmette alla riflessione giuridica di area tedesca il principio della *concentrazione* del controllo nomocratico, il legame tra giustizia costituzionale e stato federale e l'accesso diretto (di Stati membri e cittadini) alla giustizia costituzionale.

Non si esamineranno qui nuovamente i due sistemi, ma ci si limiterà ad accertare in che modo, nei due ordinamenti costituzionali, siano stati perfezionati – anche mediante una loro rielaborazione – i caratteri del controllo di costituzionalità. Circa l'Austria, va ricordato che, dopo l'annessione (*Anschluss*) della stessa alla Germania (1938), la Legge costituzionale federale tornò in vigore nel 1945 – e l'Austria ottenne nuovamente piena sovranità nel 1955, anno in cui anche la Corte costituzionale tornò a funzionare³².

L'art. 140.1, Cost. prevede le tre classiche modalità di accesso. In via *incidentale*, la questione di legittimità costituzionale di una legge federale o provinciale è sollevata sia dai giudici di ultimo grado (Corte di giustizia amministrativa e Corte suprema di giustizia), sia di seconda istanza e, dal 2014, dai tribunali amministrativi, subentrati alle sezioni amministrative. Vi provvede – si ricordi – anche la Corte, abilitata a sollevare la questione innanzi a sé, se rilevante nel processo costituzionale. In via *d'azione*, la questione sulle leggi provinciali è promossa dal Governo federale, mentre quella su leggi federali su richiesta di un Governo provinciale, di un terzo dei membri del *Nationalrat Bundesrat* o di un terzo dei membri del *Bundesrat*. V'è infine il ricorso individuale diretto, ove un soggetto ritenga di essere

³¹ Kelsen, *Judicial Review*, cit., 183-200.

³² Cfr. E. D'Orlando, *La giustizia costituzione in Austria*, in Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, I, cit., 99 ss.

stato direttamente leso nei suoi diritti dalla legge perché in grado di spiegare effetti nei suoi confronti senza la pronuncia di un tribunale o senza l'emanazione di una sentenza. D'altra parte, anche il ricorso diretto di cui all'art. 144 Cost. avverso provvedimenti amministrativi di esecuzione di leggi ordinarie contrarie alla Costituzione può tramutarsi in un giudizio sulla stessa legge: ciò, perché la Corte può, come s'è appena detto, sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale della legge.

Se è pur vero che, per questa via, anche il ricorso individuale diretto tende all'instaurazione di un controllo sulle leggi, è altrettanto vero che il novero delle attribuzioni via via assegnate alla Corte costituzionale la ascrivono al *genus* dei sistemi pantocratici. La Corte, infatti, giudica sulla legittimità costituzionale dei trattati internazionali (art. 140a) nonché in una pluralità di altri giudizi, individuati agli artt. 137-139a e 141-144 Cost.³³.

Coerentemente con l'impostazione per cui il giudice costituzionale è un legislatore negativo, la disciplina costituzionale qualifica la decisione che dichiara la legge incostituzionale come "abrogazione" (*Aufhebung*) con effetti *pro futuro* e fatta salva la possibilità di una loro modulazione, ritardando l'applicazione della decisione fino a 18 mesi. Nessun effetto retroattivo, dunque: recita, infatti, l'art. 140.8, Cost., che «alle fattispecie verificatesi anteriormente alla pronuncia della Corte ... la legge continua tuttavia ad applicarsi». Si tratta del c.d. premio di cattura, a favore solo del processo *a quo* nel quale è stata sollevata la questione. Ciò, ovviamente, non osta a una generalizzata estensione

³³ In particolare, la Corte di giustizia costituzionale decide sui diritti patrimoniali che non possono essere trattati per le vie giudiziarie ordinarie né tramite l'autorità amministrativa interessata (art. 137); sui conflitti assoluti e relativi di competenza (art. 138); sugli accordi di diritto pubblico *ex art.* 15a.1 (art. 138a); sulla illegittimità dei regolamenti federali o provinciali su richiesta di un tribunale o d'ufficio (art. 139), sulla ripubblicazione di una disposizione giuridica (art. 139 a). Ancora (art. 141), la Corte decide sulle elezioni del Presidente federale, delle elezioni per le assemblee rappresentative generali, per il Parlamento europeo, per gli organi con potere normativo delle rappresentanze professionali; sulle impugnazioni delle elezioni provinciali e locali e sulla decadenza dal mandato rappresentativo. Ai sensi dell'art. 142, statuisce sulla messa in stato d'accusa con cui viene fatta valere la responsabilità dei supremi organi della Federazione e dei *Länder* per colpevoli violazioni di legge compiute nell'esercizio delle loro funzioni. Si pronuncia altresì (art. 145) su violazioni del diritto internazionale pubblico secondo le disposizioni di una legge federale speciale.

pro praeterito degli effetti delle decisioni, ben potendo la Corte disporre diversamente nella sua sentenza. Ove, invece, la Corte abbia posticipato nel tempo la produzione degli effetti, la legge troverà applicazione in tutte le fattispecie verificatesi prima del decorso di questo termine, ad eccezione – ancora una volta – del caso da cui ha preso occasione la sentenza³⁴.

Della Svizzera si è già evidenziato come, a seguito dell'approvazione della Costituzione del 1874, al modello politico di controllo di costituzionalità sia subentrato quello giurisdizionale (poi confermato dalla revisione del 1999), ancorché strutturato secondo un assetto peculiare³⁵. Il controllo è accentrato, ma nelle mani del Supremo Tribunale Federale, che è la più alta autorità giudiziaria della Federazione (art. 188 Cost.), i cui membri sono eletti dall'Assemblea Federale (art. 168 Cost.). Ne viene che il controllo è concreto e successivo³⁶.

Ai sensi dell'art. 189 Cost., il Tribunale federale giudica numerose controversie di carattere costituzionale: può essere adito per violazione del diritto federale, internazionale, intercantonale, e dei diritti costituzionali cantonali. I ricorsi sono anche a garanzia dell'autonomia comunale e dei diritti politici. A tale riguardo, va evidenziato come la revisione del 1999, nel consolidare la giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali, abbia introdotto nel testo costituzionale un apposito titolo (artt. 7-41 Cost.).

Le competenze dell'organo di giustizia costituzionale sviz-

³⁴ Cfr. D'Orlando, *La giustizia costituzionale*, cit., 99 ss.; P. Parodi, *La Germania e l'Austria*, in P. Carrozza, G.F. Ferrari, A. Di Giovine (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, I, Roma-Bari, 2019⁴, 184 ss. Sulla modulazione degli effetti temporali delle decisioni in Austria v. M. Nicolini, *Comparazione giuridica e diritto interno: per una ricerca sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità* e N. Sonntag, *Effetti delle decisioni della Corte costituzionale: il caso austriaco*, in D. Butturini, M. Nicolini (eds), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, cit., rispettivamente 1 ss. e 161 ss.

³⁵ Sul passaggio dal controllo politico a quello giurisdizionale nella costituzione del 1874 v. A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, I, *L'État*, Berne, 2013³, 648.

³⁶ M. Hottelier, *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice en Suisse ou l'exercice d'un contrôle concret des normes*, in *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice: une nouvelle étape après la QPC?*, sous la direction de M. Fatin-Rouge Stefanini e C. Severino, Aix-en-Provence, 2017, 107 ss. Cfr. E. Ferioli, *Svizzera*, in Carrozza, Ferrari, Di Giovine (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, cit., 289.

zero sono poi precisate dalla Legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005, che ha, secondo mandato costituzionale, anche la possibilità di conferire allo stesso altre competenze (art. 189.3 Cost.).

Circa le modalità di accesso, il Tribunale può essere adito in sede di *original jurisdiction* come arbitro tra la Confederazione e i Cantoni e quelle tra Cantoni (art. 189.2, Cost.; v. *infra*, Cap. IV, § 6). La legge sul Tribunale prevede poi che, in sede di gravame, siano esperibili ricorsi in materia civile (art. 73 l. TF), penale (art. 78 l. TF), di diritto pubblico (art. 82 l. TF). Vi si aggiunge il ricorso sussidiario in materia costituzionale interposto «contro le decisioni cantonali di ultima istanza laddove non sia ammissibile il ricorso ordinario» di diritto civile, penale e pubblico (art. 113 l. TF). Fra tutti i ricorsi, quello di diritto pubblico è esperibile da una pluralità di soggetti legittimati, contribuendo pertanto a una maggiore diffusione dell'accesso. Circa gli effetti del controllo di legittimità, va evidenziato che il Tribunale è una corte di cassazione: se la questione di legittimità emerge nel corso di un giudizio e la norma costituzionalmente illegittima è stata applicata dai giudici inferiori, il Tribunale la disapplica e cassa con rinvio³⁷; ove, invece, il ricorso sia presentato direttamente contro la legge cantonale, questa, se illegittima, può essere annullata.

In ogni caso, «Gli atti dell'Assemblea federale e del Consiglio federale non possono essere impugnati presso il Tribunale federale» (art. 189.4 Cost.). Come evidenziato in dottrina³⁸, l'esclusione delle leggi e di altri atti federali dal novero degli atti sindacabili ha evidenti ragioni storiche; in particolare, si tratterebbe di un "lascito" dell'originario controllo politico esercitato dal legislatore federale vigente la costituzione del 1848 e transitato nel testo costituzionale del 1874³⁹. Recitava, invero, l'art.

³⁷ «Les tribunaux cantonaux ont l'obligation, sur demande du recourant, de contrôler à titre préjudiciel la compatibilité du droit cantonal applicable avec la Constitution fédérale. Si, à l'issue d'un tel contrôle, la norme s'avère inconstitutionnelle, la juridiction compétente ne saurait formellement annuler celle-ci, mais pourrait modifier la décision qui l'applique»: *Arrêt* del TF 6B_856/2014 del 10 luglio 2015, *X. c. Ministère public de la République et canton de Genève*, consid. 3.3.

³⁸ Cfr. E. Ferioli, *Svizzera*, cit., 284.

³⁹ G. Seferovic, *Das Schweizerische Bundesgericht 1848–1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat*, Zürich, 2010, 18 s.

133.3 Cost. 1874: «In tutti questi casi però il Tribunale federale prenderà a norma le leggi emanate dall'Assemblea federale e le risoluzioni della medesima di carattere obbligatorio generale, come pure i trattati da lei ratificati».

La circostanza per cui il legislatore federale era anche guardiano della Costituzione aveva così creato una zona grigia nel sistema: escluso il sindacato sulle leggi federali, il Parlamento, prima, e il Tribunale federale, poi, si sarebbero focalizzati sulle leggi cantonali e sul riparto di competenze tra Confederazione e Cantoni⁴⁰.

Un parziale mutamento si registrò negli anni Sessanta del secolo scorso: il Tribunale federale iniziò a praticare l'obbligo di interpretazione conforme al diritto internazionale⁴¹; per poi giungere, nel 1990, ad apprezzare (senza giungere a disapplicare) il contrasto fra la legislazione federale e il diritto internazionale⁴². Nel 1990, in forza del monismo cui la Svizzera ispira i rapporti tra diritto interno e internazionale si dà la prima dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge federale per contrasto con il diritto internazionale⁴³. Tale monismo è ora enunciato espressamente all'art. 190 Cost.: «Le leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto».

⁴⁰ A. Lienhard *et al.*, *The Federal Supreme Court of Switzerland: Judicial balancing of Federalism without Judicial Review*, in *Courts in Federal Countries*, cit., 405 ritiene che l'esclusione del sindacato «is founded on the fear that the rescission of parliamentary decrees by the Federal Supreme Court might turn the latter into a political body and is therefore legitimized by the separation of powers».

⁴¹ *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* (ATF) 95 I 330 sent. *Jeckelmann*: «Sans doute le Tribunal fédéral ne peut-il examiner la constitutionnalité des lois fédérales ... mais on présume que le législateur fédéral ne propose pas des solutions contraires à la constitution, de sorte que les dispositions des lois fédérales doivent être interprétées d'une façon conforme à la constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit d'une loi».

⁴² ATF 117 Ib 367 *Eidgenössische Steuerverwaltung*.

⁴³ ATF 119 V 171 X.; 119 V 410 X.

5. La V Repubblica francese: dal modello politico a quello giurisdizionale

Nel Cap. I, § 7 abbiamo ricostruito le ragioni dell'affermazione, in Francia, del prototipo del modello politico di controllo di costituzionalità, giustificata tanto da ragioni filosofico-ideologiche (la legge quale unica forma di espressione della volontà generale, secondo Rousseau) che pratiche (la diffidenza verso i giudici, percepiti come potere conservatore e reazionario). Ciò nonostante, all'inizio del secolo e in particolare negli anni Venti, l'introduzione di un controllo giurisdizionale di tipo incidentale aveva trovato, seppur con breve afflato, sponde importanti nella dottrina francese (Berthélémy, Hauriou, Carré de Malberg, Eisenmann)⁴⁴. In questo quadro storico e culturale, la Costituzione del 1946 istituisce il *Comité constitutionnel*, operando una scelta di transizione dal modello politico a quello giurisdizionale. L'organo si componeva di 13 membri: il Presidente della Repubblica, che lo presiedeva; il Presidente dell'Assemblea Nazionale e il Presidente del Consiglio della Repubblica (membri di diritto); altri dieci membri non parlamentari selezionati per 2/3 dall'Assemblea e per il restante dal Consiglio della Repubblica, ogni anno all'inizio della sessione. Il mandato era gratuito; non erano richiesti requisiti tecnico-professionali: le candidature erano rimesse all'apprezzamento delle assemblee. L'organo non era terzo; ma funzioni e procedure influenzarono il *Conseil constitutionnel* nel 1958.

Ai sensi dell'art. 91 Cost., inserito nel titolo dedicato alla revisione costituzionale, «Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution». Su richiesta congiunta del Presidente della Repubblica e del Presidente del Consiglio della Repubblica (*saisine*: art. 92) e previa delibera a maggioranza assoluta del Consiglio della Repubblica, il *Comité* verificava se le leggi approvate dall'Assemblea Nazionale comportassero una revisione costituzionale.

Anche se la disposizione implicava un controllo di confor-

⁴⁴ J.-L. Halpérin, *La question prioritaire de constitutionnalité: une révolution dans l'histoire du droit français?*, Cahiers du Conseil constitutionnel N. 28 (Dossier: L'histoire du contrôle de constitutionnalité), juillet 2010, <https://www.conseil-constitutionnel.fr>.

mità dei progetti di legge rispetto alla Costituzione, esso verteva, nella sostanza, sul rispetto della procedura. Il conflitto era fra le competenze del medesimo organo che agiva in funzione diversa: da un lato, il Parlamento legislatore; dall'altro, il Parlamento in funzione di revisore costituzionale. Il *Comité constitutionnel* vigilava sugli eccessi di potere dell'Assemblea, la quale non poteva modificare la Costituzione con legge ordinaria, ma solo seguendo il procedimento rinforzato. In questo modo, l'intrinseco potenziale creativo del controllo di costituzionalità era stemperato, lasciando l'ultima parola al Parlamento: «Art. 93. La loi qui, de l'avis du Comité, implique une révision de la Constitution est renvoyée à l'Assemblée nationale pour nouvelle délibération». L'interpretazione della funzione della giustizia costituzionale come arbitrato fra poteri era rinforzata dalla già indicata *saisine* e dai soggetti legittimati all'azione: il Presidente della Repubblica, congiuntamente con quello del Consiglio della Repubblica, autorizzato da una votazione a maggioranza assoluta dell'organo (art. 92).

Anche in Francia, dunque, si può ragionare di *rielaborazione dei modelli esemplari* – qui, peraltro, senza circolazione, essendo la rielaborazione operata in fasi storiche differenti, all'interno del medesimo ordinamento costituzionale. E la stessa Costituzione del 1958, voluta per ben altre finalità, accetta con maggiore apertura l'istituzione di un organo terzo competente al controllo di costituzionalità, in grado di rappresentare un contrappeso rispetto all'asse maggioranza parlamentare-Esecutivo. È un ulteriore esempio di rielaborazione nel modello politico di giustizia costituzionale: il *Conseil constitutionnel*.

Questo è composto da 9 membri, nominati per un terzo ciascuno dal Presidente della Repubblica e dai Presidenti delle Camere, in carica per 9 anni e non rieleggibili (art. 56), rispetto ai quali la Costituzione fissa un'incompatibilità totale con il mandato parlamentare e quello ministeriale (art. 57). A questi si aggiungono, caso unico nel panorama comparatistico⁴⁵, i Presidenti della Repubblica viventi non più in carica.

A differenza del *Comité*, il *Conseil* esercita un controllo pantocratico: verifica la regolarità delle elezioni del Presidente della Repubblica e dei parlamentari; controlla la regolarità delle

⁴⁵ Ripreso soltanto da alcune ex colonie francesi: ad es., art. 51 Cost. Camerun; art. 153 Cost. Burkina Faso.

operazioni referendarie; effettua un controllo preventivo obbligatorio della conformità a Costituzione delle leggi organiche e dei regolamenti delle Camere, facoltativo sulle leggi ordinarie, a richiesta del Presidente della Repubblica, del Primo Ministro e dei Presidenti delle Camere. Essendo il controllo una delle sequenze procedurali del più complesso procedimento legislativo, la dichiarazione di non conformità a Costituzione della delibera legislativa chiude il procedimento stesso, impedendo alla legge di entrare in vigore – salvo modifiche da parte delle Camere, secondo quanto stabilito dal *Conseil*, o in alternativa, l’approvazione di una modifica costituzionale per eliminare l’incompatibilità tra le due norme.

A queste funzioni tipiche, se ne aggiungono altre sparse nel testo costituzionale legate alla funzione di arbitro tra i poteri dello Stato e bilanciamento della forma di governo: la verifica delle condizioni di esercizio dei poteri eccezionali da parte del Presidente della Repubblica (art. 16: v. *infra*, Cap. V, § 12); l’accertamento della conformità a Costituzione del progetto di legge di iniziativa mista parlamentare-popolare (art. 11⁴⁶); il controllo sulla ricevibilità dei disegni di legge e di emendamenti durante il procedimento legislativo se proposti in violazione del *domaine réglementaire* (v. *infra*, Cap. VI, § 3); l’esame di conformità a Costituzione dei Trattati internazionali, per cui l’autorizzazione alla ratifica può essere subordinata a revisione costituzionale (art. 54 Cost.). Altre competenze saranno introdotte nei decenni successivi: si pensi alla funzione (arbitrale) sui conflitti di competenza tra gli organi che detengono il potere legislativo in base al principio di *décéntralisation* territoriale: introdotta nel 1998, consente di verificare, in attuazione degli accordi di Nouméa sullo *status* della Nuova Caledonia, le *lois du Pays* e, dal 2003, rispetto all’istituzione delle collettività d’oltremare⁴⁷.

La Costituzione francese del 1958 diventa dunque il prototipo del controllo di costituzionalità *a priori*. Si tratta di un controllo necessariamente astratto, ossia esercitato nel solo interesse alla difesa della Costituzione, tanto che lo stesso *Conseil* nel 1996 rifiuterà di ammettere la rinuncia al procedimento da parte delle autorità legittimate, una volta iniziato il processo⁴⁸. Di più:

⁴⁶ Peralto, riformato nel 2008: v. *infra* § 19.

⁴⁷ Rispettivamente, artt. 77 e 74 Cost.

⁴⁸ Decisione N. 96-386 DC del 30 dicembre 1996.

alla luce del particolare contesto storico, istituzionale e normativo, il sistema francese rielabora il controllo politico e preventivo alla luce di quello accentrato kelseniano: la previsione esclusiva di un ricorso istituzionale diretto e *a priori* incide in maniera sostanziale sul ruolo del *Conseil* nella definizione della forma di Stato e di governo. Fin dal dibattito costituente appare chiaro come l'intento del Governo e degli stessi parlamentari non sia quello di istituire un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, bensì piuttosto quello di arginare il ruolo del Parlamento a vantaggio del rafforzamento dei poteri di indirizzo politico del Presidente della Repubblica⁴⁹. La composizione politica del *Conseil*⁵⁰, la limitata legittimazione attiva e il conseguente scarso numero di ricorsi, la natura esclusivamente preventiva del controllo, la limitatezza del parametro e la giurisprudenza stessa dell'organo nei primi quindici anni di attività confortano questa lettura. Ad es., il *Conseil*, nella decisione CC 61-20 DC, del 6 novembre 1962, si dichiarò incompetente a giudicare la conformità a Costituzione delle leggi referendarie, in quanto espressione diretta della sovranità popolare: il Consiglio doveva controllare il Parlamento, non la legge in generale.

La transizione del modello francese a un sistema *anche* di garanzia dei diritti e delle libertà individuali iniziò negli anni Settanta del secolo scorso. Vi contribuirono numerose decisioni e la riforma costituzionale del 1974. In primo luogo, le decisioni individuano il *bloc de constitutionnalité*, vale a dire un parametro composto da un «*corpus de normes constitutionnelles de référence bien au-delà du strict texte de la Constitution*»⁵¹. Con Déc. 19 giugno 1970, *Ressources propre des Communautés européennes*, n. 70-39 DC, il *Conseil* si richiama espressamente al preambolo; nella celebre Déc. 16 luglio 1971, *Liberté d'associa-*

⁴⁹ F. Hamon, C. Wiener, *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, Paris, 2011, 37; D. Rousseau, P-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11 éd., Paris, 2016, 11 ss.

⁵⁰ Tanto nel senso dei titolari del potere di nomina, quanto rispetto ai requisiti richiesti per la nomina. Una formazione giuridica non è infatti necessaria e per buona parte della storia del *Conseil* la metà dei suoi membri sono stati *ex* politici. A ciò si aggiunge che a partire dal 2004 con V. Giscard d'Estaing gli *ex* Presidenti della Repubblica hanno cominciato a frequentare le sessioni del Consiglio. Cfr. F. Hamon, C. Wiener, *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, Paris, 2011, 24 ss.

⁵¹ Drago, *Contentieux*, cit., 299.

tion, n. 71-441 DC lo scrutinio avviene alla luce del preambolo della Costituzione del 1946, richiamato dal preambolo del 1958, nella parte in cui rinvia ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica; nella Déc. 27 dicembre 1973, *Taxation d'office*, n. 73-51 DC, il *Conseil* ampliò ancor di più il *bloc de constitutionnalité*, incorporandovi, mediante il preambolo della Costituzione, la dichiarazione del 1789.

In questo modo, si apre la porta a un controllo di merito delle leggi rispetto ai diritti fondamentali, ossia una funzione di garanzia che le altre Corti costituzionali europee istituite nel secondo dopoguerra esercitavano già da tempo attraverso meccanismi quali la questione incidentale o il ricorso diretto di incostituzionalità⁵². Con la revisione costituzionale del 1974, che introduce il *droit de saisine* per 60 deputati o senatori e l'ampliamento della legittimazione ad agire, si assicura la via di accesso per esercitare questa nuova competenza, permettendo all'opposizione parlamentare di protrarre lo scontro politico perso in aula di fronte al *Conseil*, sui temi della tutela delle libertà costituzionalmente riconosciute.

6. Il controllo politico secondo la dottrina marxista-leninista e nelle Costituzioni dei Paesi della famiglia giuridica socialista

A conclusione della Seconda guerra mondiale, l'affermazione dell'Unione delle Repubbliche Sovietiche Socialiste (URSS) come potenza globale comporta la nascita della famiglia giuridica socialista, nella quale numerosi principi si oppongono alla giustizia costituzionale.

In primo luogo, il comunismo mirava alla dissoluzione dello Stato: sua naturale conseguenza era la realizzazione di una società paritaria, con conseguente inutilità dell'apparato statale. Con il venir meno dello Stato, il popolo avrebbe *naturalmente* iniziato a vivere secondo uguaglianza, e senza classi. Marx ed Engels erano peraltro consapevoli dell'impossibilità di transitare in modo immediato al comunismo. Per questo, dopo la conquista del potere da parte della classe operaia e contadina con ogni

⁵² Cfr. L. Philip, *Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel*, *Rev. Fr. Sc. Pol.*, Vol. 34, N. 4/5, 1984, 988 ss.

mezzo – anche rivoluzionario – sarebbe iniziata una fase intermedia (o inferiore) della società comunista, coincidente con il socialismo e la statizzazione dei mezzi di produzione. Con il mantenimento temporaneo della struttura statale, il popolo avrebbe sostituito la burocrazia professionale nell'esercizio delle funzioni amministrative. Democrazia e parlamentarismo, le istituzioni tipiche del diritto borghese, sarebbero state mantenute, ma al prezzo della loro trasformazione, rispettivamente, nello Stato dei soviet dei deputati, operai e soldati e nella «democrazia socialista», in cui la maggioranza (il proletariato) governa sulla minoranza (la borghesia)⁵³.

In secondo luogo, alla creazione della giustizia costituzionale si opponevano i principi di unità del potere statale e di doppia dipendenza gerarchica. La forma di Stato socialista rifiuta la separazione dei poteri – che è strumento di conservazione e di garanzia a vantaggio della classe borghese egemone – concentrando il potere interamente nelle mani dei *Soviet*. Il principio della doppia dipendenza – per cui ogni *Soviet* è controllato orizzontalmente dai propri elettori e verticalmente dal *Soviet* di livello superiore – impedisce la configurabilità di organi di controllo “esterni” alle assemblee. Dunque, non è compatibile con la famiglia socialista il controllo di costituzionalità esercitato da corti costituzionali: l'unico ammissibile è il controllo politico esercitato dagli stessi organi legislativi e, all'ultimo livello gerarchico,

⁵³ Cfr. K. Marx, F. Engels, *Il Manifesto del Partito comunista*, trad. it. a cura di L. Caracciolo, e-book, 1999, www.liberliber.it titolo originale: *Manifest der Kommunistischen Partei*, London, 1848: «Abbiamo già visto sopra che il primo passo nella rivoluzione dei lavoratori è l'elevazione del proletariato a classe dominante, la conquista della democrazia. Il proletariato userà il suo potere politico per strappare progressivamente alla borghesia tutti i suoi capitali, per centralizzare tutti gli strumenti di produzione nelle mani dello Stato, dunque del proletariato organizzato in classe dominante, e per moltiplicare il più rapidamente possibile la massa delle forze produttive». In *Stato e rivoluzione*, Lenin critica il parlamentarismo e prevede la trasformazione del Parlamento da un organo di “chiacchiere” a uno dove «i parlamentari debbono essi stessi lavorare, applicare essi stessi le loro leggi, verificarne essi stessi i risultati, rispondere essi stessi direttamente davanti ai loro elettori. Le istituzioni rappresentative rimangono, ma il parlamentarismo, come sistema speciale, come divisione del lavoro legislativo ed esecutivo, come situazione privilegiata per i deputati, non esiste più»: Lenin, *Stato e rivoluzione. La dottrina marxista dello Stato e i compiti del proletariato nella rivoluzione*, Milano, III rist. 2012, 63 s. Cfr. anche L. Gruppi, *Socialismo e democrazia. La teoria marxista dello Stato*, Milano, 1978, 245.

dal *Presidium* del Soviet Supremo, come dimostrano le Costituzioni di Romania (1965), Bulgaria, (1971), Repubblica Democratica Tedesca (1968), Ungheria (1972), Albania e Polonia (1976), URSS e Cuba (1977), Cina (1978).

Le applicazioni pratiche del comunismo non sono state omogenee e si sono differenziate in ragione delle aree di influenza politica e culturale, dando vita, anche in materia di giustizia costituzionale, a esperienze particolari.

Le Costituzioni russe recepiscono la dottrina marxista-leninista e, in particolare, i principi dell'unità del potere statale e di legalità socialista, per cui il sindacato sulla conformità a Costituzione degli atti approvati dai *Soviet* non può essere affidato a un organo giurisdizionale. Tuttavia, l'art. 24 Cost. del 1924 assegnava alla Corte suprema la funzione consultiva sulla legittimità costituzionale degli atti normativi delle Repubbliche federate⁵⁴. Il riferimento scomparve nella Costituzione del 1936.

Fino alle prime riforme della *perestrojka*, al *Presidium* del *Soviet* supremo spettava la funzione di garante della Costituzione. Tra il 1988 e il 1989 tale funzione fu attribuita al Comitato di sorveglianza costituzionale, organo di natura consultiva eletto dal Congresso del popolo ma dotato di un certo grado di autonomia d'azione. Il Comitato formulava pareri sulla costituzionalità delle leggi e sulla legalità dei provvedimenti normativi degli organi di rango inferiore in via preventiva e successiva. Il parere aveva effetto sospensivo, superabile, per le leggi federali a maggioranza dei 2/3 del Congresso. In caso di inerzia della Camera, il parere si riteneva confermato. Il sistema si manteneva così coerente con il principio della supremazia degli organi popolari rappresentativi. Il Comitato funzionò dal maggio 1990 a dicembre 1991 ed emise 23 decisioni, fra cui alcune ancora rilevanti per il consolidamento dell'ordinamento democratico, come il divieto di attuare provvedimenti normativi senza la loro preventiva pubblicazione.

Tra i Paesi satelliti dell'Europa centrale e orientale, l'esperienza cecoslovacca è di particolare interesse. Già s'è visto (v. *supra*, Cap. I, § 11) che la Costituzione del 1920 introdusse

⁵⁴ M. Mazza, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Padova, 1999, 176. Sui caratteri dell'ordinamento giudiziario sovietico cfr. S. A. Riesenfeld, J. H. Hazard, *Federal Courts in Foreign Systems*, in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 13, N. 1, 1948, 58-61.

per prima in Europa il sindacato accentrato di costituzionalità, influenzando lo sviluppo del costituzionalismo cecoslovacco anche nel periodo socialista. Mentre le Costituzioni del 1946 e del 1960 rigettavano il controllo giurisdizionale di costituzionalità, attribuendolo invece all'Assemblea nazionale, la Costituzione del 1968 optava per un assetto federale. Fu pertanto prevista la creazione di un sistema di Corti costituzionali, a livello federale e degli Stati membri, funzionale alla risoluzione dei conflitti di competenza fra le diverse entità che, tuttavia, non entrò mai in funzione.

La Costituzione rumena del 1923 subì l'influsso della dottrina costituzionalistica francese e italiana: attribuì alle sezioni unite della Corte suprema il sindacato giurisdizionale sulle leggi e istituì il Consiglio legislativo, un organo consultivo che forniva al Parlamento pareri circa la conformità alla Costituzione dei progetti di legge⁵⁵. Il Consiglio legislativo alla francese, abbandonato nelle prime Costituzioni dell'era socialista, fu riabilitato nel 1971; un ruolo rilevante nella funzione di garanzia costituzionale fu assegnato a una speciale commissione parlamentare, detta inizialmente Commissione delle leggi e poi costituzionale, anche se l'ultima parola spettava sempre all'Assemblea Nazionale⁵⁶. Dopo il crollo del regime comunista e prima dell'entrata in vigore della nuova Costituzione, la Corte Suprema di Cassazione svolse il controllo di costituzionalità, recuperando il ruolo già attribuitole dalla Costituzione del 1923.

Anche in Polonia forme embrionali di controllo giurisdizionale risalgono al periodo anteriore al regime comunista⁵⁷, mentre le Costituzioni socialiste lo rigettarono totalmente. Il controllo giudiziario di costituzionalità fu reintrodotta con la riforma costituzionale del 1982. Il Tribunale costituzionale, istituito nel 1985, poteva essere adito in via principale da un ampio numero di organi e in via incidentale dai tribunali. Questi, tuttavia, non potevano sollevare la questione direttamente al Tribunale, bensì dovevano rimetterla a uno degli organi formalmente legiti-

⁵⁵ Cfr., rispettivamente, artt. 103 e 76 Cost.

⁵⁶ M. Mazza, *La giustizia costituzionale*, cit., 332.

⁵⁷ Cfr. l'art. 81 Cost. del 1921: «The courts have not the right to inquire into the validity of duly promulgated statutes». La disposizione fu interpretata nel senso che le corti potessero sindacare la conformità a Costituzione di atti sublegislativi e che dovessero svolgere un controllo formale sul regolare procedimento di formazione delle leggi.

timati. Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità di una norma di legge non erano definitivi: l'ultima parola spettava al Parlamento, che poteva riapprovare l'atto senza modifiche a maggioranza dei 2/3 dei suoi componenti. Non si trattava dunque di una vera e propria Corte costituzionale, bensì di un organo di garanzia consultivo per l'Assemblea⁵⁸.

Il modello jugoslavo era una reazione a quello sovietico: nel 1948 la Jugoslavia, infatti, fu espulsa dal Cominform. La realizzazione della società comunista venne perseguita mediante l'autogestione operaia e agricola (formalizzate nella Costituzione del 1953). Lo statuto dei diritti dell'individuo aveva duplice valenza poiché derivante dalla comunità politico-sociale e da quella economica. Si rafforzò la garanzia dei diritti del singolo all'interno delle comunità di appartenenza; nel 1963 fu creato un sistema di Corti costituzionali, federale e statali, che garantiva il rispetto della Costituzione federale, risolveva i conflitti fra le entità federate e la Federazione e quelli di attribuzione fra i poteri dello Stato e tutelava i diritti di autogoverno e le libertà individuali⁵⁹. La Corte federale era adita sia in via di azione (dai legislativi ed esecutivi federale e statali, dal Procuratore federale della Repubblica, dalle Corti costituzionali delle Repubbliche federate, dalle assemblee locali e dalle organizzazioni di autogestione dei lavoratori, qualora la questione riguardasse i loro diritti), sia di eccezione (art. 249). Se entro sei mesi l'organo legislativo federale o statale che aveva emanato l'atto incostituzionale non provvedeva a sanare il vizio, la legge cessava di ricevere applicazione (artt. 245 e 246). La Corte aveva un potere diretto di annullamento delle disposizioni di rango sublegislativo, (art. 247) e svolgeva funzioni consultive rispetto all'Assemblea

⁵⁸ M. Granat, *Constitutional judiciary in crisis. The case of Poland*, in Z. Sente, F. Gárdos-Orosz (coords), *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*, London-New York, 2018, 133. Istituto simile fu creato nel 1983 in Ungheria: il Consiglio costituzionale aveva la funzione di controllare la legittimità di tutti gli atti normativi. Anche in questo caso gli effetti delle pronunce non erano vincolanti: la decisione finale sulla sorte dell'atto contestato spettava al Parlamento.

⁵⁹ Art. 74.3 («The protection of constitutionality shall be vested in constitutional courts»). Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Il problema del controllo di costituzionalità delle leggi negli «stati socialisti» europei*, *Il Politico*, Vol. 49, N. 2, 1984, 230. Sulla tutela dei diritti v. l'art. 241: «The Constitutional Court of Yugoslavia shall ... decide on the protection of the rights of self-government and other basic freedoms and rights established by the Constitution ...».

federale sulla costituzionalità dei progetti di legge (art. 244). Infine, l'art. 250 Cost. abilitava la Corte a emanare sentenze interpretative.

Il sistema di giustizia costituzionale jugoslavo era in sé compiuto già durante il regime comunista; sicché la disgregazione della Federazione e la transizione dei nuovi Stati alla democrazia non portò novità in termini di istituti di garanzia.

7. In particolare, nei Paesi socialisti sopravvissuti al crollo dell'URSS

Dopo il crollo dell'Unione sovietica, la tradizione giuridica socialista (se non la famiglia giuridica, che può forse dichiararsi "estinta"⁶⁰) sopravvive in pochi Paesi, nei quali il modello di giustizia costituzionale prevalente resta quello politico.

A Cuba, la Costituzione socialista del 1959 mantenne formalmente il Tribunale di Garanzia costituzionale istituito nel 1940, definitivamente abolito nel 1976⁶¹. In Asia, Laos e Vietnam applicano tuttora il controllo politico affidato all'Assemblea popolare; mentre la Mongolia – Paese divenuto socialista e filosovietico con la rivoluzione del 1921 e la Costituzione del 1924 – si avvicina a modelli occidentali con la Costituzione del 1992 che stabilisce un sistema di garanzie costituzionali basato su una Corte specializzata. Questa può essere adita dal Parlamento, dal Presidente, dal Primo Ministro, dalla Corte suprema o dal Procuratore generale della Repubblica, e agire di propria iniziativa, sulla base di petizioni o informazioni provenienti dai cittadini (art. 66.1 Cost.). Ove rilevi un'incostituzionalità, la Corte informa il Parlamento; se questo non si adegua, la Corte statuisce definitivamente sulla costituzionalità dell'atto con effetto costitutivo *erga omnes* (art. 66 cc. 3 e 4).

Pur avendo sperimentato una propria via al socialismo, anche la Repubblica popolare cinese aderisce ai principi della forma di Stato marxista-leninista. Le Costituzioni del 1954, 1975 e 1978 fino a quella del 1982 (più volte emendata fino alla recente revisione del 2018) non ammettono il controllo giurisdizionale

⁶⁰ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019³, 139.

⁶¹ F. Fernández Segado, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Tomo III, *La justicia constitucional en América latina y en España*, Madrid, 2009, 259 ss.

di costituzionalità; questo è affidato all'Assemblea, al Comitato permanente del Congresso popolare e ai congressi locali (artt. 62 e 67 Cost.)⁶².

La legge sulla legislazione del 2000, che stabilisce la gerarchia delle fonti e detta le regole per la risoluzione delle antinomie, elenca gli organi titolari del potere di annullamento di atti contrari a norme sovraordinate, istituendo un sistema a cascata: in ultima istanza, l'Assemblea popolare ha il potere di annullare leggi approvate dal suo *Presidium* (art. 88); i soggetti legittimati a richiedere l'annullamento di atti che violano la Costituzione sono «[the] State Council, the Central Military Commission, the Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate and the standing committees of the people's congresses of the provinces, autonomous regions and municipalities» (art. 90). Infine, «State organs other than the ones mentioned ..., public organizations, enterprises and institutions or citizens» possono segnalare tale situazione al presidium dell'Assemblea, che assegna l'istruzione del procedimento a un ufficio appositamente creato, la *Law Commission*.

È interessante notare come, sulla carta, il controllo politico si integri con i principi della *rule of law* e della supremazia della Costituzione sulle altre fonti dell'ordinamento⁶³. Tali principi

⁶² Cfr. il Rapporto *The Socialist System of Laws with Chinese Characteristics*, Information Office of the State Council, ottobre 2011: «From 2009, the NPC Standing Committee, the State Council, and local people's congresses and their standing committees started to sort out laws and regulations in an all-round way. The NPC Standing Committee annulled eight laws and decisions about legal issues, and revised 59 laws. The State Council annulled seven administrative regulations and revised 107 administrative regulations. Local people's congresses and their standing committees annulled 455 local regulations, and revised 1,417 local regulations. Such work has helped to solve the problem of incompatibility among laws and regulations».

⁶³ Così, almeno, dall'incorporazione del pensiero di Deng Xiaoping sul socialismo a caratteri cinesi. Cfr. l'art. 5 Cost. (in corsivo la parte aggiunta con la revisione del 2004): «1. *The People's Republic of China governs the country according to law and makes it a socialist country under rule of law.* The State upholds the uniformity and dignity of the socialist legal system. 2. No laws or administrative or local regulations may contravene the Constitution. 3. All State organs, the armed forces, all political parties and public organizations and all enterprises and institutions must abide by the Constitution and other laws. All acts in violation of the Constitution or other laws must be investigated. No organization or individual is privileged to be beyond the Constitution or other laws». L'obbligo di rispettare la Costituzione per «The people of all nationalities, all State organs, the armed forces, all political parties and

vanno tuttavia intesi nel quadro della forma di Stato socialista, per cui la violazione della Costituzione è legittima ogni qual volta sia giudicata necessaria allo sviluppo del Paese⁶⁴. La dottrina ammette dunque rotture della Costituzione, che non dipendono dall'avverarsi di condizioni oggettive, bensì da valutazioni assolutamente discrezionali dell'Assemblea e del suo Comitato permanente – in ultima analisi, dalle scelte del Comitato centrale del Partito comunista popolare cinese.

Con la Costituzione del 1982 e le successive revisioni, è iniziato un percorso di rinnovamento del socialismo cinese, che ha aperto uno spiraglio circa la possibile introduzione di un sistema a sindacato diffuso. La sent. *Qi Yuling v. Chen Xiaoyi and Others* (2001) è stata equiparata a *Marbury v. Madison* per la sua potenzialità di innovare il sistema di giustizia costituzionale⁶⁵: per la prima volta, un diritto costituzionale è stato posto alla base della soluzione di un caso e una corte ordinaria è stata invitata a dare diretta applicazione alla Costituzione. Tuttavia, la comparazione più appropriata è forse quella con il caso *Bonham*, visto che nessun giudice ha poi dato applicazione al precedente stabilito in *Qi Yuling*. Non a caso, il 18 dicembre 2008, la Corte suprema ha emanato l'Interpretazione n. 15, con cui sono state espressamente abolite una serie di interpretazioni precedenti, fra cui quella sull'applicazione diretta della Costituzione⁶⁶.

Tra i Paesi socialisti a carattere filocinese si annoveravano

public organizations and all enterprises and institutions» è ribadito anche nel preambolo costituzionale.

⁶⁴ Sulla dottrina delle “violazioni benevoli della Costituzione” v. Q. Zhang, *The Constitution of China. A Contextual Analysis*, Oxford and Portland, 2012, 61; A. Rinella, *Cina*, Bologna, 2006, 130 ss.

⁶⁵ R. J. Morris, *China's Marbury: Qi Yuling v. Chen Xiaoyi - The Once and Future Trial of Both Education & Constitutionalization*, *Tsinghua China Law Review*, N. 2, 2012, 273 ss. La decisione riguardava una frode con furto di identità. Qi e Chen erano due studentesse della stessa età, della provincia dello Shandong, che nel 1990 sostennero l'esame di ammissione al livello superiore di studi per accedere a un lavoro qualificato una volta conseguito il diploma. Qi superò l'esame mentre Chen fu respinta. Questa rubò l'identità di Qi appropriandosi del suo certificato di ammissione, svolgendo nei successivi tre anni gli studi e ottenendo, dopo il conseguimento del diploma, un posto in banca. A distanza di anni, Qi scoprì la truffa e ricorse in giudizio. Nella pronuncia, la Corte suprema ha affermato che la questione di merito avrebbe dovuto essere risolta riconoscendo il diritto all'educazione della ricorrente (Interpretazione (*fasi*) N. 25 del 2001).

⁶⁶ Cfr. Q. Zhang, *The Constitution of China*, cit., 175; M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Milano, 2006, 146 s.

la Somalia, la Cambogia fino al 1979 e l'Albania (almeno fino alla morte di Mao): quest'ultima (Cost. del 1946 e 1976) ribadiva con forza la fedeltà alla dottrina marxista-leninista e attribuiva all'Assemblea popolare la funzione di controllo di costituzionalità delle leggi (art. 67).

8. Riforme e circolazione dei modelli in America latina nel secondo dopoguerra

L'alternativa al modello diffuso statunitense fu individuata dai costituenti latino-americani nel *Tribunal de garantías constitucionales* spagnolo (v. *supra*, Cap. I, § 12)⁶⁷, come ben dimostra l'esperienza cubana prima della rivoluzione castrista. La Costituzione del 1940 istituì infatti il *Tribunal de garantías constitucionales y sociales* come *sala* specializzata del Tribunale Supremo. L'accesso al Tribunale era decisamente ampio: ricorso diretto di incostituzionalità sulle leggi, eccezioni proposte dai giudici ordinari; e, a seguito della revisione costituzionale del 1934, anche mediante azione popolare contro le leggi da parte del soggetto leso o di 25 cittadini. La Costituzione cubana del 1901 aveva già introdotto un sistema di costituzionalità accentrato nella Corte Suprema con accesso per via incidentale; ma quello del 1940 risulta essere il primo vero e proprio Tribunale costituzionale latino-americano.

In Ecuador, le Costituzioni del 1945 e del 1968 ripresero il *nomen* dell'omologo spagnolo del 1931, senza dividerne la natura. Il *Tribunal de Garantías* ecuadoriano svolgeva generiche funzioni di controllo di costituzionalità, ma l'ultima parola rimaneva al Congresso. Si dovranno attendere le Costituzioni del 1978 e (soprattutto) del 1998 per l'introduzione di un vero e proprio Tribunale costituzionale.

In Guatemala, l'influenza della Costituzione spagnola del 1931 portò, nel 1965, a integrare il sistema a base diffusa, risalente al XIX secolo, con una Corte costituzionale. Questa giudi-

⁶⁷ E ciò, sia per le riforme tra le due guerre mondiali sia, in parte, anche per quelle anteriori alla Costituzione spagnola del 1978. Cfr. J. F. Palomino Manchego, *Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)*, Lima, 2003. Al modello diffuso s'ispirò in parte il Cile nel 1925, con l'attribuzione alla Corte suprema del controllo di costituzionalità in via incidentale.

cava in via successiva, su ricorso diretto di organi costituzionali e di singoli lesi da atti normativi ritenuti incostituzionali. Le pronunce avevano efficacia generale. Non si trattava di un organo permanente; la Corte era convocata secondo necessità. Nonostante tale peculiarità, il Guatemala fu il primo esempio del modello duale, cifra distintiva di molti Paesi latinoamericani, anche se la limitata vigenza di questa Costituzione (quindici anni) e i pochi casi risolti ne ridimensionano il rilievo nell'esperienza comparata.

Il *Tribunal de Garantías Constitucionales* del Perù viene creato nel 1979 sotto l'influenza delle Costituzioni spagnole del 1931 e del 1978. Esso era adito sulla base di un'azione di incostituzionalità, proposta dal Presidente della Repubblica, da 20 senatori o 60 deputati, dalla Corte suprema, dal Procuratore Generale e da 50.000 cittadini firmatari del ricorso. Il Tribunale svolgeva un ruolo diretto a tutela dei diritti fondamentali, giudicando in revisione le negatorie di *amparo* e di *habeas corpus*. Questo sistema coesisteva con il controllo diffuso, come in Guatemala. E, come in Guatemala, era previsto un elevato *quorum* (due terzi dei giudici) per approvare una sentenza di incostituzionalità, che perciò limitava in entrambi la portata effettiva dell'innovazione del controllo accentrato in una corte specializzata.

Il modello di un Tribunale *ad hoc* viene sperimentato per breve tempo in Cile, tra il 1971 e il 1973, anno del golpe militare che pose fine a tale esperienza. Le attribuzioni del Tribunale lo avvicinavano tuttavia più al *Conseil constitutionnel* francese che a una Corte costituzionale sul modello austriaco-kelseniano. Esso si pronunciava in via preventiva sui progetti di legge e di approvazione dei trattati, in via successiva solo nei confronti di decreti-legge; giudicava sulla convocazione di plebisciti, sulla dichiarazione di inabilità alle funzioni di Ministro, sul rifiuto del Presidente di promulgare una legge.

In Colombia, con le riforme del 1968 e del 1979, il cambiamento dettato dall'influenza del modello spagnolo portò alla creazione non già di una Corte *ad hoc*, bensì di una *Sala constitucional* dentro la Corte suprema. La scelta rappresentava una cesura rispetto al sistema introdotto nel XIX secolo, in quanto esprimeva la volontà di considerare l'ambito del giudizio di legalità e quello del controllo di legittimità costituzionale come integrati fra loro.

Ispirandosi alla revisione colombiana del 1910, la Costituzione di Panama attribuì alla Corte suprema la funzione di ga-

rante della Costituzione. Si recepì un modello accentrato, che attribuiva il potere di decidere in via definitiva della costituzionalità di ogni atto normativo, su istanza di qualsiasi cittadino e con efficacia *erga omnes*. Anche in Uruguay le Costituzioni del 1934 e del 1942 registrarono il passaggio a un modello accentrato non già in una Corte *ad hoc*, bensì nella Corte suprema. Il costituente realizzò un curioso compromesso tra la competenza esclusiva della Corte in materia di costituzionalità e la sua natura di organo di vertice del potere giudiziario, quindi di organo di cassazione, prevedendo il solo effetto *inter partes* delle sentenze di incostituzionalità (art. 234 Cost.)⁶⁸. Nel 1952, la nuova Costituzione recepì il ricorso di costituzionalità come ulteriore via per l'accesso diretto alla Corte suprema.

9. Decolonizzazione e giustizia costituzionale

9.1. *L'influenza del modello coloniale francese nei Paesi del Maghreb e in Libano*

Con l'eccezione della Turchia (v. *infra*, § 14.1), l'introduzione della giustizia costituzionale nei Paesi non europei che si affacciano sul Mediterraneo è influenzata dalla storia coloniale e dalle esigenze, economiche e diplomatiche, emerse dopo l'indipendenza. Ciò spiega altresì l'adozione dei sistemi di giustizia costituzionale delle Madrepatrie europee da parte dei nuovi Stati indipendenti⁶⁹.

Se la Conferenza di Berlino (1884-1885) aveva legittimato l'occupazione coloniale dell'Africa, alla fine della Prima guerra mondiale la spartizione fu compiuta: il Marocco è ripartito tra Francia e Spagna già dal 1912; Algeria e Tunisia si trovano sotto il controllo francese, l'Egitto sotto quello inglese, la Libia sotto

⁶⁸ «Artículo 234o. Formulado el petitorio o planteada de oficio la inconstitucionalidad en un caso concreto, quedará en suspenso el proceso y se elevarán los autos a la Suprema Corte de Justicia, a quien compete el conocimiento y resolución originaria y exclusiva de la materia, con los requisitos de las sentencias definitivas.

El fallo de la Suprema Corte de Justicia sólo tendrá efecto en el proceso contradictorio en que sea pronunciado».

⁶⁹ Sulla recezione come lascito di una dominazione culturale v. Pegoraro, *Sistemi*, cit., 215, e M. Carducci, *I "flussi giuridici" tra complessità transdisciplinare e geopolitica*, *Rev. Gen. Der. Públ. Comp.*, N. 14, 2013, 11.

quello italiano. Con la conferenza di pace di Parigi del 1919, anche i territori dello sconfitto e dissolto Impero ottomano furono attribuiti alle potenze vincitrici: alla Francia fu assegnato il mandato su Siria e Libano, al Regno Unito sulla Palestina.

Il processo di decolonizzazione, iniziato alla fine della Seconda Guerra Mondiale, subì un'accelerazione con la risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 1514 del 14 dicembre 1960. I primi Stati a ottenere l'indipendenza nel Mediterraneo furono i Paesi asiatici: la Siria e il Libano nel 1946; il mandato britannico sulla Palestina terminò nel 1948, con la creazione dello Stato di Israele e la cessione di parte della Palestina alla Giordania. In Africa, la Libia divenne indipendente nel 1951, Marocco e Tunisia nel 1956, l'Algeria nel 1962 dopo una sanguinosa guerra con la Francia. Gli inglesi abbandonarono i presidi sul canale di Suez nel 1956, quando l'Egitto, formalmente indipendente dal 1936, proclamò la Repubblica a seguito del colpo di Stato del 1952.

Quanto ai sistemi di giustizia costituzionale, i nuovi Stati indipendenti aderirono al modello accentrato europeo: un lascito coloniale che si spiega con la necessità di accreditarsi internazionalmente fra i Paesi democratici e nel sistema delle relazioni commerciali internazionali. La giustizia costituzionale all'europea dovette però adattarsi a sistemi giuridici di tradizione islamica e confessionali: con l'eccezione della costituzione tunisina del 2014, precetti religiosi e norme statali sono fonti dell'ordinamento.

I modelli di giustizia costituzionale, pur "importati", si sono consolidati e sono riproposti in tutte le modifiche e revisioni costituzionali. Alla base della scelta di mantenere il modello accentrato vi è la convinzione che esso rappresenti una "garanzia" circa il buon esito della transizione da forme di Stato autoritarie verso stabili democrazie. La spiegazione si adatta al caso egiziano, dove la Suprema Corte costituzionale venne introdotta per la prima volta nel 1971, sotto il regime di Sadat, proprio per rassicurare gli investitori stranieri⁷⁰. La Costituzione del 2014, approvata dopo la caduta del regime di Mubarak (2011) e la destituzione del Presidente Morsi (2013), conferma che la Corte è ga-

⁷⁰ R. Grote, *Models of Institutional Control: The Experience of Islamic Countries*, in R. Grote, T.J. Röder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries. Between Upheaval and Continuity*, New York et al., 2012, 222.

rante della legittimità costituzionale delle leggi e dei regolamenti e supremo interprete del diritto in caso di conflitto fra diversi organi giurisdizionali. Del resto, il potere giudiziario è sempre stato il maggior contro-potere rispetto ai regimi autoritari succedutisi in Egitto, molto più del Parlamento ⁷¹.

Nelle Costituzioni algerine post-indipendenza, fino a quella vigente del 1996, l'imitazione del modello francese parte dal nome (*Conseil constitutionnel*) e si estende a molti aspetti del sistema: alla composizione (9 membri, estesi a 12 con l'ultima riforma); al controllo preventivo obbligatorio di leggi organiche e regolamenti parlamentari, facoltativo su trattati, leggi e regolamenti; alla legittimazione al Presidente della Repubblica e ai Presidenti delle Camere. A differenza del prototipo francese, il giudiziario è coinvolto nella nomina dei giudici, mentre con la riforma del 2016 l'accesso al Consiglio è consentito al Primo Ministro e alla minoranza parlamentare. Sono inizialmente identiche anche le funzioni ulteriori (controllo sulle elezioni e sui referendum), aumentate nel 2016 con l'aggiunta della funzione di verifica dello stato di incapacità temporanea o definitiva del Presidente della Repubblica e con il parere sulla decretazione dello stato di eccezione. Con la revisione costituzionale del 2016, l'art. 18 introduce un controllo incidentale e successivo, su iniziativa della Corte suprema o del Consiglio di Stato, secondo il modello francese del 2008 ⁷².

Con le riforme seguite alla c.d. primavera araba, Marocco e Tunisia confermano il sistema accentrato con un distacco dal modello francese. L'art. 100 della prima Costituzione del Marocco (1962) istituiva una Camera Costituzionale all'interno della Corte suprema – e la soluzione venne riproposta nelle Costituzioni degli anni Settanta. Con la Costituzione del 1992 fu istituito il *Conseil constitutionnel* e introdotto il controllo preventivo a imitazione di quello francese. La Costituzione del 2012 innova debolmente su questo punto: il *Conseil* diventa Corte costi-

⁷¹ N. Bernard-Maugiron, *Legal Reforms, the Rule of Law, and Consolidation of State Authoritarianism under Mubarak*, in S.A. Arjomand, N.J. Brown (eds.), *The Rule of Law, Islam, and Constitutional Politics in Egypt and Iran*, New York, 2013, 199; C. Sbaïlò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, 2015, 104.

⁷² F. Biagi, *The Algerian Constitutional Reform of 2016: A Critical Analysis*, *Global Jurist*, 2017, 12.

tuzionale; oltre al controllo preventivo viene introdotta l'eccezione di incostituzionalità, su richiesta delle parti in giudizio, senza le limitazioni previste dal sistema francese.

La Costituzione tunisina del 1959 non prevedeva alcuna forma di controllo di costituzionalità, limitandosi ad affermare che il Presidente veglia sul rispetto della Costituzione (art. 38). Con legge cost. 90 del 6 dicembre 1995 si istituì il *Conseil constitutionnel* secondo il modello preventivo, con alcune innovazioni, però, rispetto al sistema francese. In primo luogo, il controllo *a priori* era obbligatorio anche per una serie di leggi relative a particolari tematiche di tutela dei diritti e all'organizzazione e al funzionamento delle istituzioni (art. 72.1 e 3)⁷³. Mentre i progetti di legge parlamentare venivano inviati al Consiglio nel termine per la loro promulgazione, quelli di iniziativa presidenziale erano scrutinati prima della presentazione alle Camere (art. 73). Anche la composizione del Consiglio era diversa: il potere giudiziario partecipava, tramite i Presidenti delle più alte corti, alla nomina di 3 membri su 9 (art. 75. 5). A seguito della Rivoluzione dei Gelsomini del 2011, il decreto-legge 2011-14 del 23 marzo 2011 dissolse le istituzioni del precedente regime, incluso il Consiglio costituzionale e, con la Costituzione del 2014, anche in Tunisia si passa dal Consiglio alla Corte costituzionale, come già avvenuto in precedenza in Marocco, con una composizione che richiama il sistema italiano (un terzo di nomina presidenziale, un terzo parlamentare, un terzo da parte del Consiglio Superiore della Magistratura). Il sistema combina controllo preventivo e successivo per via di eccezione, senza filtro da parte delle Corti supreme (art. 120). Sono poi di rilievo le funzioni ulteriori: il controllo preventivo sui progetti di revisione costituzionale, il parere sul mantenimento dello stato di eccezione, i conflitti di competenza fra il Presidente e l'Esecutivo, la vacanza del Presidente della Repubblica e la sua destituzione. Almeno sulla carta, la Corte appare compiutamente attrezzata per il ruolo di guardiano della Costituzione⁷⁴.

⁷³ Si tratta dei progetti di leggi organiche, relative alle modalità generali d'applicazione della Costituzione, alla cittadinanza e allo stato delle persone, alle obbligazioni, alla materia penale, al diritto processuale, all'amnistia e ai principi fondamentali della proprietà e dei diritti reali, dell'insegnamento, sanità pubblica, del diritto del lavoro e della sicurezza sociale.

⁷⁴ N. Vizioli, *Le garanzie giurisdizionali: il ruolo della Corte costituzio-*

In Libano, infine, la Costituzione del 1926, pur approvata sotto il mandato francese, non istituiva un organo *ad hoc* di controllo di costituzionalità, né legittimava una forma di controllo diffuso. I cittadini potevano adire il Consiglio di Stato contro gli atti illegittimi dell'Esecutivo, ma non avevano strumenti di tutela contro il legislativo. Il *Conseil constitutionnel* fu previsto dagli accordi di Taëf, che sanciscono la fine della guerra civile libanese, e istituito tra il 1993 e il 1994. Si tratta di una Corte che giudica esclusivamente in via di azione, non *a priori*, nonostante il nome possa rimandare al modello francese. Per il particolare contesto politico, l'art. 19 estende la legittimazione ad agire, oltre che ai Presidenti della Repubblica, della Camera, del Consiglio dei Ministri e a 1/10 dei deputati, ai capi religiosi delle diverse comunità, in materia di statuto personale, libertà di coscienza, esercizio e insegnamento del culto.

Il costituzionalismo degli Stati esaminati ha certamente subito il condizionamento dei modelli occidentali di giustizia costituzionale. Ciò non è avvenuto passivamente, come conseguenza della dominazione coloniale, bensì per la necessità imposta dall'attuale contesto globale, che impone il rispetto di certe "forme" democratiche nell'organizzazione delle istituzioni e della società. Si tratta di forme che i Paesi del bacino del Mediterraneo hanno recepito senza rinunciare alla propria identità islamica⁷⁵.

9.2. *Le colonie inglesi e il JCPC: nel Global North...*

Venendo agli ulteriori processi di interazione tra decolonizzazione e giustizia costituzionale, di rilievo sono le esperienze maturate nell'Impero coloniale britannico. Si è soliti ripetere che le *ex* colonie britanniche sono dotate di un sistema di sindacato di costituzionalità derivato da quello statunitense che vede come *ultimate adjudicator* la Corte suprema. Si è indicato (v. *supra*, Cap. I, § 8) come la penetrazione del modello statunitense

nale, in T. Groppi, I. Spigno (eds), *Tunisia. La primavera della Costituzione*, Roma, 2015, 169.

⁷⁵ C. Sbaillò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, cit., 121, che parla di una duplice tendenza alla statalizzazione dell'Islam e alla islamizzazione della società (p. 11). V. anche I. Gallala-Arndt, *Constitutional Jurisdiction and Its Limits in the Maghreb*, in R. Grote, T.J. Röder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries*, cit., 241.

nell'Impero britannico sia stata facilitata dal Regno Unito, che nel XIX secolo aveva affidato la *judicial review* sulla legislazione delle colonie al JCPC, e che il modello statunitense ha attecchito perché nelle colonie americane controllo analogo era effettuato dal *Privy Council*, di cui il *Judicial Committee* divenne articolazione nel 1833.

Il modello nomocratico coloniale è così all'origine di due forme di controllo, quella statunitense e quella praticata nelle colonie inglesi: ricevuti dalla Madrepatria britannica i medesimi tratti (giudizio concreto, successivo, incidentale e tendenzialmente accentrato nel *final adjudicator*), esse hanno praticato percorsi costituzionali differenti per tornare infine a sovrapporsi. Non è un caso che anche in Canada e Australia – ritenuti più vicini al sistema statunitense anche per l'assetto federale, sostrato fertile alla *judicial review*⁷⁶ –, la letteratura abbia comparato il JCPC alla Corte suprema degli Stati Uniti. Non sono assenti decisioni di Corti provinciali, federali e dello stesso JCPC che evidenziano la radice coloniale del controllo di costituzionalità praticato in Canada⁷⁷. In Australia, come in USA, la *High Court* è adita a titolo di *original e appellate jurisdiction* (ss 75-77 *Common of Australia Constitution Act 1900*), rimanendo possibile fino al 1986 adire il JCPC per via di *special leave*, con le restrizioni di cui si dirà.

Il modello “coloniale” britannico ha saputo così originare molteplici sistemi di giustizia costituzionale; si è diffuso capillarmente nelle Americhe, in Asia, Africa e Oceania, senza che a ciò opponesse resistenza la presenza, negli ordinamenti ricevuti, di sistemi giuridici diversi dalla *common law*. E la giurisdizione “coloniale” del JCPC opera ancora come ultima istanza presso alcuni Stati ed è *final adjudicator* per la maggior parte dei *Commonwealth Caribbeans countries* e per i *British overseas territories*⁷⁸.

La vitalità della giurisdizione del JCPC è tradizionalmente valutata in termini quantitativi. Se si compara la fase attuale

⁷⁶ *Infra*, Cap. IV, § 5. V. già S.A. Riesenfeld, J.N. Hazard, *Federal Courts*, cit., 29-63.

⁷⁷ Cfr. C.G. Haines, *Judicial Review of Legislation in Canada*, *Harvard L. Rev.*, Vol. 28, N., 1915, 565 ss.

⁷⁸ V. *infra*, §11. Cfr. I. Hendry, S. Dickson, *British overseas territory law*, London, 2018², 21-22, 28, 70-71, 105 ss.

con quella successiva alla I guerra mondiale, è certamente vero che la decolonizzazione ha ristretto la giurisdizione del JCPC, definito già negli anni Trenta del secolo scorso una «waning jurisdiction»⁷⁹. Oltre al caso, già indicato, dell'India, si può ricordare che, con l'indipendenza, la quasi totalità degli Stati del *Commonwealth* ha progressivamente sostituito il JCPC con una corte suprema domestica, in piena analogia con quanto accaduto negli Stati Uniti.

I casi più famosi sono collocati nel *Global North*. Il Canada, che si era dotato di una *Supreme Court* già nel 1875⁸⁰, abolì gli appelli al JCPC nel 1949 – seppure anche dopo l'istituzione della Corte suprema, era ancora possibile adire *per saltum* il JCPC⁸¹. Il sistema di giustizia costituzionale, prevalentemente monocratico, ha carattere successivo e diffuso: un ruolo centrale è attribuito alle *superior provincial courts* senza che ciò attenui l'accentramento del controllo nelle mani della Corte suprema⁸². Della giurisdizione del JCPC, inoltre, la Corte eredita la *reference jurisdiction* (di cui alla s 4 *Judicial Committee Act* 1832) che le consente di pronunciarsi in via preventiva su disegni di legge e quesiti formulati dagli Esecutivi federale e provinciali (v. *infra*, Cap. VI, § 4).

Quanto all'Australia, la Costituzione del 1900 conservò come organo di vertice per la *constitutional litigation* il JCPC ma ne limitò la giurisdizione: la s 73 Cost. proibiva appelli al JCPC «upon any question, howsoever arising, as to the limits inter se

⁷⁹ H.H. Marshall, *The Judicial Committee of the Privy Council: A Waning Jurisdiction*, *Int. Comp. L. Quart.*, Vol. 13, N. 2, 1964, 697 e 698 per l'affermazione secondo cui «The first inroad into the jurisdiction of the Judicial Committee appears to have come on August 9, 1890, on which date the European 'colony' of Heligoland, acquired by Britain in 1807, was ceded to the German Empire under the provisions of the Anglo-German Agreement Act, 1890».

⁸⁰ Dal *Supreme Court Act 1875*, a ciò abilitato dalla s 101 *BNA 1867*. E. Brouillet, *The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effect on the Balance of Power*, in *Courts in Federal Countries*, cit., 697.

⁸¹ Cfr. la *Reference Re Privy Council Appeals*, [1940] S.C.R. 49, at p 71 per Rinfret J. sulla quale v. T. Tuck, *Canada and the Judicial Committee of the Privy Council*, *University of Toronto LJ*, 4(1), 1941, 33-34.

⁸² Cfr. *infra*, Cap. III, § 2.5. Sulle *superior provincial courts* come «backbones» della giustizia costituzionale canadese v. T.S. Cromwell, *Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada*, *South Carolina L. Rev.*, N. 46, 1995, 1026.

of the Constitutional powers of the Commonwealth and those of any State or States, or as to the limits inter se of the Constitutional powers of any two or more States» (*inter se litigation*). Ciò, a meno che la stessa *High Court* non rilasciasse uno *special leave*⁸³. Nelle altre materie, la s 73, che consentiva alla Corona, «by virtue of Her Royal prerogative to grant special leave of appeal from the High Court to Her Majesty in Council», autorizzava il Parlamento a restringere con legge le possibilità di appello: ciò avvenne nel 1968, 1975 e nel 1986, quando fu definitivamente abolito l'*appeal*⁸⁴.

In Irlanda, l'abolizione della giurisdizione coloniale rimonta all'*Irish Free State* (1922-1937). Prima del 1922, gli appelli delle corti irlandesi erano devoluti alla *House of Lords*. Il Trattato istitutivo dello Stato libero d'Irlanda (1921), reso esecutivo dall'*Irish Free State Constitution Act, 1922* conferì al JCPC giurisdizione d'appello *by special leave*, peraltro scarsamente concesso⁸⁵. Lo *Statute of Westminster* del 1931 rimosse il limite all'abolizione unilaterale degli appelli al JCPC, che l'Irlanda realizzò con il *Constitutional (Amendment no. 22) Act 1933*. L'abolizione venne dichiarata costituzionalmente legittima dallo stesso JCPC con una decisione che aveva ad oggetto una revisione "costituzionale".⁸⁶ L'attuale struttura della giustizia costituzionale irlandese è quella che residua dopo l'eliminazione dell'ap-

⁸³ R. S. Geddes, *The Authority of Privy Council Decisions in Australian Courts*, *Fed. L. Rev.*, Vol. 9, N. 4, 1978, 428. N. Aroney, *The High Court of Australia: Textual Unitarism vs Structural Federalism*, in *Courts in Federal Countries*, cit., 43 ss.

⁸⁴ *Privy Council (Limitation of Appeals) Act 1968; Privy Council (Appeals from the High Court) Act 1975; Australia Act (UK) 1986*.

⁸⁵ Sul punto cfr. G. Ranking, *The Judicial Committee of the Privy Council*, *Cambridge LJ*, 7(1), 1939, 2 ss.; T. Mohr, *Law without loyalty: The abolition of the Irish Appeal to the Privy Council*, *Irish Jurist*, N. 37, 2002, 187 ss.

⁸⁶ *Moore v. The Attorney-General for the Irish Free State* [1935] A.C. 484. Sul punto v. *Constitutional Law. Right of Appeal to the Privy Council. Irish Free State Legislature Held Competent to Abrogate the Right*. *Moore v. The Attorney-General for the Irish Free State*. [1935] A. C. 484, *Cambridge L. Journ.*, Vol. 6, N. 1, 1936, 97-98: «The Irish Free State Legislature abolished the right of appeal to His Majesty in Council from Irish Free State Courts by the Constitution (Amendment No. 22) Act, 1933. The question before the Judicial Committee of the Privy Council was whether this Act was valid ... by abolishing the Crown's power to grant leave of appeal. The Judicial Committee held that the Constitution (Amendment No. 22) Act, 1933, was valid, and therefore that the petition must fail».

pello al JCPC: competenti a conoscere delle questioni di legittimità costituzionale delle leggi sono le *superior courts* istituite dalla Costituzione: la *High Court*, la *Court of Appeal* (introdotta con revisione costituzionale nel 2013 e disciplinata dal *Court of Appeal Act*) e in ultimo grado la *Supreme Court*. A quest'ultima competono poi competenze ulteriori – quali, ad es., di decidere sulle cause permanenti di incapacità a conservare la funzione di Presidente –, cui l'art. 26 Cost. affianca la *reference* affinché la Corte si pronunci in via preventiva sulla costituzionalità delle delibere legislative.

In Nuova Zelanda, infine, l'abolizione degli appelli al JCPC avvenne nel 2004, a seguito dell'entrata in funzione della Corte suprema istituita dal *Supreme Court Act 2003*. Al fine di rendere più organica la normativa concernente il sistema giudiziario, il *Senior Courts Act 2016* ha raccolto la disciplina della *High Court*, della *Court of Appeal* e della *Supreme Court*. Dato il carattere flessibile della “costituzione” neozelandese – in ciò simile a quella del Regno Unito – la *judicial review of legislation* è esercitata secondo modalità che si esamineranno in seguito (*infra*, § 17).

Per negare la vitalità del modello coloniale di giustizia costituzionale – e, di conseguenza, affermare il carattere evanescente della giurisdizione del JCPC – si è anche addotto il seguente argomento. Negli ordinamenti federali, in particolare in Canada, la decisione di abolire la giurisdizione coloniale è dipesa anche da come il JCPC ha amministrato la *judicial review* in questioni coloniali. Questo si è spesso trovato a effettuare scelte di interpretazione costituzionale che, come è avvenuto ad esempio in relazione al federalismo canadese, hanno disatteso l'*intention* dei *framers*. Se questi premevano per un assetto federale centralizzato, il JCPC contribuì a rafforzare la posizione costituzionale delle colonie⁸⁷. Va peraltro evidenziato – e l'analisi del *Global South* in ciò appare davvero utile – che una cosa è la “vitalità” della giurisdizione del JPCP, altra la “vitalità” del model-

⁸⁷ Cfr. A.H.A. Smith, *The residue of power in Canada*, *Can. Bar. Rev.*, N. 4, 1926, 438-439; C. MacDonald, *Judicial Interpretation of the Canadian Constitution*, *Univ. Toronto L J*, N. 1, 1936, 267; A.C. Cairns, *The Judicial Committee and Its Critics*, *Can. J. Pol. Sc.*, Vol. 4, N. 3, 1971, 303 nota 5 per la bibliografia a supporto della tesi per cui «a centralized federal system was both intended and embodied in the BNA Act». Cfr. altresì E. Brouillet, *The Supreme Court of Canada*, cit., 145 ss.

lo di *adjudication* da questa introdotto. E questo, si vedrà ora, non sembra aver risentito del processo di decolonizzazione.

9.3. ... e nel Global South. Costituzioni di carta e conservazione del modello eurocentrico in Asia e Africa sub-sahariana

Anche nel *Global South* l'abolizione della giurisdizione del JCPC è conseguenza della dichiarazione d'indipendenza delle colonie inglesi. In Asia, ad esempio, ciò comportò l'affermarsi di sistemi di giustizia costituzionale diffusi, al vertice dei quali si pone la Corte suprema: oltre al caso indiano, già esaminato, ciò accadde in Myanmar (1947), Palestina (1948), Pakistan (1950) e Bangladesh dopo la secessione dal Pakistan (1971). Ceylon, l'attuale Sri Lanka, divenuto *Dominion* dal 1948, abolì gli appelli al JCPC solo nel 1971⁸⁸. A Singapore le ultime ipotesi di appello vennero abolite nel 1994 – l'indipendenza è del 1964, a seguito della secessione dalla Malesia. La Malesia, indipendente dal 1956, recise definitivamente i legami con la giurisdizione del JCPC solo nel 1985. In Brunei, la s 3 del *Supreme Court (Appeals to Privy Council) Act* 1990, consente ancora oggi appelli in materia civile al JCPC; la *recommendation* è però emanata con *order* del Sultano e “Yang Di-Pertuan” del Brunei Darussalam⁸⁹.

Anche in Africa si registrò una progressiva abolizione degli appelli al JCPC: in Sudafrica ciò accade nel 1950, quando il Parlamento approvò il *Privy Council Appeals Act* modificativo della s 106 Cost.; in Somaliland e Ghana nel 1960. Tanganika e Nigeria – indipendenti, rispettivamente, dal 1961 e dal 1960 – abolì-

⁸⁸ s 18 del *Court of Appeal Act (No. 44 of 1971)*. H.H. Marshall, *Ceylon and the Judicial Committee of the Privy Council, Int. Comp. L. Quart.*, Vol. 22, N. 1, 1973, 155-157. L'abolizione degli appelli seguì un contenzioso con lo stesso JCPC. Nel 1963, la Corte penale di Appello aveva ritenuto (in *R. v. Hemapala*) che il «prerogative right of the Queen in Council to entertain appeals from Ceylon had automatically ceased on the Island becoming an independent country». Nel 1964, in *Ibralebbe v. R.*, il JCPC aveva ribadito la propria giurisdizione.

⁸⁹ “Yang Di-Pertuan” è un titolo onorifico che significa “colui che è riconosciuto Signore”, mentre lo Stato del Brunei in lingua malese è chiamato Brunei Darussalam, ossia dimora di pace. V. Sinnadurai (ed.), *The Privy Council Cases Malaysia, Singapore, Brunei, 1875-1990*, Kuala Lumpur and London, 1990, 5 voll.

rono gli appelli nel 1962 e 1963; Botswana e Lesotho nell'anno dell'indipendenza (1966), così fece pure lo Swaziland, l'odierno Eswatini (1968).

Nell'Africa anglofona il *trend* favorevole al sindacato diffuso viene radicato nella recezione dell'archetipo statunitense, con ciò dimenticando che tale recezione è stata favorita dalla – e ha il proprio precedente nella – giurisdizione del JCPC⁹⁰. Dove la *judicial review of legislation* non era esplicitata dalla costituzione, essa si affermò grazie all'esperienza coloniale. In assenza di una *supremacy clause*, ad es., la *Court of Appeal* del Botswana confermò la propria competenza a sindacare gli atti del legislativo, non diversamente dal JCPC⁹¹.

Certo, le Costituzioni africane sono qualificate come costituzioni di carta, destinate a non reggere l'urto della decolonizzazione. Spesso pattuite tra potere coloniale e nuove classi politiche postcoloniali⁹², esse furono travolte dalle dittature militari, dalle democrazie a partito unico e “unanimiste” e dalle sperimentazioni del socialismo africano⁹³. In tutte queste ipotesi, o il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione non venne previsto⁹⁴, o rimase congelato o i testi costituzionali adottati dopo i colpi di stato soppressero gli istituti di giustizia costituzionale⁹⁵. Si dovette perciò attendere gli anni Novanta e una se-

⁹⁰ C. Manga Fombad, *Designing institutions and mechanism for the implementation and enforcement of the Constitution: changing perspectives in Africa*, *Afr. Journ. Int. Comp. L.*, 2017, 71.

⁹¹ *Petrus & Another v. The State* [1984] 1 BLR 14. Si tratta, in effetti, del *leading case* in materia: cfr. O.K. Dingake, *An Introduction to the Constitutional Law of Botswana*, Gaborone, 2000, 143. Cfr. altresì *Attorney-General of Botswana v. Unity Dow* [1992] BLR 119.

⁹² J. Hatchard, M. Ndulo, P. Slinn, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth: An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge, 2010, 19 ss.

⁹³ Sulle democrazie unanimiste e sul socialismo africano cfr. A. Allott, *Law in the New Africa*, *Afr. Aff.*, 1967, 59; M. A. Glele, *La Constitution ou Loi Fondamentale dans l'Etat et le Droit*, en *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, Vol. I, *L'Etat et le Droit*, Abidjan-Dakar-Lomé, 1982, 31 ss. L'aggettivo “unanimista” è in R. Orrù, *I Paesi dell'Africa subsahariana*, in Carrozza, Di Giovine, Ferrari (eds), *Diritto costituzionale comparato*, I, cit., 574-575 e qualifica ordinamenti in cui il partito unico rappresenta la comunità tradizionale nel suo insieme.

⁹⁴ Come accadde con le Cost. Liberia (1847) e Libia (1951), entrambe sorte per reazione al colonialismo. Cfr. B.-O. Bryde, *The Politics And Socio-logy of African Legal Development*, Frankfurt a.M., 1976, 73.

⁹⁵ C.M. Fombad, *An Overview of Contemporary Models*, cit., 17; S. H.

conda ondata di rivolgimenti – questa volta democratici – per consolidare la giurisdizione costituzionale gli Stati africani.

Nell'area anglofona del continente, il modello coloniale già adottato nella fase dell'indipendenza è conservato in Kenya, Namibia e Malawi⁹⁶. In alcuni Stati dell'Africa gli è stato tuttavia preferito il modello accentrato: in Sudafrica – dove, come si vedrà (v. *infra*, § 15.4) il sistema accentrato ha notevoli elementi di diffusione –; in Zimbabwe e Zambia, invece, le revisioni costituzionali del 2013 e del 2016 hanno portato all'adozione di una Corte costituzionale⁹⁷. In Tanzania, l'art 126 Cost. istituisce una *Special Constitutional Court* con funzioni di risoluzione di conflitti intersoggettivi: essa offre «hear and give a conciliatory decision over a matter referred to it concerning the interpretation of this Constitution where such interpretation or its application is in dispute between the Government of the United Republic and the Revolutionary Government of Zanzibar». Anche in Uganda, l'art. 137 Cost. stabilisce che le questioni connesse alla interpretazione della Costituzione saranno devolute alla «Court of Appeal sitting as the Constitutional Court». Come nel modello coloniale inglese, il giudice costituzionale è quello “ordinario” ma, per gli effetti del sindacato di costituzionalità, esso opera come un organo accentrato. In Sierra Leone, l'art. 124 Cost. (1991) riserva la *original jurisdiction* sulle questioni di costituzionalità alla sola Corte suprema.

I modelli delle *ex* Madrepatrie furono ampiamente rivisitati. Se si considera l'Africa francese, il modello è quello a controllo preventivo su delibere legislative, già accolto acriticamente nella fase dell'indipendenza⁹⁸; oggi è integrato dalla previsione del controllo successivo incidentale: così, ad es., in Benin (art. 122 Cost.), Burkina Faso (art. 157.3 Cost.), Senegal (art. 96 Cost.), Mali (art. 104 Cost.), Niger (art. 132 Cost.), Ciad (art.

Adjolohoun, *Centralized Model of Constitutional Adjudication: The Constitutional Court of Benin*, in C.M. Fombad (ed.), *Constitutional Adjudication in Africa*, cit., 53, 55.

⁹⁶ Art. 163(4)(a), Cost. Kenya; art. 11.4, 104 e 108.2 Cost. Malawi; artt. 79 e 80 Cost. Namibia.

⁹⁷ Art. 166 Cost. Zimbabwe; art. 127 Cost. Zambia.

⁹⁸ Art. 56 Cost. Benin (1960); art. 57 Cost. Burkina Faso (1960); art. 95 Cost. Burundi (1962); art. 58 Cost. Congo (1961); art. 59 Cost. Gabon (1960); art. 42 Cost. Mali (1960). Sulle conseguenze negative dell'acritica adesione al modello francese nell'Africa francofona v. Fombad, *An Overview*, cit., 27 e 28 per la circolazione dello stesso nelle *ex* colonie spagnole e portoghesi.

166 Cost.). Il modello portoghese (v. *infra*, § 11) è confermato in Angola con il Tribunale costituzionale (art. 180) e in Mozambico (art. 242 Cost.). Il Camerun, già suddiviso tra Francia e Regno Unito, integra nel Consiglio Costituzionale il modello francese e l'*original jurisdiction* per i conflitti federali: la legge n. 06 del 18 gennaio 1996 modifica infatti la Costituzione del 1972⁹⁹.

Quanto alle modalità di accesso, sembra potersi conferire portata generale all'impostazione – sostenuta in relazione alla Corte costituzionale sudafricana –, in forza della quale le Corti in esame «hear cases by appeal, referral, or direct application»¹⁰⁰.

Non mancano soluzioni eclettiche. In Etiopia, ad es., il modello statunitense di *constitutional litigation* – in vigore prima della rivoluzione del 1974 – è stato sostituito, nel 1995, con un sistema atipico. Il controllo è politico, perché affidato alla camera alta del legislativo federale (la *House of Federation*) assistita da un organo *ad hoc* con funzioni consultive, il *Council of Constitutional Inquiry* (artt. 62.1, 82 e 83 Cost.). Le ragioni di tale opzione si radicano nella concezione della Costituzione come *documento politico* e nella volontà del costituente etiope di evitare il *gouvernement des juges*. La Corte suprema rimane il vertice del potere giudiziario (art. 78.2): è, cioè, giudice federale di vertice ma non giudice “della Federazione”¹⁰¹. Pur conservandosi in capo a questa una limitata competenza nel controllo sui conflitti intersoggettivi (art. 80), il sistema si è assestato nel senso di riservare alla camera alta il contenzioso, a garanzia dell'equilibrio federale e dei numerosi gruppi etnici ivi rappresentati¹⁰². Il controllo politico è, peraltro, in parte “esternalizzato”, perché il *Council* si compone di giuristi, e si relaziona con il giudiziario, essendone membri di diritto il Presidente e il Vice-Pre-

⁹⁹ C. M. Fombad, *The new Cameroonian constitutional council in a comparative perspective: progress of retrogression?*, *Journ. Afr. L.*, Vol. 42, N. 2, 1998, 172 ss.

¹⁰⁰ L. Berat, *The Constitutional Court of South Africa and Jurisdictional questions: In the interest of justice?*, *ICON*, Vol. 3, N. 1, 2005, 45.

¹⁰¹ G.T. Hessebon, A.K. Idris, *The Supreme Court of Ethiopia: Federalism's Bystander*, in *Courts in Federal Countries*, cit., 181 ss.

¹⁰² L'art. 61 Cost. stabilisce che la Camera della Federazione rappresenta le «Nazioni, Nazionalità e i Popoli» insediati nei nove Stati membri. Cfr. F. Palermo, M. Nicolini, *Il «Bicameralismo». Pluralismo e limiti della rappresentanza in prospettiva comparata*, Napoli, 2013, 148-149.

sidente della Corte suprema. La Camera è adita sia in via incidentale per questioni sorte nel corso di un giudizio, sia per questioni sorte fuori dalle sedi giudiziarie. Consiglio e Camera sono libere di modulare la portata della propria giurisdizione, potendo rigettare questioni di legittimità ritenute estranee all'interpretazione della Costituzione. Le poche decisioni pronunciate – cui è riconosciuta la vincolatività come precedente – esprimono una scelta politica molto vicina a quella sottesa al *Comité Constitutionnel* della IV Repubblica francese: «the power to interpret a constitution is, in effect, the power to amend a constitution in the guise of giving meaning to a constitutional text»¹⁰³.

9.4. Il JCPC, giurisdizione “ancora coloniale”: British overseas territories e Caraibi

Rimane ora da esaminare la residua giurisdizione coloniale del JCPC. In quanto articolazione interna al *Privy Council*, va precisato che il JCPC è ancora giudice di gravame per talune minori giurisdizioni inglesi, in parte eredi delle *counciliar courts* istituite per prerogativa regia, nonché delle *Ecclesiastical Courts* delle due province – Canterbury e York – in cui si articola la Chiesa d'Inghilterra¹⁰⁴. Di là di queste ipotesi, per vero liminari, il JCPC esercita giurisdizione in ultimo grado sui *British territories*, vale a dire sulle aree collocate al di fuori del Regno Unito, ma sul quale questo ancora esercita la sovranità ‘esterna’¹⁰⁵. La sovranità ‘interna’ è, invece, variamente articolata: ogni *overseas territory* possiede un *frame of government* distinto da quel-

¹⁰³ I. Hessebon, *The Supreme Court of Ethiopia*, cit., 183 ss.

¹⁰⁴ Alla giurisdizione domestica del JCPC sono devolute le impugnazioni avverso le decisioni pronunciate dal *Disciplinary Committee of the Royal College of Veterinary Surgeons* e gli *schemes* dei *Church Commissioners* ai sensi del *Pastoral Measure 1983*, dalle *Arches Court of Canterbury* e dalla *Chancery Court of York* in materie non riguardanti questioni di dottrina, dalle *Prize Courts*, dalla *Court of Admiralty of the Cinque Ports* e dalla *High Court of Chivalry*. Conosce altresì delle controversie sorte ai sensi dell'*House of Commons Disqualification Act*.

¹⁰⁵ Si tratta di Anguilla, Bermuda, il *British Antarctic Territory*, le Isole Vergini Britanniche, le Isole Cayman, le Isole Falkland, Gibilterra, Montserrat, le Isole Pitcairn, Sant'Elena, Ascension e Tristan da Cunha, Turks and Caicos, le *sovereign base areas* situate a Cipro (Akrotiri e Dhekelia). Per l'individuazione del significato giuridicamente rilevante di “overseas territory”, v. Hendry, Dickson, *British overseas territory law*, cit., 2-7.

lo del Regno Unito e un proprio testo costituzionale approvato dalla Madrepatria. Nonostante la Costituzione inerisca al massimo grado di efficacia nella gerarchia delle fonti, essa è approvata, a seconda dei casi, con legge del Parlamento, *order in council* o atto di prerogativa regia. Anche nei confronti di tali territori, pertanto, la giurisdizione coloniale del JCPC replica il modello, tipico del costituzionalismo britannico, di una *paramount law* resa *enforceable* dalle corti e *justiciable* nei confronti dell'operato dei pubblici poteri (v. *supra*, Cap. I, §§ 3-4)¹⁰⁶. Con una peculiarità: essendo il *Judicial Committee* articolazione del potere esecutivo, le sue decisioni non hanno forma giurisdizionale, bensì di parere formulato dai *Law Lords* e quindi riversato in *orders* emanati dalla Regina riunita con il suo consiglio. A seguito della creazione della *Supreme Court*, il JCPC si compone dei giudici della Corte suprema del Regno Unito integrato da *councillors* inglesi, provenienti dalle aree devolute e dagli Stati del *Commonwealth*.

Il controllo giurisdizionale – successivo, concreto, incidentale e diffuso – è regolato dalla s 1 *Judicial Committee Act 1844* che abilita, «by any order or orders ... to provide for the admission of any appeal or appeals to Her Majesty in Council from any judgments, sentences, decrees, or orders of any court of justice within any British colony or possession abroad». La “diffusione”, come s'è più volte ribadito, trova composizione nel sistema del precedente vincolante che, nelle decisioni dell'organo giurisdizionale di vertice conferisce al sistema carattere tendenzialmente accentrato. Come accade nella maggior parte degli ordinamenti già colonie britanniche, poi, le Costituzioni degli *overseas territories* contengono *redress clauses*: le corti supreme hanno *original jurisdiction* nei casi in cui un individuo asserisca la violazione di uno dei diritti costituzionalmente garantiti. Se la causa già pende di fronte a un organo giurisdizionale, questo è tenuto a deferire la questione alla Corte suprema, la

¹⁰⁶ Sono esercizio del potere di prerogativa regia le Costituzioni di Gibilterra e del *British Indian Ocean Territory*. Le Costituzioni degli altri *territories* sono emanate dalla Regina su proposta del *Privy Council* che agisce su raccomandazione dei Ministri – spesso tuttavia, l'*order* fa riferimento, oltre all'atto abilitativo, anche a non meglio precisati poteri «in Her Majesty vested» o «enabling Her to do so» (rispettivamente *British Antarctic Territory Order 1989* e *Falkland Islands Constitution Order 2009*). Cfr. Hendry, Dickson, *British overseas territory law*, cit., 17 ss. e 70.

quale può provvedere mediante *orders, declarations, writs* per conseguire *l'enforcement* dei diritti costituzionali (v. *infra*, Cap. V, § 10). Non mancano ipotesi di controllo politico: tutte le Costituzioni, con l'eccezione di Gibilterra, mantengono in capo alla Corona il potere di *disallowance* delle leggi approvate dai legislatori locali. Il controllo, che è sul merito legislativo, è raramente usato; la legge è «annulled with effect from the date of publication of a notice of disallowance issued by the Governor»; gli effetti sono analoghi a quelli dell'abrogazione e non sono retroattivi; molte Costituzioni stabiliscono che «no law shall be disallowed until the expiration of a period notified by a Secretary of State to the Governor, who shall advise the Speaker of that period, in order to give the House of Assembly an opportunity to reconsider the law in question»¹⁰⁷. Infine, il controllo preventivo nella forma del *pre-enactment* è previsto nella s 35 della Costituzione di Gibilterra.

Altri ordinamenti costituzionali ormai divenuti indipendenti hanno confermato la giurisdizione del JCPC. Oltre a Mauritius, Kiribati e Tuvalu – unici Paesi dell'Africa e dell'Oceania anglofona a conservare il sistema dei *colonial appeals* –, vengono in rilievo gli Stati che compongono il *Commonwealth Caribbean*. Divenuti indipendenti, la maggior parte degli Stati dei Caraibi inglesi decisero di conservare – oltre alla Regina come Capo di Stato¹⁰⁸ – la giurisdizione coloniale del JCPC¹⁰⁹. Il sistema di giustizia costituzionale ha i caratteri tipici del paradigma anglosassone: tuttavia, la diffusione è ridotta perché le corti inferiori non possono conoscere di questioni di legittimità costituzionale, dovendo queste essere devolute alle *courts of record*, alle quali spetta pertanto *original jurisdiction on constitutional is-*

¹⁰⁷ s 80(1) *Virgin Islands Constitution Order 2007*; v. altresì s 54(1) *Falkland Island Constitution Order 2009*; s 76(1) *Montserrat Constitution Order 2010*; s 80(1) *Cayman Islands Constitution Order 2009*. Cfr. Hendry, Dickson, *British overseas territory law*, cit., 79-80.

¹⁰⁸ Conservano la Regina come Capo dello Stato: Antigua and Barbuda, Bahamas, Grenada, Giamaica, St Christopher and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines. Sono divenuti Repubbliche Guyana (1970), Trinidad and Tobago (1974) e Dominica (1977). Cfr. D. O'Brien, *The Constitutional Systems of the Commonwealth Caribbean. A Contextual Analysis*, Oxford and Portland (OR), 2014, 39 ss.

¹⁰⁹ Cfr. s 122 Cost. Antigua and Barbuda; s 104 Cost. Bahamas; s 104 Cost. Grenada; s 110 Cost. Giamaica; s 99 Cost. St Christopher and Nevis; s 108 Cost. Saint Lucia; s 99 Cost. Saint Vincent and the Grenadines.

sues. Il controllo è concreto; l'impugnativa della questione di legittimità segue il modello incidentale e può essere devoluta alle giurisdizioni superiori come motivo di ricorso – e, quindi, in ultima istanza al JCPC. Non diversamente dagli *overseas territories*, anche le Costituzioni del *Commonwealth Caribbean* contengono *redress clauses*: le corti hanno *original jurisdiction* nei casi in cui un individuo asserisca la violazione di uno dei diritti costituzionalmente garantiti e voglia conseguirne l'*enforcement*.

Alcuni di quegli Stati che, nell'abolire gli appelli al JCPC, hanno conferito alla *Caribbean Court of Justice* (CCJ), corte sovrana nazionale istituita nell'ambito della *Caribbean Community and Common Market* (CARICOM), giurisdizione in materia di *enforcement* dei diritti costituzionali azionabile ai sensi delle *redress clauses*. Si tratta delle Costituzioni di Barbados (2003), Belize (dal 2010), Dominica (2014) e Guyana, che le conferiscono giurisdizione in grado di appello e su questioni di legittimità costituzionale «where any question as to the interpretation of [the] Constitution or the interpretation or application of the Treaty»¹¹⁰.

La scelta di istituire una corte sovrana nazionale *anche* come giurisdizione costituzionale nazionale è sia reazione a una corte coloniale, che non consente di elaborare una giurisprudenza propriamente caraibica, sia conseguenza dell'essere il JCPC una corte non nazionale; è poi esito dello scontro tra JCPC e ordinamenti caraibici in materia di applicazione della pena di morte: mentre la giurisdizione coloniale di vertice è abolizionista, la cultura politico-giuridica delle isole è fortemente *retentionist*¹¹¹. L'alternativa al JCPC è l'introduzione della CCJ – ma la CCJ è percepita come una *hanging court*, e ciò è un prezzo decisamente elevato da pagare in termini politici. Non con una certa ironia, comunque, in una recente decisione, la stessa CCJ si è pronunciata sulla *mandatory death penalty*, che, in *Jabari Sensimania Nervais and Dwayne Omar Severiv v. The Queen* [2018] CCJ

¹¹⁰ s 79C, 87, 88 Cost. Barbados, s 20, 96, 104 Cost. Belize; s 104 Cost. Dominica. Sulla CCJ v. D. Simmons, *The Caribbean Court of Justice: A Unique Jurisdiction of Caribbean Creativity*, *Commonwealth Law Bulletin*, 31.1, 2004-2005, 72-7e; O'Brien, *The Constitutional Systems*, cit., 211 ss.

¹¹¹ Così, nella decisione *Pratt and Morgan v. AG Jamaica* [1994] 2 AC 1, il JCPC limitò ampiamente la possibilità dei governi nazionali di applicare la pena di morte.

19 (AJ), è stata dichiarata incostituzionale. Non è chiaro quale sia oggi il costo politico da pagare per passare alla CCJ; certo è che anche le revisioni costituzionali in Granada (2016 e 2018) volte a sopprimere i *colonial appeals* a favore della CCJ sono fallite.

10. Il perfezionamento del modello nordico

Già si sono indicate genesi e prime sperimentazioni della giustizia costituzionale nei Paesi scandinavi. In particolare, s'è evidenziato come gli Stati nordici abbiano conosciuto una concezione "forte" del privilegio del legislatore: sia desumendo dai silenzi dei testi costituzionali un generale divieto di esercizio del controllo successivo sulle leggi (v. *supra*, Cap. I, § 7); sia autorizzando forme di controllo politico preventivo. Sono le ipotesi del *Lagrådet* svedese e dalla commissione costituzionale finlandese, organi abilitati a formulare pareri non vincolanti sulle delibere legislative approvate dalle assemblee rappresentative.

S'è poi ricordato come solo in Norvegia si sia affermato, nel corso del XIX secolo e in via pretoria, un sindacato di costituzionalità successivo e diffuso. Nel XX secolo, anche Danimarca (1921) e Svezia (1964) registrarono l'affermazione, sempre in via pretoria, di controlli di tipo nomocratico (v. *supra*, Cap. I, §§ 7 e 9). In Islanda i primi tentativi di esperire il controllo da parte della Corte suprema risalgono al 1943, anche se taluni precedenti risalgono già all'inizio del XX secolo¹¹².

Volendo esaminare l'evoluzione della giustizia costituzionale nei Paesi nordici, converrà partire evidenziando la comunanza dei caratteri che tale controllo manifesta nei differenti ordinamenti costituzionali. Non a caso s'è ragionato di un modello unitario: il controllo presuppone la superiorità del testo costituzionale ma, nello stesso tempo, la centralità dei parlamenti, che

¹¹² Per la Danimarca, v. S. Schaumburg-Muller, *Parliamentary Precedence in Denmark – A Jurisprudential Assessment*, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 27, N. 2, 2009, 178; dopo il 1921 è stato usato parsimoniosamente: *Tvincase* UfR 1999.841H e UfR 1971.299H. Per l'Islanda i precedenti sono *Lyrð*. IX.809 (7 agosto 1916) e X.601 (22 ottobre 1918). Ma già nel 1916, in *Lyrð*. VI.176 (19 marzo 1900) entrambe in R. Helgadóttir, *Status Presens - Judicial Review in Iceland*, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 27, N. 2, 2009, 185.

«determina una speciale presunzione di conformità a Costituzione della legislazione approvata dall'Assemblea democraticamente eletta dai cittadini»¹¹³.

In tale contesto, si è sviluppato un modello di controllo che è sì diffuso, ma con notevoli tendenze all'accentramento nelle corti di vertice: le decisioni di queste, rese con efficacia *inter partes*, ricevono infatti piena applicazione nelle corti di grado inferiore, supplendo così alla carenza di principi analoghi a *stare decisis*¹¹⁴.

Il modello nordico si caratterizza, inoltre, per una profonda *deference* nei confronti del legislatore, rilasciandogli «considerable leeway in addressing various situations»¹¹⁵. In Norvegia, ad es., per quanto riguarda l'organizzazione e i poteri dello Stato, la Corte è totalmente deferente verso lo *Storting*¹¹⁶, rinunciando all'esercizio del suo potere di controllo. Un controllo 'affievolito' si dà per i diritti economici, ambito nel quale lo scrutinio della Corte è divenuto progressivamente più deferente. Il rapporto tra *Høyesterett* e *Storting* è andato evolvendo secondo una dottrina assai simile a quella dei già indicati *preferred rights* applicata dalla Corte suprema USA¹¹⁷.

Rispetto a quest'ultima, tuttavia, le corti scandinave manifestano una decisa *reluctance* nell'esercizio del controllo: questo si spiega sia per la presenza di organi come il *Lagrådet* svedese, sia per il peso dell'argomento democratico nel processo di formazione delle leggi, sia per la *deference* che altro non è se non una versione aggiornata del privilegio del legislatore¹¹⁸. Si comprende, pertanto, la ragione del lento maturamento del

¹¹³ Così Duranti, *Gli ordinamenti costituzionali nordici*, cit., 154.

¹¹⁴ Cfr. P. Bianchi, *Gli ordinamenti nordici*, in Carrozza, Di Giovine, Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, I, cit., 361.

¹¹⁵ R. Helgadóttir, *Non-problematic Judicial Review – A Case Study*, *ICON*, Vol. 9, N. 2, 2011, 534.

¹¹⁶ Cfr. Husa, *Guarding the Constitutionality of Laws*, cit., 358.

¹¹⁷ Sulla *preferred-right doctrine* negli Stati Uniti cfr. J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA, 1980. La *Høyesterett* ha fatto ricorso a tale dottrina in *Bothen* (Rt. 1996: 1415), *Thunheim* (1996:1440) e *Kujus* (1997:1821).

¹¹⁸ Cfr. A. Føllesdal, M. Wind, *Introduction – Nordic Reluctance Towards Judicial Review Under Siege*, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 27, N. 2, 2009, 132; J. Lavapuro, T. Ojane, M. Scheinin, *Rights-based constitutionalism in Finland and the development of pluralist constitutional review*, *ICON*, Vol. 9, N. 2, 2011, 506.

modello nordico: la prudenza deriva dalla necessità – così in Danimarca e Finlandia – che l’incostituzionalità sia manifesta¹¹⁹. In Svezia, dopo l’introduzione in via pretoria del controllo di costituzionalità, si è proceduto a costituzionalizzare il sindacato di costituzionalità: la revisione del 1974 (Cap. XI, art. 14) richiede che il contrasto sia dovuto a un vizio manifesto¹²⁰. In Norvegia, infine, un rinnovato *revirement* del controllo di costituzionalità si dà nel 1976, con il caso *Kløfta*¹²¹, che rappresenta tuttora lo stato dell’arte del *judicial review* in Norvegia: un controllo, appunto prudente e deferente nei confronti del legislatore.

11. Lo “strano” caso del controllo di costituzionalità diffuso-concentrato in Grecia e Portogallo

La Costituzione greca del 1975 sembra legittimare il controllo di costituzionalità di tipo diffuso. Ai sensi dell’art. 87.2, i giudici sono soggetti soltanto alla Costituzione e alla legge e in nessun caso saranno vincolati a implementare norme in contrasto con la Costituzione. L’art. 93.4 ribadisce il concetto, vietando categoricamente alle corti di applicare una legge costituzionalmente illegittima. S’è sostenuto che il controllo diffuso fosse previsto in Grecia fin dalla Costituzione del 1864, il cui art. 110 stabiliva che la garanzia della Costituzione fosse assicurata dal patriottismo di tutti i greci¹²². Tale disposizione, come quelle di analogo tenore delle Costituzioni successive, fu interpretata nel senso di ammettere la disapplicazione giudiziaria di norme ritenute incostituzionali¹²³. Durante la dittatura il sistema

¹¹⁹ Cfr. art. 109 Cost. finlandese 1999. Lavapuro, Ojanen, Scheinin, *Rights-based*, cit., 517.

¹²⁰ J. Nergelius, *Judicial Review in Swedish Law – A Critical Analysis*, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 27, N. 2, 2009, 145 ss.

¹²¹ *Rt.* 1976: 1 ss., citata da Slagstad, *The Breakthrough*, cit., 110. Nel caso *Kløfta* la Corte ritenne a maggioranza che le disposizioni della legge sugli espropri del 1973 non potesse essere applicata letteralmente senza violare la Costituzione.

¹²² V. Perifanaki Rotolo, *La Corte Suprema Speciale nella Costituzione greca del 1975*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1979, 197.

¹²³ Cfr. A. Vlachogiannis, *From submission to reaction. The Greek Courts’ stance on the financial crisis*, in Szente, Gárdos-Orosz (coords), *New Challenges*, cit., 72; A. Manidakis, *Fondement et légalité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce*, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 40, N. 1, 1988, 43.

di giustizia costituzionale venne affidato a una Corte costituzionale *ad hoc* che tuttavia non entrò in funzione.

Al fine di attenuare, in un Paese di *civil law*, gli effetti del controllo diffuso in assenza di *stare decisis*, l'attuale Costituzione istituisce (art. 100) una Corte suprema speciale, cui compete il sindacato di costituzionalità di una legge, qualora si sia prodotto un conflitto giurisprudenziale fra la Corte suprema amministrativa, la Corte suprema civile e penale e la Corte dei Conti.

La Corte suprema speciale si compone di membri provenienti dalle supreme magistrature civile e amministrativa; quando giudica sull'incostituzionalità di leggi e sul conflitto di giurisdizione fra le Corti supreme, è integrata da due professori universitari in materie giuridiche. La sentenza di incostituzionalità ha efficacia *pro futuro* dalla data di pubblicazione o dal giorno stabilito nella sentenza.

Alla Corte sono state poi attribuite altre competenze, che la rendono simile a una Corte costituzionale. Essa giudica dei conflitti di attribuzione e di giurisdizione, della regolarità delle elezioni parlamentari, della validità dei referendum, dell'incompatibilità rispetto al mandato parlamentare, della natura del diritto internazionale consuetudinario come insieme di norme generalmente riconosciute. Ciononostante, la dottrina ritiene che vero garante della costituzionalità delle leggi sia, per il suo attivismo, la Corte suprema amministrativa¹²⁴. I cittadini possono infatti impugnare di fronte a tale Corte atti amministrativi per violazione di legge (art. 95.1 lett. a Cost.): ciò le attribuisce un ampio potere di controllo di costituzionalità degli atti normativi su cui si fonda l'azione amministrativa; in tali casi ha l'obbligo di trasmettere il caso al *plenum* (art. 100.5). Se si considera la deferenza che le corti ordinarie manifestano rispetto alla giurisprudenza delle Corti di vertice, il sistema greco manifesta una tendenza verso un modello accentrato di giustizia costituzionale¹²⁵.

L'attuale sistema di giustizia costituzionale portoghese coniuga la *diffusione* del controllo con la presenza di un Tribunale costituzionale (introdotto nel 1982).

Il modello diffuso-concentrato si spiega alla luce dell'analisi

¹²⁴ A. Vlachogiannis, *From submission to reaction*, cit., 80.

¹²⁵ A. Kaltsa, *The Review of the Constitutionality of Laws in Greece*, *Eur. Public L.*, Vol. 4, N. 3, 1998, 297.

si storica del costituzionalismo lusitano. La Costituzione repubblicana del 1911 introdusse il controllo giurisdizionale nella variante diffusa, sulla falsariga della Costituzione brasiliana del 1891. La pessima prestazione del sistema repubblicano nel suo complesso (che porterà al golpe militare del 1926 e all'instaurazione del governo autoritario di Carmona e Salazar) ha fatto passare sottotraccia questa innovazione, che tuttavia fu ribadita nella Costituzione del 1933¹²⁶. Nella transizione democratica successiva alla rivoluzione dei garofani, il costituente ha così optato per una via intermedia tra tradizione lusitana e recezione di modelli affermati negli altri ordinamenti democratici europei, creando un sistema innovativo di giustizia costituzionale poi ripreso in molti Paesi dell'America latina.

Il controllo di costituzionalità, disciplinato nella parte IV della Costituzione, dedicata alla garanzia e alla revisione costituzionale, è suddiviso in incostituzionalità per via di azione (art. 277), controllo preventivo (art. 278), controllo concreto di costituzionalità e legalità (art. 280), controllo astratto di costituzionalità e legalità (art. 281), incostituzionalità per omissione (art. 283).

L'interazione tra sistemi diffuso e concentrato prevede che possano, e in alcuni casi debbano¹²⁷, essere impugnate davanti al Tribunale costituzionale le sentenze dei tribunali ordinari in cui sia stata rifiutata l'applicazione di una norma per motivi di incostituzionalità o dove, al contrario, sia stata applicata una norma ritenuta da una delle parti incostituzionale, o, ancora, dove siano state applicate norme già dichiarate incostituzionali dal Tribunale. Il controllo è concreto con effetto *inter partes*. Tuttavia, se il Tribunale ha dichiarato per tre volte incostituzionale una disposizione, si attiva un giudizio astratto, a conclusione del quale la disposizione viene espunta con effetti *erga omnes* dall'ordinamento (art. 281.3 Cost.).

Le pronunce del Tribunale hanno efficacia generale *pro futuro* nei procedimenti di controllo astratto proposto a istanza del

¹²⁶ Cfr. C. Blanco de Moraes, *Justiça contitucional*, tomo I, *Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, Coimbra, 2006, 318.

¹²⁷ *Ex* art. 72 della legge sul Tribunale costituzionale, il Pubblico Ministero è obbligato a proporre ricorso quando l'azione è rigettata sulla base di disapplicazione di norma giudicata incostituzionale o di applicazione di norma previamente giudicata incostituzionale dal Tribunale costituzionale.

Presidente della Repubblica, del Presidente dell'Assemblea, del Primo Ministro, del *Provedor de Justiça*, del Procuratore generale della Repubblica, di un decimo dei deputati e di una serie di cariche rappresentative delle entità regionali.

Il controllo preventivo va esperito entro 8 giorni dalla ricezione o comunicazione dell'atto. Si esercita, su iniziativa del Presidente della Repubblica, su trattati internazionali, leggi, leggi organiche e decreti-legge. La legittimazione al ricorso è limitata ai decreti legislativi regionali per i Rappresentanti della Repubblica e alle leggi organiche per il Primo Ministro e 1/5 dei deputati. L'art. 279 stabilisce che se il Parlamento conferma a maggioranza dei 2/3 la delibera legislativa dichiarata incostituzionale, l'atto potrà essere promulgato.

Il controllo sulle omissioni è un'altra importante novità del sistema portoghese. Il Presidente della Repubblica, il *Provedor de Justiça* e, sulla base di violazione di diritti delle regioni autonome, i Presidenti delle relative assemblee legislative, possono richiedere al Tribunale la verifica della mancata assunzione di misure legislative necessarie per attuare il dettato costituzionale. La decisione è meramente dichiarativa dell'omissione e va comunicata all'organo competente affinché provveda nelle forme costituzionali.

L'art. 223 assegna ulteriori funzioni al Tribunale: verifica sulla morte, stato di incapacità o impedimento temporaneo del Presidente della Repubblica; verifica della sussistenza delle condizioni per la sua destituzione; regolarità del processo elettorale e delle candidature; controllo sui partiti politici; verifica della costituzionalità o legalità dei referendum.

Si è al cospetto di un sistema di garanzie costituzionali estremamente complesso e pressoché completo¹²⁸, che sancisce il passaggio a un'altra concezione di giustizia costituzionale, fondata sul valore immediatamente precettivo della Costituzione nei confronti di tutti i poteri dello Stato.

¹²⁸ De Morais lo definisce «centáurico»: C. Blanco de Morais, *Justiça contitucional*, cit., 330. Reitera il suo giudizio positivo a distanza di qualche anno in *Justiça contitucional*, tomo II, *O Direito do Contencioso Constitucio-nal*, 2° ed., Coimbra, 2011, in part. 1063 ss.

12. La soluzione accentrata nella Costituzione spagnola del 1978

Durante i lavori della Costituente spagnola e a conclusione della lunga dittatura franchista¹²⁹, la questione dell'introduzione di un sistema giurisdizionale di controllo di costituzionalità delle leggi - più in generale, di garanzia dell'ordinamento nel suo complesso - praticamente non si pose. Si optò da subito per un sistema accentrato: vi concorse l'influenza storica (la precedente esperienza repubblicana del 1931) e comparatistica: un peso ebbe il formante dottrinale - in particolare, per l'eco delle teorie kelseniane -, e quello legale-giurisprudenziale, sull'esempio delle ormai mature esperienze italiana e tedesca¹³⁰. Vi contribuì la scarsa fiducia che accompagnava i costituenti nei confronti di una magistratura fino a quel momento asservita al regime dittatoriale.

Restavano da definire le forme di accesso. Per quanto attiene all'introduzione della questione incidentale, gli argomenti più dibattuti furono, a differenza che in Italia, il riconoscimento della legittimazione a proporre l'eccezione a tutti i giudici o solo alle magistrature supreme e la possibilità o meno di estendere il controllo di costituzionalità anche alla giurisprudenza.

¹²⁹ Le Leggi fondamentali del franchismo stabilivano che, alla morte del *Caudillo*, fosse ripristinata la monarchia borbonica. Re Juan Carlos acconsentì ad avviare con le forze politiche dell'opposizione un processo di democratizzazione del Paese, che culminò con la vigente Costituzione del 6 dicembre 1978. Cfr., per una sintesi, R. Blanco Valdés, *La Constitución de 1978*, Madrid, 2003 e la traduzione italiana della 1ª edizione (Madrid, 1998), Id., *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Torino, 1999, 28 ss.

¹³⁰ Cfr. le parole introduttive dell'intervento dell'On. Peces-Barba Martínez, seduta del Congresso del 16 giugno 1978 (DSCD N. 91/1978, p. 3434 s.): «el Proyecto de Constitución que estamos debatiendo incorpor[a] una tradición que ha tenido graves dificultades para introducirla en los textos constitucionales, que es la del control de constitucionalidad de las leyes a través de un Tribunal Constitucional.

Desde que se hizo la elaboración teórica por el profesor Kelsen en su teoría pura del Derecho, y sobre todo desde que el profesor Cappelletti hizo la gran teoría en esta materia, es un derecho adquirido la necesidad de un control constitucional de las leyes. Ya lo norteamericanos, en la práctica de su Tribunal Federal, desde el caso "Marbury versus Madison" de 1803, la habían incorporado, y creo que con esto hemos superado una mala tradición junto a las muy buenas que Montesquieu ha tenido en su obra, que era aquella tradición en virtud de la cual los jueces eran sólo la boca muda que pronunciaba las palabras de la ley».

La prima questione dà conto sia dell'esperienza austriaca dopo la riforma del 1929, assunta a "modello" di riferimento per i costituenti spagnoli, sia del *Tribunal de Garantías constitucionales*: il Tribunale supremo esercitava un ruolo chiave nell'ammissione delle questioni al vaglio del primo¹³¹. Mentre l'art. 154 dell'*anteproyecto* riconosceva legittimazione a «algún juez o tribunal», l'art. 156 del progetto emendato posto in discussione al Congresso la limitava ai tribunali di appello e cassazione. L'intento dichiarato era quello di evitare di attribuire un potere di "controllo positivo" di costituzionalità anche alle giurisdizioni minori, con aumento esponenziale del numero dei procedimenti¹³². Nel dibattito in Commissione venne però approvato l'emendamento dell'on. Alzaga Villaamil, nella seduta del 19 giugno 1978 (DSCD n. 92/1978, 3454 ss.) con il quale venne ripristinato sul punto il testo precedente.

Alcuni interventi si concentrarono sui requisiti affinché la questione potesse essere proposta al Tribunale. L'influenza dell'esperienza italiana si fece sentire: fu introdotto il requisito della rilevanza, nella duplice versione della necessaria applicabilità della norma al giudizio e della dipendenza di questo dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale della norma. Quanto alla fondatezza, la formula dubitativa italiana¹³³ fu preferita a quella tedesca, che richiede la certezza dell'incostituzionalità.

E, tuttavia, il sistema spagnolo appare, *prima facie*, più simile a quello tedesco che all'italiano. Innanzitutto, per il maggior numero di funzioni e di vie di accesso al Tribunale. L'art. 161 Cost. assegna i seguenti compiti al *Tribunal*: ricorsi di incostituzionalità promossi dal Presidente del Governo, dal *Defensor del Pueblo*, da 50 deputati o senatori, dagli organi esecutivi e

¹³¹ Inizialmente molte delle disposizioni della Costituzione del 1931 sul Tribunale di Garanzia costituzionale furono traslate nel *borrador* (bozza) dell'*anteproyecto* di Costituzione: era stato mantenuto il nome di «consulta judicial», sostituito poi con il termine «cuestión» nell'*anteproyecto*. Nel corso dei lavori preparatori, i riferimenti all'istituto del 1931 furono sporadici. Cfr. G. Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986, 87 s.

¹³² Cfr., ad es., la posizione dell'on. Fraga Iribarne nella seduta del 19 giugno 1978 (DSCD N. 92/1978, 3454 s.).

¹³³ L'attuale art. 163 recita «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución ...».

dalle Assemblee delle Comunità autonome; *amparo*; conflitti di competenza; ulteriori funzioni attribuite dalla Costituzione o da leggi organiche.

In secondo luogo, vi è la combinazione tra eccezione di incostituzionalità, che attiva il controllo sulle leggi, e il ricorso individuale per la tutela dei diritti fondamentali. Come visto nell'analisi del modello incidentale (v. *supra*, § 2), ciò comporta un diverso atteggiamento del Tribunale nella fase *ad quem* del giudizio di costituzionalità. La questione incidentale è disciplinata dall'art. 163 Cost., il quale prevede che «quando un organo giudiziale consideri, all'interno di un qualunque tipo di giudizio, che una norma con rango di legge dalla cui validità dipenda la sentenza, possa essere contraria a Costituzione, deve sollevare una questione al Tribunale costituzionale». Nonostante l'evidente similitudine con la formula italiana, la disciplina del giudizio davanti al Tribunale è più simile al sistema tedesco. Innanzitutto, il requisito della rilevanza in Spagna va valutato dal giudice *a quo* una volta concluso il procedimento, nel momento di emettere la sentenza (art. 35.2 *Ley orgánica del Tribunal constitucional* - LOTC). Inoltre, il *Tribunal* ha stabilito che l'estinzione del processo *a quo* incida in maniera corrispondente sul processo costituzionale – mentre l'art. 18 delle Norme integrative sul funzionamento della Corte costituzionale italiana (NI) prevede che la sospensione, interruzione o estinzione del processo *a quo* non producono effetti sul giudizio costituzionale. Essendo la via incidentale l'unico strumento di protezione dei diritti costituzionali, il giudizio davanti alla Corte italiana tendenzialmente prosegue in modo autonomo, rispetto alle vicende che insistono sul processo *a quo*¹³⁴, mentre i sistemi tedesco e spagnolo possono restare coerenti con la natura “concreta” del controllo di costituzionalità per via incidentale, che nasce in occasione di un caso, e corrispondentemente muore, qualora la fattispecie processuale concreta venga meno per qualsiasi motivo.

¹³⁴ Due ipotesi sembrano difficilmente compatibili con la *ratio* dell'art. 18 NI: l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza e la restituzione degli atti per *ius superveniens*. Cfr. S. Bagni, *Il controllo di costituzionalità*, cit. 353.

13. La concezione islamica del controllo di costituzionalità in Iran

In ordine puramente cronologico, il sistema spagnolo del 1978 è seguito dalla Costituzione iraniana, approvata con referendum popolare nel 1979 e modificata nel 1989. Questa istituisce un particolare organo *ad hoc* per un duplice controllo: di costituzionalità delle leggi e di conformità ai precetti della religione islamica.

L'istituto non è sconosciuto alla storia costituzionale iraniana. Nell'ambito del più ampio movimento musulmano nazionalista anticolonialista, l'opposizione al regime della dinastia Qajar in Persia aveva costretto lo *shah* a convocare un'Assemblea costituente e ad approvare la Costituzione del 1906. Ispirata a quella belga del 1831, questa limitava i poteri assoluti dello *shah* attraverso un Parlamento bicamerale. La legge di revisione costituzionale dell'8 ottobre 1907, inoltre, proclamava la *shia* religione ufficiale della Persia e stabiliva che nessuna legge approvata dall'Assemblea nazionale avrebbe potuto essere contraria ai precetti religiosi dell'Islam e alle leggi del Profeta. Venne così previsto un comitato composto da almeno 5 membri del clero (*ulema*, dottori della legge), con il compito di verificare in via preventiva la conformità dei progetti di legge presentati all'Assemblea con i precetti religiosi islamici. Il veto del comitato era insuperabile e l'istituto era limite esplicito alla revisione costituzionale. I 5 membri dovevano essere scelti dall'Assemblea, sulla base di una lista di 20 candidati, presentata dagli *ulema*, fra coloro che ricoprivano le posizioni di vertice del clero (ossia riconosciuti dall'Islam *shiita* come "grandi ayatollah", teologi la cui interpretazione è considerata degna di imitazione (*taqlid*)).

Il costituzionalismo di matrice europea era stato re-interpretato dai giuristi islamici riformatori in modo da rispondere alle esigenze di una società strutturata sulla base dei precetti dell'Islam. In particolare, in uno Stato sciita, le rivendicazioni per la limitazione del potere dello *shah* non potevano che passare da un'alleanza con il clero, sicché la supremazia della Costituzione significava al contempo rispetto dei principi islamici¹³⁵.

Nella Costituzione del 1979, l'Islam sciita è religione di

¹³⁵ S.A. Arjomand, *Shi'ite Jurists and the Iranian Law and Constitutional Order in the Twentieth Century*, in S.A. Arjomand, N.J. Brown (eds.), *The*

Stato (art. 12 Cost.) e i suoi principi sono posti al vertice delle fonti del diritto, anche al di sopra della Costituzione stessa (art. 4)¹³⁶. Tutti i poteri dello Stato sono soggetti al controllo della Guida Suprema della rivoluzione, massimo esponente religioso secondo la *shia*. La natura “teocratica” della forma di Stato e di governo convive formalmente con il riconoscimento della sovranità popolare, derivata da quella divina, che si esercita tramite le elezioni e gli strumenti di democrazia diretta (art. 56 ss.). Nel preambolo si afferma che la Costituzione mira ad attribuire il destino degli uomini a loro stessi, fuori dall’oppressione, grazie anche a forme di partecipazione popolare all’azione pubblica. Del resto, sempre il preambolo ricorda che il “governo tramite consultazione” (*shura*) è uno dei principi fondamentali dell’Islam. Sovranità popolare e divina si intersecano e convivono nelle istituzioni, con reciproca influenza (anche se il prevalere dell’interpretazione clericale e conservatrice della Costituzione ha spostato l’ago della bilancia verso la incondizionata priorità della volontà della Guida Suprema¹³⁷).

Il costituzionalismo sciita rielabora il modello europeo di controllo di costituzionalità delle leggi, adattandolo ai suoi principi fondamentali. I progetti di legge approvati dall’Assemblea devono essere sottoposti al controllo del Consiglio dei Guardiani (art. 72 e art. 94). Il Consiglio veglia sulla conformità delle leggi all’Islam e alla Costituzione. Nel primo caso, si esprimono solo i 6 membri religiosi, nominati dalla Guida Suprema; nel secondo, il voto è a maggioranza di tutti i componenti, inclusi quelli laici, giuristi scelti dall’Assemblea sulla base di nomine formulate dal Presidente della Corte suprema (a sua volta nominato dalla Guida Suprema). Tra le ulteriori funzioni del Consiglio troviamo anche l’interpretazione autoritativa della legge, a maggioranza dei $\frac{3}{4}$ dei suoi membri, e il controllo delle elezioni.

Rule of Law, Islam, and Constitutional Politics in Egypt and Iran, New York, 2013, 18.

¹³⁶ Art. 4 [Islamic Principle] «All civil, penal financial, economic, administrative, cultural, military, political, and other laws and regulations must be based on Islamic criteria. This principle applies absolutely and generally to all articles of the Constitution as well as to all other laws and regulations, and the wise persons of the Guardian Council are judges in this matter».

¹³⁷ È questa la forma di Stato costituzionale islamico elaborata da Khomeini, il c.d. principio del *velāyat-e faqih*: cfr. P.G. Petrillo, *Iran*, Bologna, 2008, 52. M. Mohammadi, *Constitutional Law in Iran*, Alpen an den Rijn, 2012, 194-195.

Molti elementi (composizione, funzioni e procedure del Consiglio) sembrano evocare il modello francese di giustizia costituzionale, a partire dal nome stesso, oltre alla scelta del controllo obbligatorio e preventivo sui progetti di legge e il controllo sulle elezioni. Del resto, la tradizione francese di *civil law* è quella che, prima della rivoluzione e già a partire dalla recezione del codice civile, aveva contribuito alla natura mista dell'ordinamento giuridico iraniano¹³⁸. È inoltre il modello che, fra tutti, meno incide sulla discrezionalità del titolare del potere legislativo e che dunque meglio si adatta alla forma di governo elaborata da Khomeini. In Iran, infatti, il potere giudiziario è sempre stato poco indipendente e controllato dalla Guida Suprema: la partita per il controllo del potere si gioca fra questa e il Parlamento, anche attraverso il Consiglio dei Guardiani¹³⁹. Restano tuttavia significative differenze rispetto al *Conseil* francese e, più in generale, ai modelli occidentali di giustizia costituzionale occidentali. Fra tutte, la non vincolatività delle pronunce del Consiglio: qualora l'Assemblea legislativa rifiuti di modificare il progetto di legge dichiarato non conforme dal Consiglio, la questione verrà risolta da un Consiglio per la determinazione delle scelte (nella traduzione inglese: *Expediency Council*), organo totalmente controllato dalla Guida Suprema e appositamente creato per dirimere i conflitti fra Assemblea e Consiglio dei Guardiani (art. 112 Cost.).

14. Casi particolari di recezione del modello accentrato negli anni Ottanta

14.1. *La Corte costituzionale turca*

Un altro Paese ad aver istituito una Corte costituzionale accentrata è la Turchia, con la Costituzione del 1961, frutto di un colpo di stato militare. Nel testo costituzionale del 1924, il Par-

¹³⁸ R. Banakar, K. Ziaee, *The Life of the Law in the Islamic Republic of Iran, Iranian Studies*, 2018, 3; v. anche, quanto all'influenza del diritto francese sulla riforma del potere giudiziario, Arjomand, *Shi'ite Jurists*, cit., 27-29, e 38.

¹³⁹ Arjomand, Brown, *Introduction. The Rule of Law, Islam, and Constitutional Politics in Egypt and Iran*, in Id. (eds.), *The Rule of Law, Islam, and Constitutional Politics in Egypt and Iran*, New York, 2013, 9 s.; Mohammadi, *Constitutional Law in Iran*, cit., 192-193.

lamento era considerato l'unico organo deputato al controllo di legittimità costituzionale sulla legislazione. Ciò, in ossequio al principio della sovranità nazionale dei Turchi, proprio della visione kemalista dello Stato.

La Costituzione del 1961 si caratterizzava per il contenuto liberale e pluralista; a sua difesa era istituita una Corte costituzionale sui modelli tedesco e italiano, con il compito di verificare la conformità delle leggi e degli atti aventi forza di legge alla Costituzione. Svolgeva altresì la funzione di giustizia politica nei confronti delle più importanti cariche dello Stato per violazioni connesse ai loro doveri (art. 147). L'organo era originariamente composto da 15 giudici: 8 erano eletti dalle alte magistrature, 5 dalle Camere e 3 nominati dal Presidente della Repubblica. La Corte poteva essere adita in via principale e in via incidentale. Nel primo caso, entro 90 giorni dalla promulgazione della legge (art. 149), erano legittimati il Presidente della Repubblica, i partiti politici, i gruppi parlamentari, 1/6 dei membri di ciascuna Camera, le Supreme Magistrature e le Università per leggi riguardanti le rispettive istituzioni; nel secondo caso, erano richieste rilevanza e non manifesta infondatezza/serietà della questione, tipici dei sistemi italiano e tedesco (art. 151). Se la Corte non si fosse pronunciata entro 3 mesi, il giudice *a quo* avrebbe dovuto applicare la legge. Gli effetti delle sentenze erano *pro futuro*, ma la Corte poteva decidere di posticiparli e anche di limitarne l'applicazione alle sole parti in causa (art. 152).

Il sistema ebbe vita breve. Le aperture al pluripartitismo produssero in poco tempo il proliferare di nuove formazioni politiche, anche estremiste e radicali, che mettevano in pericolo il predominio dell'*élite* al potere. Con il *memorandum* del 1971, l'esercito provocò le dimissioni del Primo Ministro e propiziò la formazione di un nuovo esecutivo controllato dai militari: proclamata la legge marziale, si restrinsero fortemente i principi democratici.

L'attuale Costituzione del 1982 ha confermato il modello accentrato, che, fino alle riforme del 2010, non aveva stravolto quello del 1961. La *Law on Establishment and Rules of Procedures of the Constitutional Court* (No. 6216, 30.3.2011) ha elevato da 11 a 17 il numero di giudici della Corte. Oltre al Presidente della Repubblica, anche l'Assemblea nazionale elegge i giudici in numero di tre. La modifica nella composizione della Corte rappresenta un'apertura rispetto al ruolo del Parlamento nella definizione della forma di Stato. È opinione diffusa che

la Corte turca abbia sempre giocato un ruolo di contrasto nei confronti del Parlamento: l'*élite* di governo, burocratica e militare, che aveva dominato la scena politica fino all'inizio degli anni Cinquanta, si trovava sottorappresentata in Parlamento, dominato da forze popolari e conservatrici¹⁴⁰.

La Corte esercita il controllo sulle leggi, sugli atti aventi forza di legge e sul regolamento dell'Assemblea, in via d'azione e in via incidentale. In quest'ultimo caso, se non viene emessa una sentenza entro 5 mesi dall'eccezione, il giudice *a quo* deve decidere il caso applicando la norma impugnata; se la Corte rigetta l'eccezione nel merito, la questione non può essere riproposta per i successivi 10 anni (art. 152 u.c.). L'oggetto del controllo di costituzionalità è limitato: sono sottratte al giudizio della Corte le leggi di riforma adottate da Atatürk e indicate all'art. 174 Cost., nonché i decreti con forza di legge emanati durante lo stato di emergenza, la legge marziale o i periodi di guerra (art. 148.1).

La riforma del 2010 introduce l'*individual constitutional complaint*¹⁴¹ per violazione di diritti e libertà fondamentali riconosciuti dalla CEDU e garantiti in Costituzione. Tra le funzioni ulteriori vanno ricordate: la verifica in via preventiva dei progetti di legge di revisione costituzionale in relazione alla loro legittimità formale; in veste di Corte Suprema Penale, il giudizio sulle violazioni dei propri doveri da parte di tutte le più alte cariche dello Stato; il giudizio sulla dissoluzione dei partiti politici e il controllo sulla legittimità del loro finanziamento pubblico.

La Corte costituzionale ha dunque rappresentato un contropotere nei confronti del Parlamento, teso alla tutela dei principi fondamentali del kemalismo, in particolare l'integrità territoriale e il secolarismo¹⁴². Con l'ascesa di Erdoğan al potere, sono stati avanzati dubbi sulla effettiva autonomia di giudizio della Corte: si pensi alle pronunce relative a restrizioni alle libertà fondamentali o a provvedimenti emergenziali¹⁴³.

¹⁴⁰ E. Özbudun, *The Constitutional System of Turkey. 1876 to the Present*, New York, 2011, 123; O. Can, *The Turkish Constitutional Court as Defender of the Raison d'Etat?*, in R. Grote, T.J. Röder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries*, cit., 277.

¹⁴¹ H. Ekinci, M. Sağlam, *Individual application to the Turkish Constitutional Court*, Ankara, 2015.

¹⁴² M. Carducci, B. Bernardini d'Arnesano, *Turchia*, Bologna, 2008, 128.

¹⁴³ Sul rifiuto di sindacare i decreti emergenziali successivamente al fal-

14.2. *La Cour d'Arbitrage in Belgio*

L'avvento della giustizia costituzionale in Belgio avviene contemporaneamente alla trasformazione in senso federale dello Stato¹⁴⁴. Con la riforma del 29 luglio 1980 è prevista una «Cour d'Arbitrage», con il fine precipuo di «prévenir les conflits entre la loi, le décret et les règles» adottate dalle nuove istituzioni regionali¹⁴⁵. La natura di arbitro delle istanze federaliste si rivela anche nella sua composizione: 12 giudici, per metà francofoni e per metà di lingua olandese, di cui almeno uno deve dimostrare sufficiente conoscenza del tedesco; nominati a vita dal Re, sulla base di liste presentate alternativamente da una delle Camere e approvate con i 2/3 dei votanti, scelti per metà fra giuristi (professori universitari o magistrati) e per l'altra fra *ex* parlamentari o membri di assemblee legislative¹⁴⁶.

La Corte fu istituita nel 1983 e iniziò a lavorare nel 1984. Fino alla revisione del 1988, essa era esclusivamente arbitro dei conflitti di competenza tra Stato, Regioni e Comunità. Con l'attribuzione alle Comunità di competenze in materia educativa, le funzioni della Corte furono estese al controllo di costituzionalità degli atti legislativi rispetto ai principi di eguaglianza, non discriminazione e ai diritti e libertà in materia di insegnamento (artt. 10, 11 e 24 Cost.). Fu anche introdotto il ricorso individuale, sulla base di un interesse concreto («justifiant d'un intérêt»).

lito colpo di Stato del luglio 2016 v. A. Acar, *The Hamartia of the Constitutional Court of Turkey: Part II*, *Int'l J. Const. L. Blog*, Apr. 4, 2017, www.iconnectblog.com; D. Kurban, *Think Twice before Speaking of Constitutional Review in Turkey*, *VerfBlog*, 20 febbraio 2018, <https://verfassungsblog.de>.

¹⁴⁴ G. Rosoux, *La Cour constitutionnelle de Belgique: un arbitre au cœur du fédéralisme belge*, *Fédéralisme Régionalisme*, N. 17, 2017, popups.uliege.be. Dagli anni Settanta il Consiglio di Stato esercitava un controllo su progetti di legge, ordinanze e decreti (*lois sur le Conseil d'état, coordonnées le 12 janvier 1973*): v. F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris, 2000, 99.

¹⁴⁵ Art. 107ter Cost. 1831, revisionata nel 1980. V. P. CARROZZA, *La Cour d'arbitrage belga come corte costituzionale: indagine comparatistica sulle garanzie costituzionali*, Padova, 1985; P. Peeters, *Expanding Constitutional Review by the Belgian "Court of Arbitration"*, *Eur. Publ. L.*, Vol. 11, 2005, 475.

¹⁴⁶ P. Peeters, *Multinational federations: reflections on the Belgian federal state*, in M. Burgess, J. Pinder (Eds.), *Multinational Federations*, Abingdon, 2007; A. Mastromarino, *Il federalismo disaggregativo: un percorso costituzionale negli stati multinazionali*, Milano, 2010. La LSCC ha introdotto all'art. 34, § 5, l'obbligo di diversificazione di genere nella composizione della Corte, che la riforma del 2014, in via di attuazione, ha fissato in un terzo dei membri dell'organo.

Al legislatore “speciale”¹⁴⁷ (art. 142) è conferito il potere di estendere il parametro costituzionale: nel 2003 esso viene esteso al Titolo II (diritti e libertà dei Belgi) e agli artt. 170, 172 e 191 (materia fiscale e protezione degli stranieri sul territorio)¹⁴⁸. Nel 2014, infine, la Corte è diventata garante della «loyauté fédérale» (art. 143.3) che richiede correttezza nel comportamento reciproco delle istituzioni federali, regionali e comunitarie nella difesa dei rispettivi interessi. Tali riforme sono state una sorta di “ratifica” di funzioni che la Corte da tempo stava già svolgendo attraverso un’interpretazione estensiva dei principi di eguaglianza e non discriminazione, in ambiti diversi da quello educativo¹⁴⁹.

L’estensione del parametro ha consentito l’inclusione della *Cour d’Arbitrage* nella definizione “cappellettiana” di giustizia costituzionale come istituzione a garanzia dei diritti e delle libertà costituzionali, tanto che nel 2007 la denominazione della Corte viene modificata in «Cour constitutionnelle». Il modello belga è fra i più vicini al nomocratico puro: solo nel 2014 si è introdotto il controllo preventivo sulle proposte di consultazione popolare regionale e successivo sulle delibere della Camera dei Deputati in materia di spese elettorali.

Per quanto riguarda il controllo normativo, la Corte è competente a sindacare solo leggi e atti aventi forza di legge: leggi federali, anche speciali, atti normativi primari dell’Esecutivo e decreti e ordinanze delle Regioni e delle Comunità. Il controllo può essere astratto o concreto. Il controllo astratto è successivo, in via d’azione (*recours en annulation*) e va proposto entro 6 mesi dalla pubblicazione dell’atto, su iniziativa del Consiglio

¹⁴⁷ Le leggi speciali sono leggi rinforzate adottate a maggioranza dei suffragi di ogni comunità linguistica in ciascuna Camera, alla presenza della maggioranza assoluta dei votanti e con i 2/3 dei voti (art. 4.3 Cost.).

¹⁴⁸ Cfr. P. Peeters, J. Mosselmans, *The Constitutional Court of Belgium: Safeguard of the Autonomy of the Communities and Regions*, in *Courts in Federal Countries*, cit., 71, 80, 90.

¹⁴⁹ Cfr., ad es., J. Spreutels, *La Cour constitutionnelle de Belgique: genèse et évolutions*, *Visite de travail de la Cour constitutionnelle belge à la Cour constitutionnelle de la Roumanie*, Bucarest, 3 novembre 2016, 5, www.const-court.be; P. Popelier, K. Lemmens, *The Constitution of Belgium. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland, Oregon, 2015, 197 s.; S. Depré, V. Ost, *La Cour d’Arbitrage et les droits fondamentaux du Titre II de la Constitution*, in A. Rasson-Roland, D. Renders, M. Verdussen (dir.), *La Cour d’Arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, 2004, 85.

dei Ministri o degli Esecutivi regionali e comunitari, dei Presidenti di qualsiasi assemblea rappresentativa, su richiesta dei 2/3 dei suoi membri, di qualsiasi persona fisica o giuridica, cittadino o straniero, che giustifichi un interesse nella causa¹⁵⁰. L'accesso in via di eccezione (art. 142.3, *question préjudicielle*), secondo il modello italiano, richiede i requisiti di non manifesta infondatezza e rilevanza (art. 26 § 2 *Loi speciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle*: LSCC), ma se ne discosta quanto a effetto delle pronunce. Nel giudizio di annullamento in via di azione, gli *arrêts* della Corte hanno efficacia *erga omnes* ed *ex tunc* – con possibilità, nei casi previsti dalla legge, di riaprire casi già decisi e salvo facoltà per la Corte di modulare gli effetti retroattivi –; nel giudizio in via incidentale, le pronunce hanno efficacia *inter partes*, in tutti i gradi di giudizio della medesima causa (art. 28 LSCC). Le corti alle quali si presenta un caso già deciso dalla Corte sono sollevate dall'obbligo di riproporre la questione, potendo applicare direttamente la decisione precedente (art. 26, § 2, n. 2 LSCC). Al fine di evitare contrasti giurisprudenziali e incertezza giuridica, la legge prevede la riapertura dei termini per agire in annullamento contro la norma o l'atto dichiarati illegittimi (art. 4, u.c. LSCC).

15. Il nuovo ciclo costituzionale degli anni Novanta

15.1. *Il judicial review in Israele*

Negli anni Novanta del secolo scorso, anche Israele perfezionò il proprio sistema di controllo di legittimità degli atti normativi. L'ordinamento si caratterizza ancora oggi per una stratificazione di fonti, ciascuna delle quali è riportabile a un differente momento storico: la dominazione ottomana, il mandato britannico sulla Palestina, il diritto dello Stato di Israele, successivo alla Dichiarazione di Indipendenza (14 maggio 1948) attuativa della risoluzione dell'ONU del 29 novembre 1947. Il periodo di dominazione britannica, in particolare ha conferito un ruolo centrale al potere giudiziario e introdotto il principio del precedente vincolante.

¹⁵⁰ Cfr. Peeters, Mosselmans, *The Constitutional Court of Belgium*, cit., 86.

Il tardivo processo di elaborazione di un modello israeliano di giustizia costituzionale è stato tradizionalmente giustificato alla luce del principio di sovranità del Parlamento (*Knesset*) ereditato dal Regno Unito e della mancata redazione, da parte dell'Assemblea Costituente, di una costituzione scritta¹⁵¹. Non a caso, lo stato di emergenza in cui Israele si trova dall'indipendenza aveva "congelato" la stessa Assemblea Costituente, la quale, con la legge del 16 febbraio 1949, si convocava come prima *Knesset*. Si tratta di un abbandono del progetto costituente: il progetto di adozione di un organico testo costituzionale fu sostituito dall'adozione di una pluralità di *Leggi fondamentali*. Si è al cospetto di una vera Costituzione pluritextuale, nella quale la materia costituzionale è contenuta in 14 atti normativi, alcuni dei quali possono essere modificati, per espressa statuizione contenuta negli stessi, solo con un procedimento aggravato di revisione: così la *Basic Law: Freedom of Occupation* (1992 e sostituita da una nuova *Basic Law* nel 1994); la *Basic Law: Israel as a Nation State of the Jewish People* (2018)¹⁵².

La presenza di *entrenched clauses* nelle Leggi fondamentali ben avrebbe potuto giustificarne la parametricità e, pertanto, suggerire l'attivazione di un sindacato di legittimità costituzionale della legislazione ordinaria: cosa che prontamente avvenne nel caso *Bergman v. Minister of Finance* (1969): una legge sul finanziamento pubblico ai partiti venne dichiarata in contrasto con la Legge fondamentale sulla *Knesset*. Le severe critiche mosse alla Corte suprema dopo l'emanazione della decisione, tuttavia, indussero la Corte stessa a praticare un *self-restraint* in materia di giustizia costituzionale: la decisione rimase, pertanto, un precedente isolato.

Con l'approvazione delle Leggi fondamentali in materia di diritti nel 1992¹⁵³, la Corte suprema ha compiuto un *revirement*

¹⁵¹ T. Groppi, *La giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Torino, 2006, 251 ss.

¹⁵² Cfr. L. Pierdominici, *Diffusione e concentrazione del giudizio di costituzionalità delle leggi in Israele. L'ottica del conflitto tra poteri*, in D. Butturini e M. Nicolini, *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, I, cit., 188-191; S. Baldin, *Lo Stato Nazione del Popolo Ebraico. Considerazioni sulla forma dello Stato israeliano alla luce della legge fondamentale del 2018*, *Rev. Gen. Der. Públ. Comp.*, N. 24, 2018, 1 ss.

¹⁵³ *Basic Law: Human Dignity and Liberty* e *Basic Law: Freedom of Occupation*. Sulla giurisprudenza della Corte suprema in materia di diritti anteriori

giurisprudenziale. Con la sentenza *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village* del 9 novembre 1995, viene introdotto in via pretoria il controllo di legittimità costituzionale di tipo diffuso ma con notevoli tendenze all'accentramento presso la Corte suprema. A partire dal 1997, le decisioni di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale divennero sempre più numerose¹⁵⁴, cosa che fa della Corte suprema una fra le giurisdizioni costituzionali più attive¹⁵⁵.

Un'altra particolarità va individuata nel fatto che la Corte suprema ha dilatato le ipotesi di *justiciability* degli atti dei pubblici poteri: ciò le consente, da un lato, di rendere ancor più ampia la portata del sindacato; dall'altro, di estendere il controllo anche alle questioni più delicate nei rapporti con il potere democraticamente legittimato. Secondo tale impostazione, «non esistono di per sé questioni politiche, ma una questione è politica in quanto le corti si rifiutano di giudicarla»: ne viene che le uniche questioni rispetto alle quali le Corti sono chiamate a esercitare un *self-restraint* sono quelle che potrebbero, stante la delicatezza delle tematiche, compromettere la stessa legittimazione della *judicial review of legislation* presso la società israeliana¹⁵⁶. D'altra parte, la sez. 8 della *Basic Law: Freedom of Occupation* consente alla Knesset di *override* (respingere) una decisione della Corte «A provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect ... if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein».

Va da sé che la capacità di essere uno degli attori del dialo-

re alle Leggi fondamentali del 1992 v. Groppi, *La giustizia costituzionale*, cit., 253.

¹⁵⁴ *Israel Investment Mangers Association v. Minister of Finance* (1997); *Saguy Zemash v. Minister of Defence* (1999); *Oron v. Speaker of the Knesset* (1999). C. Klein, *Croniques: Israël, Revue française de droit constitutionnel*, 2000, 166; Groppi, *La giustizia costituzionale*, cit., 256 ss.; A. Di Giovine, F. Longo, *Israele*, in Carrozza, Di Giovine, Ferrari (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, I, cit., 408; Pierdominici, *Diffusione*, cit., 194; O. Soffer, *Judicial Review of Legislation in Israel: Problems and Implications of Possible Reform*, *Israel Affairs*, Vol. 12, N. 2, 2006, 307 ss.

¹⁵⁵ C. Klein, *La Cour Suprême et le système judiciaire*, in A. Dieckhoff (ed.), *L'État d'Israël*, Paris, 2008, 51.

¹⁵⁶ Groppi, *La giustizia costituzionale*, cit., 259.

go tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato deriva alla Corte dalla natura diffusa – con tendenze all’accentramento in capo alla Corte medesima – del controllo di costituzionalità. La Corte è infatti organo di vertice del sistema giudiziario ordinario e, come tale, rimane disciplinata dalla Legge fondamentale del 1984 sulla magistratura ¹⁵⁷.

15.2. *La giustizia costituzionale in America latina con il nuevo constitucionalismo*

Il *nuevo constitucionalismo* latino-americano segna il rafforzamento del ruolo delle Corti nella tutela dei diritti fondamentali sulla base di Costituzioni lunghissime, intrise delle dottrine neocostituzionali. Ciò favorisce la rielaborazione dei modelli storici, nonché la loro giustapposizione in forme del tutto originali, come nei casi colombiano e peruviano.

A partire dal 1988, anno di adozione della nuova Costituzione brasiliana, vengono approvate o sostanzialmente modificate le Costituzioni di Colombia (1991), Paraguay (1992), Perù (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999, modificata nel 2009), Ecuador (2008), Bolivia (2009), Repubblica dominicana (2010), Nicaragua (2014). Altre Costituzioni latinoamericane subiscono revisioni nel medesimo periodo, ma di minore entità, che dunque non ne modificano la struttura e i principi fondamentali. Coeva al ciclo del *nuevo constitucionalismo* è l’evoluzione della giustizia costituzionale in Messico, avvenuta tanto ad opera del legislatore che della giurisprudenza della Corte suprema ¹⁵⁸.

Il Brasile, che all’inizio del secolo aveva optato per un sistema diffuso, si trasforma in un sistema diffuso-concentrato. L’art. 97 Cost. afferma che a maggioranza dei suoi componenti, un tribunale può dichiarare l’incostituzionalità di una legge o di un atto normativo del potere pubblico. Tuttavia, l’art. 102.I attribuisce al Supremo Tribunale Federale (STF), a garanzia della Co-

¹⁵⁷ *Basic Law: The Judiciary*, 1110 LSI 78 (1984) (as amended) (Isr.), translated in *Basic Laws*, The Knesset, <https://www.knesset.gov.il>.

¹⁵⁸ La disamina non include l’Argentina, che rappresenta un caso a sé, in quanto la revisione costituzionale del 1994 ha ratificato il modello diffuso che si era già imposto per via giurisprudenziale nella vigenza dei precedenti regimi.

stituzione, la competenza esclusiva e originaria a giudicare l'azione diretta di incostituzionalità e la dichiarazione di costituzionalità della legge o di altro atto del potere pubblico (lett. a), con effetto *erga omnes*, nonché l'*habeas corpus*, il *mandato de segurança* e l'*habeas data* contro atti delle alte cariche dello Stato e dello stesso STF (lett. d e lett. i). Non si tratta di un sistema duale, bensì di un sistema diffuso-concentrato, in quanto il STF, *ex art. 102.II*, giudica, tramite ricorso ordinario, l'*habeas corpus*, il *mandato de segurança* e l'*habeas data* per i quali i tribunali superiori hanno rigettato il ricorso, e inoltre, *ex art. 102.III*, tramite ricorso straordinario, cause in unica o ultima istanza, originate da pronunce contrarie alla Costituzione, o che dichiarano incostituzionale un trattato o una legge federale, o che dichiarano costituzionale una legge o un atto del governo locale; o che dichiarano legale una legge locale impugnata per contrarietà alla legge federale ¹⁵⁹.

Il sistema colombiano rappresenta davvero un *unicum* nel panorama comparato per la sua estrema complessità. Di base, sembrerebbe ratificato il modello duale già introdotto nel 1910. L'art. 4 Cost., infatti, afferma che «En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales», legittimando in tal modo il controllo diffuso. Alla funzione di garanzia della Costituzione, tuttavia, partecipano, secondo un modello accentratore, una Corte costituzionale *ad hoc*, che giudica una serie importante di azioni dirette alla verifica di costituzionalità degli atti normativi, e il Consiglio di Stato, che *ex art. 237* è competente a conoscere l'azione di nullità per incostituzionalità dei decreti emanati dal Governo, che non rientri fra le attribuzioni della Corte costituzionale ¹⁶⁰.

Ex art. 241, la Corte giudica le azioni di incostituzionalità promosse dai cittadini contro leggi, decreti del Governo con forza di legge e decreti legislativi, in casi specifici; decide della costituzionalità dei progetti di legge che il Governo ha impugnato come incostituzionali e dei progetti di legge statutaria. La Corte

¹⁵⁹ Cfr. V. Alfonso da Silva, *The Constitution of Brazil. A Contextual Analysis*, Oxford and Portland (OR), 2019, 70 ss.

¹⁶⁰ Spetta invece ai giudici amministrativi dichiarare la nullità per incostituzionalità di atti normativi generali locali, *ex art. 135* del codice processuale amministrativo.

costituzionale non ha competenza per revisionare le sentenze dei giudici ordinari che disapplicano norme ritenute incostituzionali, e per questo si ragiona di sistema duale, anche se dentro al modello pantocratico di giustizia costituzionale, la Corte è competente alla revisione delle sentenze ordinarie nei giudizi di tutela dei diritti fondamentali (art. 241, n. 9).

La Costituzione del Paraguay del 1992, successiva alla dittatura del generale Stroessner (deposto con un golpe nel 1989), incarna molte caratteristiche del *nuevo constitucionalismo*. Il sistema di giustizia costituzionale è tuttavia peculiare, in quanto nessun procedimento costituzionale termina con una pronuncia con efficacia *erga omnes*. L'art. 260 Cost. afferma che la *Sala constitucional* dichiara la inapplicabilità di leggi o altri strumenti normativi in casi concreti, con sentenze che avranno effetto limitato al solo caso giudicato. L'accesso alla *Sala* è in via di azione o di eccezione, sollevabile da parte di qualsiasi giudice ordinario in ogni grado del processo. Il codice di procedura civile chiarisce che l'«azione di incostituzionalità» non conferisce legittimazione a denunciare l'incostituzionalità in astratto di atti normativi; bensì, trattasi di un ricorso individuale per violazione di un diritto, contro leggi, decreti, regolamenti, ordinanze municipali, risoluzioni e altri atti amministrativi (art. 551 c.p.c.). A questa azione si aggiunge quella contro risoluzioni giudiziali (art. 556 c.p.c.) per sé stesse lesive della Costituzione o che applicano norme contrarie alla Costituzione. Nel primo caso, tuttavia, l'azione è esperibile solo qualora la parte abbia sollevato l'eccezione di incostituzionalità durante il processo e il giudice l'abbia rigettata, applicando la norma denunciata come incostituzionale.

La Costituzione peruviana del 1993 rappresenta l'esempio più significativo del modello duale o parallelo, descritto in particolare modo dal giurista Domingo García Belaunde come un sistema in cui coesistono, senza incontrarsi mai, il modello diffuso e quello accentrato¹⁶¹. L'art. 138.2 afferma che «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango infe-

¹⁶¹ D. García Belaunde, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, *La Ley*, 16 ottobre 1998, 1 ss. e in Id., *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001, 129 ss.

rior», legittimando il controllo diffuso. L'art. 201 istituisce il Tribunale costituzionale, quale organo competente al controllo della Costituzione, e l'art. 202 gli attribuisce la competenza esclusiva a conoscere l'azione di incostituzionalità (oltre ai conflitti di competenza e attribuzione, nonché alla revisione delle sentenze dei giudici ordinari in *amparo*, *habeas corpus*, azione di *cumplimiento* e *habeas data*), su iniziativa del Presidente, del *Fiscal*, del *Defensor del Pueblo*, del 25% dei parlamentari, di 5000 cittadini, dei Presidenti di Regione o Provincia, dei collegi professionali, secondo un procedimento astratto tipico del modello accentrato.

Il sistema peruviano ha subito alcune trasformazioni a seguito dell'entrata in vigore del codice di diritto processuale costituzionale, nel 2004, che lo avvicinano a un sistema di tipo diffuso-concentrato. Il codice all'art. VI disciplina il controllo diffuso, obbligando i giudici ad applicare direttamente la Costituzione, in caso di contrasto fra una norma costituzionale e una gerarchicamente inferiore, sempre che non ne sia possibile una interpretazione conforme a Costituzione o conforme «a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional». Inoltre, i giudici ordinari non potranno disapplicare una norma ritenuta costituzionale in un processo di incostituzionalità o di azione popolare. Si trova in questa disposizione una prima relazione fra controllo diffuso e sindacato accentrato esercitato dal Tribunale costituzionale, le cui sentenze, precisa il codice, costituiscono giurisprudenza vincolante per i giudici ordinari in merito all'interpretazione della legge secondo Costituzione, qualora così il Tribunale le definisca (art. VII). Si affaccia nel codice l'idea di una gerarchia tra la giurisdizione costituzionale *ad hoc* e quella diffusa, seppur con effetto limitato alla sola capacità interpretativa dei giudici, che non era presente in Costituzione e che appare in modo esplicito nella legge organica sul Tribunale costituzionale, definito «órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad»¹⁶². Tuttavia, in Perù le sentenze dei giudici ordinari che hanno esercitato il controllo di costituzionalità diffuso non possono essere impugnate di fronte al Tribunale costituzionale, come avviene nel modello diffuso-concentrato, bensì vengono elevate a con-

¹⁶² Sottolinea questo rapporto D. García Belaunde, *El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú*, Provincia, N. especial 2005, 410.

sulta alla Sala costituzionale della Corte Suprema (art. 3.3, modificato nel 2006). È ugualmente vero, però, che attraverso il riconoscimento del valore di precedente alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale, quest'ultimo può dirimere eventuali conflitti interpretativi o indirizzare i giudici verso una specifica interpretazione costituzionale, all'interno di giudizi promossi tramite azione di incostituzionalità¹⁶³.

L'unica interferenza formale che si produce fra i due ordini di giurisdizione incaricati di vegliare sulla corretta applicazione della Costituzione si ha nei giudizi di *amparo*, *habeas corpus*, *habeas data* e *cumplimiento*, per i quali il Tribunale costituzionale è competente in via di appello contro le sentenze di secondo grado dei giudici ordinari (art. 18), quando la violazione è prodotta da una norma autoapplicativa, per cui il giudice risolve il caso attraverso la sua disapplicazione (art. 3.1).

Un controllo di costituzionalità di tipo diffuso-concentrato si dà anche in Venezuela, Repubblica dominicana e Nicaragua, nonché nei Paesi le cui Costituzioni risalgono a epoca anteriore all'ultimo ciclo del *nuevo constitucionalismo*. El Salvador e Guatemala¹⁶⁴ ne sono due esempi.

Infine, possiamo classificare come sistema diffuso-concentrato anche quello messicano, per lo meno a partire dal 2011, nonostante l'assenza tanto di una Corte *ad hoc* quanto di una Sala specializzata nel controllo di costituzionalità. La Suprema Corte di Giustizia della Nazione è infatti al contempo il massimo tribunale costituzionale del Paese e il vertice del potere giudiziario federale. L'art. 133 Cost. afferma che la Costituzione, le leggi federali e i trattati costituiscono la legge suprema dell'Unione e i giudici delle singole entità federate devono assoggettarsi ad essa, indipendentemente da disposizioni contrarie inserite nella Costituzione e/o nell'ordinamento dell'entità federata cui appartengono. Inizialmente, tale disposizione fu interpretata dalla Suprema Corte della Nazione in modo limitativo, ossia come attributiva del controllo di costituzionalità diffuso solo al sistema federale di corti. Dopo la sentenza *Radilla Pacheco v. Messico* del-

¹⁶³ A. Quiroga León, *Los problemas procesales en la aplicación del código procesal constitucional del Perú*, in E.A. Velandia Canosa (coord.), *De-recho procesal constitucional*, t. I, Vol. II, Bogotá, 2011, 225 ss.

¹⁶⁴ Sul sistema guatemalteco J. Córdón, *El Tribunal Constitucional de Guatemala*, Guatemala, 2009.

la Corte interamericana dei diritti umani, del 23 novembre 2009, la Suprema Corte Federale, dovendo introdurre il sindacato diffuso di convenzionalità, ha deciso, per coerenza, di estendere il controllo di costituzionalità diffuso a tutti i giudici, anche locali (*Exp. Varios* 912/2010 § 33)¹⁶⁵. La Costituzione federale attribuisce alla Corte suprema la competenza esclusiva in materia di azione di incostituzionalità, su iniziativa del 33% dei membri di una delle Camere e dei legislativi federati, dell'Esecutivo, dei partiti politici, della Commissione nazionale per i diritti umani, del Procuratore generale della Repubblica (art. 105). Anche attraverso il giudizio di *amparo* è possibile dichiarare l'incostituzionalità di una norma, con efficacia *inter partes*, come previsto dall'art. 107.II Cost. Siccome l'azione di *amparo* si esperisce davanti ai giudici ordinari, si tratta di un altro procedimento "diffuso" di controllo di costituzionalità che, dopo la riforma, può terminare con una *declaratoria general de inconstitucionalidad* della Corte suprema, con effetto *erga omnes*, se approvata con almeno 8 voti favorevoli (art. 231 ss. *Ley de amparo*)¹⁶⁶.

Le nuove Costituzioni di Ecuador e Bolivia sono le uniche che hanno optato per un modello accentrato tradizionale, attribuendo inoltre alle rispettive Corti una serie di competenze molto ampie, soprattutto in tema di tutela dei diritti costituzionali.

¹⁶⁵ Cfr. J. M. Acuña, *La internalización de la sentencia del Caso Radilla y los cambios estructurales en el Sistema de Control Jurisdiccional en México*, in A. Zaldívar Lelo de Larrea (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, 2012, 198; J. Quiñones Domínguez, *El nuevo rol de los jueces locales en el control de constitucionalidad-convencionalidad en México*, e L. G. Samaniego Santamaría, *Evolución del diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana. Acuerdos y resistencias*, in Bagni, Figueroa Mejía, Pavani (coords), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, II, cit., rispettivamente 1333 ss. e 1555 ss.

¹⁶⁶ Art. 107.II «Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria».

L'art. 429 Cost. Ecuador definisce la Corte costituzionale come massimo organo di controllo e interpretazione costituzionale e di amministrazione di giustizia in materia. Nonostante le incertezze inizialmente sorte dalla lettura del testo costituzionale¹⁶⁷, la Corte stessa, fin dal periodo di transizione, ha avuto modo di definire la natura obbligatoria della "consulta" di costituzionalità e di fissarne i requisiti di ammissibilità, escludendo la possibilità per i giudici ordinari di disapplicare il diritto ritenuto non conforme a Costituzione e confermando così l'opzione per un sistema accentrato di giustizia costituzionale¹⁶⁸. Alla Corte vengono inoltre assegnate numerose ulteriori competenze¹⁶⁹.

Il Tribunale costituzionale plurinazionale boliviano per la prima volta nella storia si presenta come integrato da membri delle comunità indigene e campesine, in attuazione dei principi del plurinazionalismo e dell'interculturalismo, e questa è senza dubbio la maggiore innovazione per l'ordinamento. L'art. 179.III afferma che «La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional» e ancora una volta tale supremazia ed esclusività viene riaffermata all'art. 196, che specifica le tre funzioni fondamentali della giustizia costituzionale: la garanzia della supremazia costituzionale, il controllo di costituzionalità e la tutela dei diritti¹⁷⁰.

¹⁶⁷ A. Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, 2012, 194.

¹⁶⁸ P. J. Aguirre Castro, *Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva*, in *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, a cura di J. Benavides Ordóñez e J. Escudero Soliz, Quito, 2013, 301 ss. Si vedano inoltre le sentenze ivi citate, in particolare la N. 055-10-SEP-CC del periodo di transizione e la N. 001-13-SCN-CC della nuova Corte costituzionale.

¹⁶⁹ Art. 436, n. 1: giudizio sulle azioni di incostituzionalità contro atti normativi e amministrativi generali; azioni di inadempimento; giurisprudenza vincolante rispetto ad azioni di protezione, *cumplimiento*, *habeas corpus*, *habeas data*, accesso alle informazioni pubbliche e qualsiasi altro processo costituzionale; conflitti di competenza e attribuzione; controllo di costituzionalità sullo stato di eccezione; verifica sullo stato di adempimento delle sentenze costituzionali; controllo sulle omissioni nell'attuazione della Costituzione da parte dei poteri dello Stato. Altre funzioni sono disciplinate da differenti disposizioni costituzionali.

¹⁷⁰ Al Tribunale competono (art. 202): il giudizio sulle azioni di incostituzionalità contro ogni genere di atto normativo, su istanza del Presidente, dei parlamentari, dei membri dell'esecutivo e del legislativo delle entità territoriali autonome; i conflitti di competenza e attribuzione fra poteri; i conflitti di competenza fra i diversi livelli territoriali; i ricorsi sull'incostituzionalità di tributi e simili; i ricorsi contro risoluzioni dell'organo legislativo in violazione diretta di

Tanto Ecuador quanto Bolivia rappresentano un chiaro esempio di modello pantocratico quasi totale: si tratta infatti di sistemi accentrati, che includono tutte le forme di accesso al Tribunale immaginate da Kelsen nei suoi scritti e quasi tutti i tipi di azione conosciuti in ambito comparato.

15.3. *La giustizia costituzionale nei Paesi del blocco comunista dopo il crollo dell'Unione sovietica e la disgregazione della Jugoslavia*

Con il crollo del muro di Berlino (novembre 1989) si avviava lo sgretolamento del blocco sovietico: ciò apriva una nuova fase costituente che avrebbe coinvolto prima i Paesi dell'Europa orientale¹⁷¹, e poi le Repubbliche baltiche e quelle sovietiche asiatiche. Contemporaneamente, la dichiarazione di indipendenza della Slovenia nel 1991 sancì l'inizio della disgregazione della Federazione jugoslava, terminata con la guerra del Kosovo nel 1999.

Se si eccettuano le repubbliche cecoslovacca, polacca e rumena (v. *supra*, § 6), il diritto costituzionale anteriore ai regimi comunisti non offrì ai costituenti modelli preesistenti. L'area subì pertanto l'influenza del diritto e della dottrina tedesca; a condizionare i costituenti furono poi le istituzioni sovranazionali, come il Consiglio d'Europa e la sua Commissione di Venezia, salvo il caso rumeno, che si ispirò ai modelli francese e italiano.

Tutti gli ordinamenti, salvo Estonia e Turkmenistan¹⁷², hanno istituito Corti costituzionali *ad hoc*, privilegiando quindi il modello giurisdizionale accentrato. In Bielorussia è stato adot-

diritti costituzionali; la revisione delle azioni di libertà, *amparo*, protezione della privacy, *popular y de cumplimiento*; la consulta sulla costituzionalità di progetti di legge, a istanza delle autorità legittimate; la consulta richiesta da autorità indigene per l'applicazione costituzionalmente orientata del diritto indigeno in casi concreti; il controllo preventivo alla ratifica di trattati; il controllo sulla riforma parziale della Costituzione; i conflitti di competenza fra giurisdizione indigena e giurisdizione ordinaria e agro-ambientale; i ricorsi diretti di nullità.

¹⁷¹ Utilizziamo l'espressione «Europa orientale» come macroregione secondo la Divisione statistica delle Nazioni Unite, che include Bielorussia, Bulgaria, Federazione russa, Moldavia, Polonia, Repubblica ceca, Romania, Slovacchia, Ucraina, Ungheria.

¹⁷² L'art. 8 Cost. Turkmenistan sembra ricalcare la formula statunitense che dichiara la Costituzione "legge suprema dello Stato", per cui «The laws and other legal acts that contradict the Constitution shall be null and void».

tato il modello concentrato-diffuso, così come in Estonia, nonostante in questo caso sia la camera costituzionale della Corte suprema a svolgere le funzioni di giustizia costituzionale accentrata.

Gli ordinamenti costituzionali presentano tratti comuni. *In primis*, l'ampia legittimazione per ricorrere alle Corti, in astratto e in via concreta, incluso tramite ricorso per violazione dei diritti fondamentali (previsto in Armenia; Azerbaigian; Cecoslovacchia e, dopo la separazione fra i due Stati, in Repubblica ceca; Croazia; Federazione russa; Kirghizistan; Kosovo; Lettonia; Macedonia; Montenegro; Polonia; Serbia; Slovacchia; Slovenia; Tagikistan; Ucraina) e *actio popularis* (Albania; Croazia; Georgia; Montenegro; Serbia; Ungheria).

In secondo luogo, il controllo ha ad oggetto molti atti normativi: esso infatti non si limita solo alle leggi e agli atti aventi forza di legge, ma può estendersi ai trattati internazionali e agli atti degli altri organi costituzionali (Governo, Presidente della Repubblica, entità decentrate o locali, ecc.).

Altro elemento comune è l'introduzione della via incidentale per accedere alla Corte (Albania; Armenia; Azerbaigian; Bosnia-Erzegovina; Bulgaria, anche se solo ad opera delle supreme magistrature; Federazione russa; Kazakistan; Kirghizistan; Repubblica ceca; Kosovo; Lettonia; Lituania; Macedonia, previsto per legge; Moldavia, con il filtro della Corte suprema; Montenegro; Polonia; Romania; Slovacchia; Slovenia; Tagikistan; Ucraina, ma solo per il tramite della Corte suprema; Ungheria).

Infine, alle Corti costituzionali, in quanto garanti della legittimità costituzionale, sono conferite molte funzioni ulteriori. Sicché, questi ordinamenti possono essere senz'altro catalogati come massima espressione del modello pantocratico, a eccezione di Lettonia e Uzbekistan, che invece sono tra i rari esempi di modello nomocratico puro¹⁷³.

¹⁷³ V. *supra*, Introduzione, § 5. Fra le funzioni "altre" possono ricordarsi i conflitti di attribuzione tra gli organi costituzionali (Armenia; Azerbaigian; Croazia; Kosovo; Macedonia; Montenegro; Polonia; Serbia; Slovacchia; Slovenia; Tagikistan; Ungheria); il controllo sul contenzioso elettorale (Albania; Bulgaria; Croazia; Lituania; Repubblica ceca), la verifica della regolarità delle elezioni o dei referendum (Albania; Armenia; Croazia; Federazione russa; Kazakistan; Kosovo; Moldavia; Montenegro; Romania; Slovacchia; Slovenia); la messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica e/o il relativo giudizio

L'art. 116 Cost. Bielorussia afferma che il controllo di costituzionalità degli atti normativi è esercitato dalla Corte costituzionale, la quale può essere adita per via diretta dal Presidente, dalle Camere, dal Consiglio dei Ministri, dalla Corte suprema e dalla Corte dei Conti. Tuttavia, l'art. 112 prevede che, durante un giudizio, la corte che si trovi a dover risolvere un caso sulla base di un atto ritenuto incostituzionale debba emettere una sentenza applicando la Costituzione e attivare il procedimento previsto dalla legge per far dichiarare l'atto incostituzionale. L'art. 114 della Legge sulla Corte chiarisce che i giudici ordinari devono disapplicare la norma incostituzionale e, una volta che la sentenza sia diventata definitiva, promuovere un'iniziativa alla Corte suprema, la quale è fra i soggetti abilitati dalla Costituzione a promuovere un ricorso diretto alla Corte costituzionale. *Ex art. 85 della Legge sulla Corte costituzionale*, «... Unless otherwise established by the Constitutional Court, the decisions of the courts based on these acts shall be revised in accordance with the established procedure, and legal acts adopted (issued) by other state bodies, other organisations, officials - shall terminate their validity». Si tratta dunque di un sistema diffuso-concentrato depotenziato, in quanto il ricorso contro la decisione di incostituzionalità del giudice ordinario alla Corte costituzionale è solo eventuale (a discrezione della Corte suprema) e non può essere promosso dalle parti.

Anche in Estonia troviamo un sistema che può per certi versi essere accostato a quello diffuso-concentrato esaminato *supra* per

(Albania; Armenia; Bulgaria; Croazia; Federazione russa; Kosovo; Lituania; Macedonia; Moldavia; Montenegro; Slovacchia; Repubblica ceca; Ucraina); la verifica delle condizioni per dichiararlo incapace o inabile (Armenia; Lituania; Kazakistan; Moldavia; Polonia; Romania); la funzione di interpretazione vincolante delle norme costituzionali (Azerbaijan; Federazione russa; Kazakistan; Moldavia; Ungheria; Ucraina); il controllo sui progetti di revisione costituzionale (Armenia; Kirghizistan; Moldavia; Romania; Tagikistan; Ucraina); il controllo di costituzionalità sui partiti (Albania; Armenia; Bulgaria; Croazia; Macedonia; Moldavia; Montenegro; Romania; Serbia; Slovacchia; Slovenia); la verifica delle condizioni per lo scioglimento anticipato del Parlamento o per la fine anticipata del mandato di uno dei parlamentari (Armenia; Moldavia); la tutela dell'autonomia locale (Croazia; Kosovo; Macedonia; Montenegro; Serbia; Slovacchia; Slovenia); la valutazione delle condizioni di sussistenza dello stato di emergenza (Kosovo; Montenegro; Slovacchia); la decisione circa la sospensione, la responsabilità disciplinare o penale di un giudice della Corte costituzionale (Armenia).

Portogallo e Grecia¹⁷⁴. L'art. 149 Cost. afferma infatti che la Corte suprema esercita anche il controllo di costituzionalità e, secondo l'art. 152, dichiara invalide le leggi e altre norme o atti amministrativi incostituzionali. Allo stesso modo, l'art. 152.1 vieta alle corti ordinarie di applicare norme o atti incostituzionali nei casi sottoposti al loro giudizio, così come l'art. 15.2 riconosce loro il potere di dichiarare incostituzionali leggi o altri atti normativi o amministrativi che violano diritti e libertà previsti dalla Costituzione. Alla Corte suprema, *rectius* alla sua camera costituzionale, sono attribuite anche funzioni di controllo di costituzionalità esercitate in via esclusiva su ricorso diretto, come il controllo preventivo sui progetti di legge, qualora il Parlamento abbia riapprovato nel medesimo testo un progetto rinviato per incostituzionalità dal Presidente della Repubblica, e il controllo successivo a iniziativa del Cancelliere di giustizia. Quanto al controllo diffuso, lo stragemma adottato dall'ordinamento per evitare conflitti tra giudici ordinari e Corte suprema è quello di obbligare i primi, una volta disapplicato l'atto normativo per causa di incostituzionalità, ad adire la Corte, in modo che si pronunci in via definitiva e con efficacia *erga omnes* sulla questione.

15.4. *Il modello misto in Sudafrica*

Non diversamente dai Paesi dell'Europa orientale, anche in Sudafrica la transizione dall'*apartheid* alla democrazia costituzionale ha inciso sul modo di fare – e, prima ancora, concepire – la giustizia costituzionale.

Va ricordato, infatti, che le Costituzioni del 1909, 1961 e 1983 – la prima risalente alla dominazione britannica; le successive proprie dell'*apartheid* – erano flessibili. Coerentemente con la tradizione giuridica della Madrepatria, inoltre, il Parlamento sudafricano era sovrano – e ciò rendeva difficilmente praticabile la *judicial review of legislation*. V'erano tuttavia dei presupposti per praticare il controllo di costituzionalità: alcune delle sezioni della Costituzione del 1909 e del 1961 erano *entrenched* e, come tali, non suscettibili di modificazione ad opera del legislatore ordinario. Ai sensi della sez. 152, infatti, le disposizioni di cui alle

¹⁷⁴ Cfr. F. Fede, *La giurisdizione costituzionale nelle repubbliche europee della ex Unione sovietica*, Padova, 2001, 94.

sez. 33 e 34 (composizione delle camere del Parlamento), 35 (elettorato attivo e passivo dei neri e dei *coloured* nella Colonia del Capo, 137 (egualianza giuridica dell'inglese e dell'olandese, poi *Afrikaans*) si sarebbero potute modificare solo se «the Bill embodying such repeal or alteration shall be passed by both Houses of Parliament sitting together, and at the third reading be agreed to by not less than two-thirds of the total number of members of both Houses. A Bill so passed at such joint sitting shall be taken to have been duly passed by both Houses of Parliament». Analoga disposizione era contenuta nell'art. 118 Cost. 1962 a garanzia della coufficialità dell'inglese e dell'*Afrikaans*¹⁷⁵.

Quelle disposizioni riguardavano questioni delicate, quali i rapporti di forza tra le razze bianche (inglesi e boeri) e le relazioni fra razza bianca e le altre etnie. E ciò spiega perché, a seguito della vittoria del *Nasionale Party* nel 1948 e aboliti gli appelli al JCPC (1950), la questione della parametricità delle *entrenched clauses* – già affrontata in giurisprudenza negli anni Venti e Trenta¹⁷⁶ – divenne centrale in sede di consolidamento dell'*apartheid*.

Negli anni Cinquanta, tre decisioni s'interrogarono circa il controllo di legittimità costituzionale – e la questione ebbe grande risonanza anche nell'opinione pubblica¹⁷⁷: si tratta di *Harris v. Minister of Interior* 1952 (2) S.A. 428 (A.D.) o *coloured vote case*; *Minister of Interior v. Harris* 1952 (4) S.A. 769 (A.D.) *High court case*; *Collins v. Minister of Interior* 1957 (1) S.A. 552 (AD) *Senate case*. Il contenzioso riguardava la composizione del Senato, nel quale sedevano quattro rappresentanti delle *coloured races*. Nel 1936 i *coloured* erano già stati rimossi dall'*electoral roll* della Colonia del Capo mediante il *Representation of Natives Act No. 12 of 1936* applicando la procedura aggravata di cui alle sezz. 35 e 152 Cost.

Nessun dubbio, pertanto, sul carattere aggravato della procedura. Sennonché il governo nazionalista, nell'approvare il *Separate Representation Act 1951* e rimuovere la rappresentanza dei

¹⁷⁵ P. de Vos, W. Freedman (eds), *South African Constitutiona Law in Context*, Cape Town, 2014, 204.

¹⁷⁶ Cfr. *Ndlwana v. Hofmeyr* N.O. 1937 AD 229 SA (la presenza delle *entrenched clauses* sta a stabilire che «the procedure prescribed for the repeal or alteration thereof can be followed»: 230, 231); *Rex v. Ndobé* 1930 AD 484 SA, per la quale i giudici sono i guardiani delle *entrenched clauses* rispetto alle quali è possibile sindacare la validità delle leggi.

¹⁷⁷ Griswold, *The "Coloured Vote Case"*, cit., 1364.

coloured nel Parlamento nazionale, non aveva applicato la procedura di cui all'art. 152 Cost. Nel 1952, pertanto l'*Appeal Division* della *High Court* invalidò la legge di revisione della *franchise* perché contrastante con le *entrenched clauses* della Costituzione: il giudiziario, non il legislativo, ne era invero il guardiano¹⁷⁸. La reazione della maggioranza parlamentare non si fece attendere: nel tentativo di manipolare i giudici fu approvato il *High Court of Parliament Act No. 35 of 1952*: i membri del Parlamento, riuniti in *court of law* erano legittimati a rivedere ogni decisione dell'*Appeal Division* ed eventualmente invalidarla. Per tale via, venne introdotto un vero controllo politico: esso trasformava il Parlamento in una «court of constitutional appeal»; di qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale nell'*High court case* del 1952¹⁷⁹. Nel tentativo di aggirare le *entrenched clauses* e il giudiziario, il Parlamento approvò così una serie di leggi per le quali non era prevista alcuna procedura aggravata: l'*Appellate Division Quorum Act 1955* elevò da 5 a 11 il quorum del collegio per decidere su *constitutional case*; il *Senate Act 1955* portò da 48 a 89 i membri del Senato; il sistema elettorale prescelto (il voto trasferibile) favorì ovviamente la rappresentanza dei partiti bianchi. In tal modo il *Nasionale Party*, conseguita la maggioranza richiesta dalla sez. 152 Cost., ottenne dalle camere riunite la ratifica della legge del 1951. Nuovamente adita per statuire sulla questione, nel *Senate case* la *Appeal Division* dichiarò costituzionale la revisione sulla base del nuovo quorum richiesto (11): 10 giudici contro 1 avallarono la revisione costituzionale. Infine, con il *South African Act (Amendment Act) No 9 of 56* venne definitivamente rimosse le ultime vestigia delle *entrenched clauses*¹⁸⁰.

L'eclissi del controllo di costituzionalità seguito a tale decisione venne ad acuirsi nella fase più cruenta dell'*apartheid*: ne-

¹⁷⁸ E. N. Griswold, *The "Coloured Vote Case"*, cit., 1361, nota 1; Id., *The Demise of the High Court of Parliament in South Africa*, ivi, Vol. 66, N. 5, 1953, 864-872. Sul dibattito successivo v. N. Steytler, *The Constitutional Court of South Africa: Reinforcing an Hourglass System of Multi-Level Government Chapter Author*, in *Courts in Federal Countries*, cit., 328 ss.

¹⁷⁹ H. R. W. Wade, *The Senate Act Case and the Entrenched Sections of the South African Constitution*, *South Afr. L. Journ.*, Vol. 74, 1957, 161.

¹⁸⁰ B. Beinart, *The South African Senate*, *Modern L. Rev.*, Vol. 20, N. 6, 1957, 560. G. Carpenter, *Constitutional interpretation by the existing judiciary in South Africa — can new wine be successfully decanted into old bottles?*, *Comp. Int. L. Journ. Southern Africa*, Vol. 28, N. 3, 1955, 322 ss.

gli anni Ottanta la legislazione di emergenza limita ulteriormente il potere delle corti¹⁸¹. Si dovrà attendere la fine dell'*apartheid*¹⁸² e l'avvio del processo costituente per vedere definitivamente affermata la giustizia costituzionale. Con una peculiarità: non solo venne istituita una Corte *ad hoc* – con ciò distaccandosi dalla tradizione delle altre colonie britanniche –, ma questa iniziò a esercitare le funzioni già nel 1994, sotto la vigenza della Costituzione provvisoria. Non va dimenticato, poi, che la Corte costituzionale ha effettuato prima dell'entrata in vigore, la *certification* della stessa Costituzione definitiva: la Corte, organo del potere costituito, cioè, ha esercitato un controllo sulle attività del potere costituente. La Corte costituzionale ha, peraltro, notevoli competenze, avendo «jurisdiction over all constitutional and non-constitutional matters»¹⁸³. La XVII revisione costituzionale del 2012 (in vigore dal 2013) ha «drastically changed the jurisdiction of the Constitutional Court» rendendola la Corte di grado più elevato ben al di là delle *constitutional matters*, ove «the matter raises an arguable point of law in general public importance which ought to be considered by that Court»¹⁸⁴. Ai sensi della sez. 167.5 Cost., il controllo è parzialmente diffuso quanto ai soggetti che decidono – sono escluse le *Magistrates' Courts* – quanto all'accesso: le questioni di legittimità costituzionale, infatti, vengono di solito presentate alla *High Court*, in appello alla *Supreme Court of Appeal* per giungere, infine, alla Corte che decide in via definitiva. È invece concentrato nelle ipotesi previste dall'art. 167.4 Cost.: conflitti fra organi statali e provinciali; controllo preventivo sui progetti di legge nazionali e provinciali; impugnativa di leggi statali e provinciali da parte di minoranze parlamentari; revisioni costituzionali; giudizio sul fatto che il Parlamento o il

¹⁸¹ S. J. Ellman, *In a Time of Trouble: Law and Liberty in South Africa's State of Emergency*, Oxford, 1992; D. Basson, *Judicial Activism in a State of Emergency: An Examination of Recent Decisions of the South African Courts*, *South African Journ. Hum. Rights*, Vol. 3, N. 1, 1987, 28 ss.

¹⁸² V. tuttavia Carpenter, *Constitutional interpretation*, cit., 325 ss., che riporta talune esperienze di *constitutional litigation* nei *Bantustans* di Buphuthatswana, Ciskei e Namibia, praticate pur con evidenti difficoltà politiche.

¹⁸³ de Vos, Freedman (eds), *South African Constitutional Law*, cit., 210.

¹⁸⁴ Sez. 167(3)(b) Cost. sudafricana modificata dalla sez. 2 del *Constitution Seventeenth Amendment Act of 2013*. Cfr. de Vos, Freedman (eds.), *South African Constitutional Law*, cit., 209 ss.

Presidente non abbiano adempiuto a un dovere costituzionalmente previsto; controllo preventivo sulle Costituzioni provinciali. La sez. 167.6 Cost. prevede, infine, nell'interesse della giustizia e con *leave* della Corte di adire direttamente l'organo di giustizia costituzionale.

16. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism o forme di Reverse Colonization?*

Nell'esaminare l'evoluzione della giustizia costituzionale negli ordinamenti di *common law*, si è ricordato come il Regno Unito abbia saputo "eludere" il dilemma del privilegio del legislatore affidandosi a due strategie: da una parte, elaborando, con la complicità dei formanti dottrale e giurisprudenziale, il principio della sovranità del Parlamento; dall'altra ammettendo, la *judicial review of legislation* rispetto alle colonie e affidandola al *Judicial Committee of the Privy Council* (v. *supra*, Cap. I, § 8 e in questo Cap. I §§ 9.2-9.4). Il modello di *imperial litigation*, si ricordi, ha poi favorito l'adozione, negli Stati già parte dell'Impero, del modello statunitense, che a sua volta rimonta al controllo esercitato sulle colonie americane dal *Privy Council*.

Non rimane che accertare se – e in quale misura – nel Regno Unito il principio della sovranità del Parlamento precluda alle corti di sindacare della legittimità costituzionale delle leggi dell'organo supremo. A tale riguardo, la dottrina non ha esitato a riconoscere che il sistema costituzionale britannico presenti rilevanti profili di *constitutional litigation*. Certo, per aversi *constitutional review* sono richiesti un testo costituzionale rigido e limitativo dei pubblici poteri, un giudiziario indipendente dai poteri legislativo ed esecutivo e la possibilità di sindacare il rispetto della Costituzione da parte del legislativo. E, tuttavia, in assenza del «power to adjudicate challenges to Parliament's authority to enact any particular piece of legislation», il potere giudiziario «not only resolve individual cases, but also interpret and implement constitutional law and principles»¹⁸⁵, come conferma la recente decisione *Miller* in relazione alla Brexit¹⁸⁶.

¹⁸⁵ J. Murkens, *Judicious Review: The Constitutional Practice of the UK Supreme Court*, *Cambridge L. Journ.*, Vol. 77, N. 2, 2018, 349 ss.

¹⁸⁶ *R (Miller) v. Secretary of State, R (Webster) v. Secretary of State* [2017] UKSC 5. Cfr. D. Campbell, *Marbury v. Madison in the U.K.: Brexit*

Tale attività di *constitutional adjudication* – venutasi ad affermare gradatamente – è stata rafforzata dal *Constitutional Reform Act 2005*: nel sostituire l'*Appellate Committee of the House of Lords* con una Corte suprema, i giudici avvertono con maggior urgenza la necessità di imporre ai «public bodies ... constitutional standards and putting Parliament on alert that it could conceivably do the same for legislation»¹⁸⁷.

D'altra parte, il dogma dell'insindacabilità delle leggi del Parlamento soffre eccezioni sempre più rilevanti. Da una parte, vi ha contribuito il diritto europeo; e con la decisione *ex parte Factortame*¹⁸⁸ si acconsenti a riconoscerne il primato: negli ambiti coperti dai trattati, il Parlamento non è più sovrano. Non diversamente, già la Corte europea dei diritti dell'uomo (CoEDU) aveva condannato, nel caso *Golder*¹⁸⁹ il Regno Unito essendo la legislazione penitenziaria contrastante con la CEDU. Anche la *Devolution*, come si vedrà (v. *infra*, Cap. IV, § 2) ha contribuito all'evoluzione del ruolo costituzionale della Corte suprema, cui spetta statuire sulla ripartizione delle competenze fra legislativi regionali e Parlamento nazionale. Non mancano, inoltre, numerose decisioni nelle quali i giudici inglesi sembrano alludere a una gerarchia (quanto meno sostanziale) fra le stesse leggi del Parlamento¹⁹⁰.

E, forse, il più formidabile attacco alla supremazia del Parlamento viene dallo *Human Rights Act 1998* (HRA), *parliamentary bill of rights* con rango di legge ordinaria che incorpora nel diritto del Regno Unito i *conventional rights* della CEDU e li rende *enforceable* dinnanzi alle corti. In primo luogo, la sez. 19 dello HRA introduce l'obbligo, in capo al Ministro proponen-

and the Creation of Judicial Supremacy, *Cardozo L. Rev.*, N. 39, 2018, 921; R. Mullender, *The Meaning of Miller: A Meditation on the Politics of the Legal Constitution*, *Rev. Gen. Der. Publ. Comp.*, N. 22, 2017, 1 ss.

¹⁸⁷ Murkens, *Judicious Review*, cit., 349.

¹⁸⁸ *R (Factortame Ltd) v. Secretary of State for Transport* (No 2) [1991] 1 AC 603. Cfr. E. Deards, *The "Factortame" saga: the final chapter?*, *Notttingham L. Journ.*, 8, 1999, 101 ss.

¹⁸⁹ CoEDU, *Golder v. The U.K.*, *Application no. 4451/70* del 21 febbraio 1975.

¹⁹⁰ Così *Jackson v. Attorney General* [2005] UKHL 56 [2006] 1 AC 262 per Lord Steyn; *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), Divisional Court per J. Laws; *International Transport Roth v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 158, [2003] QB 728 [71], per J. Laws; *R. (Buckinghamshire County Council) v. Secretary of State for Transport* [2014] 1 WLR 324.

te un disegno di legge, di «make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”)). Se, invece, egli «is unable to make a statement of compatibility», il Governo può comunque richiedere al Parlamento di procedere ugualmente all’esame del disegno di legge.

In secondo luogo, la sez. 3 HRA introduce un obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza della CoEDU; tra più ipotesi interpretative, dovrà essere preferita quella compatibile con lo HRA (sez. 3). Come affermato in *Ghaidan v. Godin Mendoza* (2004) UKHL 30, «Parliament, however, cannot have intended that in the discharge of this extended interpretative function the courts should adopt a meaning inconsistent with a fundamental feature of legislation. That would be to cross the constitutional boundary section 3 seeks to demarcate and preserve. Parliament has retained the right to enact legislation in terms which are not Convention-compliant». In tale ultima ipotesi, e in assenza della possibilità di praticare interpretazioni conformi del testo di legge, il giudice può emanare una *declaration of incompatibility* (sez. 4 HRA). Essa – che ha natura meramente dichiarativa del contrasto fra legge e convenzione – non produce alcun effetto giuridico: il giudice dovrà comunque applicare lo *statute*. Né il Parlamento sovrano ha l’obbligo giuridico di rimuovere la legge non rispettosa del testo della CEDU. Il Governo è comunque abilitato ad adottare anche un *remedial order* da ratificare, in presenza di ragioni particolarmente stringenti, entro 120 giorni dal Parlamento. In caso di mancata ratifica, l’*order* perde efficacia: sono comunque fatti salvi gli effetti prodotti e l’Esecutivo può adottare ulteriori *remedial orders* nella stessa materia (sez. 10 HRA)¹⁹¹.

Il modello dello HRA è espressione del c.d. *New Commonwealth Model of Constitutionalism* (richiamato nell’Introduzione, § 4)¹⁹²: elaborato nei Paesi di *common law*, è in grado di contemperare le esigenze, avvertite come contrapposte, della su-

¹⁹¹ Sullo HRA come «an unprecedented transfer of political power from the executive and legislature to the judiciary», v. K. D. Ewing, *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, *Modern L. Rev.*, Vol. 62, N. 1, 1999, 79.

¹⁹² Gardbaum, *The New Commonwealth Model*, cit., 707 ss.

premia parlamentare e della tutela dei diritti fondamentali, e tuttavia bisognose di essere fra loro conciliate.

Tale modello, sperimentato originariamente nelle colonie britanniche (Canada, Australia e Nuova Zelanda) è stato successivamente importato dal Regno Unito. Come evidenziato in dottrina¹⁹³, la circolazione di principi costituzionali è stata, negli ultimi due secoli, tendenzialmente “a senso unico”: dalla Madrepatria britannica, essa si è irradiata verso le colonie. Lo HRA è stato invece influenzato dalle esperienze costituzionali “periferiche” dell’*ex Impero*, ha generato una *reverse colonisation* del diritto costituzionale del Regno Unito, con conseguente rilettura della sovranità parlamentare. In particolare, si riconosce alle Corti il potere di controllare la conformità delle leggi al *Bill of Rights*, lasciando tuttavia l’ultima parola al Legislativo circa l’annullamento o meno della norma in contrasto¹⁹⁴.

L’ipotesi più classica è data dalla *Section 33* della *Charter of Rights and Liberties* canadese, che autorizza il Legislativo ad adottare norme potenzialmente in contrasto con i diritti e le libertà da essa previsti, per un periodo limitato di 5 anni, negando l’ultima parola alla Corte in materia di costituzionalità¹⁹⁵. In Australia, la carenza di un catalogo federale dei diritti è stata in parte colmata dall’adozione della *Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities* (2006) e dallo *Australian Capital Territory Human Rights Act* (2004). Non diversamente dallo HRA, le Corti statali hanno il dovere di adottare un’interpretazione della legislazione il più coerente possibile con i cataloghi dei diritti; ove tale interpretazione non sia praticabile, «hanno pure la facoltà di segnalare il contrasto al legislatore, attraverso l’adozione di espresse “dichiarazioni di incompatibilità”»¹⁹⁶.

¹⁹³ F. Duranti, *Ordinamenti costituzionali di matrice anglosassone. Circolazione dei modelli costituzionali e comparazione tra le esperienze di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito*, Roma, 2012, 9.

¹⁹⁴ S. Gardbaum, *Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism*, *Inter. J. Const. L.*, Vol. 8, 2010, 173 ss.

¹⁹⁵ Gardbaum, *The New Commonwealth*, cit., 724. N. G. Wenzel, *Judicial Review and Constitutional Maintenance: John Marshall, Hans Kelsen, and the Popular Will*, *Political Science and Politics*, Vol. 46, N. 3, 2013, 591-598. Nel senso che la Charter abbia portato «a revolutionary change in the Court’s relationship with legislatures», K. Roach, *Constitutional and Common Law Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures*, *Can. Bar Rev.*, Vol. 80, 2001, 482.

¹⁹⁶ Duranti, *Ordinamenti costituzionali*, cit., 140; A. Gray, *The Common*

Per il Regno Unito, il modello di riferimento rimane comunque quello elaborato in Nuova Zelanda – che, come la Madrepatria, non ha una Costituzione formalizzata e non pratica la *judicial review of legislation*. Nel 1990, il Parlamento neozelandese approva lo *New Zealand Bill of Rights Act*. Il rango è, dunque, quello della legge ordinaria; ciò nonostante, incide sulla primazia parlamentare. Anche in tale ipotesi è previsto – come accadrà per lo HRA – un controllo preventivo sulla compatibilità dei disegni di legge con la *Charter* durante l'approvazione della legge. Spetta all'*Attorney-General* elaborare un *report*: prima della presentazione del disegno di legge, se l'iniziativa è governativa; nel corso della discussione, se questa è parlamentare (sez. 7). Ai giudici compete sperimentare l'interpretazione conforme della legge ai diritti della Carta (sez. 6). In tali ipotesi, i limiti legislativamente apponibili ai diritti possono essere solo quelli che – con una formula che richiama la sez. 1 della *Charter* canadese del 1982 – sono ragionevoli e giustificabili in una società democratica (sez. 5).

In ogni caso, è esclusa la *judicial review of legislation* (sez. 4). La *Court of Appeal*, prima, e la *Supreme Court* hanno sin da subito apprezzato le potenzialità ermenutiche loro concesse dalla Carta¹⁹⁷. Non solo sono stati abrogati gli atti normativi adottati sulla base di una legge contrastante con la Carta, ma si sono sperimentate nuove forme di tutela, quali la *public law compensation*, categoria di risarcimento danni provocati da condotta illegittima delle pubbliche autorità¹⁹⁸. In *Moonen v. Film and Literature Board of Review* (2000) 2 NZLR 9 (CA), la Corte di Appello si è anche ritagliata, nel rispetto della sez. 4 della Carta, la possibilità di pronunciare *indications of inconsistency*, che non hanno alcun effetto giuridico, se non la mera indicazione del contrasto al Parlamento. Di qui, la decisione di modificare la sez. 92 HRA 1993 e di consentire *indications of inconsistency* per leggi lesive del divieto di discriminazione¹⁹⁹.

Law and the Constitution as Protector of Rights in Australia, Common Law World Rev., 2010, 119 ss.

¹⁹⁷ Duranti, *Ordinamenti costituzionali*, cit., 121 ss. Cfr. *R. v. Butcher* (1992) 2 NZLR 257 (CA) per l'applicazione estensiva della Carta; *R. v. Te Kira* (1993) 3 NZLR 261 (CA), sulla speciale rilevanza costituzionale della Carta pur contenuta in una legge ordinaria.

¹⁹⁸ *Simpson v. Attorney-General (Baigent's Case)* (1994) 3 NZLR 667 (CA).

¹⁹⁹ Duranti, *Ordinamenti costituzionali*, cit., 124.

La Corte suprema, infine, non solo ha perfezionato la categoria dei *public law damages* già introdotta in via pretoria dalla Corte d'Appello, ma ha precisato i canoni interpretativi, e precisato che le *declarations of incompatibility* sono una *constitutional responsibility* del giudiziario, e che generano solo la *reasonable constitutional expectation* di una loro valutazione da parte del legislatore²⁰⁰.

17. Esportazione della democrazia e della giustizia costituzionale nei Paesi islamici del Medio-Oriente e del Sud-Est asiatico

All'indomani dell'attacco terroristico alle torri gemelle di New York del 2001, gli Stati Uniti si sono fatti promotori di una politica internazionale di esportazione della democrazia in Medio Oriente e nei Paesi musulmani asiatici, attraverso pressioni diplomatiche, economiche e, se ritenuto necessario, interventi militari²⁰¹. Alle guerre in Afghanistan e Iraq, hanno fatto seguito processi costituenti eterodiretti con l'adozione di Costituzioni condizionate, nel loro contenuto, dai principi dello Stato democratico di diritto e, per ciò che qui interessa, dal modello giurisdizionale di giustizia costituzionale.

In Afghanistan, non v'è traccia del controllo di costituzionalità nelle Costituzioni del 1923, del 1931 e del 1964. La Costituzione del 1987, invece, istituì un Consiglio costituzionale, con il compito di controllare *a priori* i progetti di legge, prima della sanzione presidenziale, e di verificare *a posteriori* la legittimità di leggi, atti equiparati e trattati internazionali (art. 122 ss.). Il Consiglio non era dotato di sufficienti garanzie di indipendenza: i membri, nominati dal Presidente, rispondevano dei loro atti direttamente a quest'ultimo (art. 126).

È con la Costituzione "condizionata" del 2004 che per la prima volta viene introdotto un vero e proprio sistema giurisdizionale di giustizia costituzionale. Nel corso del processo costituente fu proposta l'istituzione di una Corte costituzionale *ad*

²⁰⁰ Sui *public law damages v. Taunoa v. Attorney-General* (2008) 1 NZLR 429 (SC). Sui canoni interpretativi *v. R. v. Hansen* (2007) NZSC 74.

²⁰¹ E. Hobsbawm, *The dangers of exporting democracy. Bush's crusade is based on a dangerous illusion and will fail*, *The Guardian*, 22 gennaio 2005, <https://www.theguardian.com>.

hoc, ma l'idea fu bocciata dal Governo di transizione: si temeva che l'organo potesse trasformarsi in un Consiglio dei Guardiani all'iraniana²⁰². La bozza sottoposta all'approvazione dell'Assemblea costituente fu il risultato di una mediazione politica fra differenti visioni del ruolo dell'istituto nel processo di consolidamento democratico del Paese. Ciò spiega la lacunosità e la contraddittorietà del testo. Da una parte, il potere di controllare la legittimità costituzionale di leggi, decreti legislativi e trattati internazionali, su richiesta del Governo e delle corti, è affidato alla Corte suprema²⁰³; dall'altra, si prevede l'istituzione di una Commissione indipendente per la supervisione dell'attuazione della Costituzione²⁰⁴. La Costituzione non specifica ulteriormente funzioni e procedure di questi due organi. Per quello che riguarda la Corte suprema, non sono state definite procedure *ad hoc*: la Corte ha svolto il ruolo di garante della Costituzione prevalentemente su istanza del Governo, mentre le corti ordinarie non hanno mai sollevato questioni di costituzionalità.

Nel 2009 è istituita per legge la Commissione. Il processo che porta alla sua creazione evidenzia i problemi interpretativi che sorgono da un dettato costituzionale lacunoso e vago. Il Presidente pose il veto sul progetto di legge per incostituzionalità delle disposizioni che attribuivano alla Commissione ampi poteri di interpretazione costituzionale, veto superato dal Parlamento a maggioranza dei 2/3. La legge, impugnata dall'Esecutivo alla Corte suprema, è stata giudicata incostituzionale in molte disposizioni²⁰⁵. La Commissione esprime pareri e opinioni, che vengono ritenuti per lo più non vincolanti. Tuttavia, può essere adita da una serie molto più ampia di soggetti rispetto alla Corte su-

²⁰² S. Pasarlay, *Constitutional Interpretation and Constitutional Review in Afghanistan: Is There Still a Crisis?*, *Int'l J. Const. L. Blog*, Marzo 2015, www.iconnectblog.com.

²⁰³ Art. 121 «At the request of the Government, or courts, the Supreme Court shall review the laws, legislative decrees, international treaties as well as international covenants for their compliance with the Constitution and their interpretation in accordance with the law».

²⁰⁴ «The Independent Commission for supervision of the implementation of the Constitution shall be established in accordance with the provisions of the law. Members of this Commission shall be appointed by the President with the endorsement of the House of People».

²⁰⁵ G. Haress, *Judicial Review in Afghanistan: A Flawed Practice*, Afghanistan Research and Evaluation Unit, Issues Paper, Kabul, 2017, 17, www.areas.org.af.

prema (il Presidente, il Parlamento, la Corte suprema, la Commissione indipendente per i diritti umani, la Commissione elettorale, la Commissione sulla riforma amministrativa), perciò è stata di gran lunga l'istituzione più attiva in materia costituzionale.

Al di là della sua dualità istituzionale, il sistema di giustizia costituzionale afgano resta ancora molto debole, sia per problemi di garanzia di indipendenza dei due organi, sia per l'assenza di una cultura della legalità costituzionale, tanto fra i giudici della Corte, quanto in quelli ordinari e in generale in coloro che ricoprono cariche o funzioni pubbliche.

In Iraq, la scelta sulla forma di controllo di costituzionalità da recepire fu una tra le decisioni maggiormente sofferte durante le negoziazioni nel processo costituente, tanto che, alla fine, la definizione di molti dei caratteri fondamentali dell'istituto venne rinviata a una fase successiva. Fu possibile accordarsi solo in merito a tre elementi: un modello basato su una Corte suprema, e non su un "Consiglio costituzionale" alla francese o alla iraniana, come invece sostenuto dal gruppo sciita, contro il timore che un tale tipo di organo avrebbe potuto presto trasformarsi in un difensore della legge islamica, più che della Costituzione; la presenza di «experts in islamic jurisprudence» fra i membri dell'organo, come contropartita alla rinuncia sciita a un Consiglio costituzionale; il rinvio della disciplina di dettaglio a una legge da approvarsi con la maggioranza dei 2/3 del Parlamento²⁰⁶. All'art. 93, la Costituzione riconosce alla Corte suprema una serie di competenze: il controllo di costituzionalità delle leggi; l'interpretazione della Costituzione; la risoluzione di questioni riguardanti l'applicazione di leggi, regolamenti, istruzioni e procedure da parte delle autorità federali; il conflitto di competenza fra Stato centrale, regioni e governatorati; il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato; il giudizio di accusa nei confronti del Presidente, del Primo Ministro e dei Ministri; il controllo sul risultato delle elezioni parlamentari. L'articolo, tuttavia, non spiega le modalità con cui può essere esercitato il controllo di costituzionalità. Il sistema pare accentrato e ad accesso diretto, anche se, in omaggio alla Costituzione statunitense, l'art. 13.2 afferma che

²⁰⁶ A. S. Deeks, M. D. Burton, *Iraq's Constitution: A Drafting History*, *Cornell Int'l L.J.*, Vol. 40, 2007, 46 ss.

«Any text in any regional constitutions or any other legal text that contradicts this Constitution shall be considered void».

Il modello accentrato è quello prevalente fra i Paesi musulmani, in tutta l'area medio-orientale e asiatica, con le eccezioni di Yemen, Pakistan e Malesia, che applicano un sistema diffuso²⁰⁷. Tra la fine del '900 e l'inizio del 2000 quasi tutti questi ordinamenti hanno adottato nuove Costituzioni o modificato quelle esistenti, introducendo, almeno sulla carta, istituti per il controllo di costituzionalità delle leggi: il Bahrein nel 2002; il Brunei nel 2008; gli Emirati Arabi già nel 1996; l'Oman nel 1996, con emendamenti nel 2011; lo Yemen nel 1991, e poi nella Costituzione del 2001; il Qatar nel 2004²⁰⁸. L'ipotesi più plausibile per spiegare le origini di questo movimento riformatore in tema di giustizia costituzionale resta quella della necessità di raggiungere gli standard democratici imposti dalla comunità internazionale per sottrarsi a sanzioni economiche o essere considerati affidabili *partners* commerciali.

Può essere inclusa sotto la categoria della “esportazione forzata della giustizia costituzionale” anche l'esperienza del Myanmar. Qui, la “recezione” del costituzionalismo democratico è avvenuta per imposizione, a seguito dell'isolamento economico derivante dai provvedimenti sanzionatori adottati nel corso della prima decade del XXI secolo, imposti prima dal Governo statunitense e poi da diverse organizzazioni internazionali. La Giunta militare al governo del Paese è stata costretta ad avviare un percorso di riforme, a cominciare dall'adozione di una nuova Costituzione nel 2008, che, fra i principi base dell'Unione, prevede all'art. 46, l'istituzione di un Tribunale costituzionale, disciplinato nel dettaglio agli art. 320 ss., con il compito di interpretare la Costituzione, controllare che le leggi e l'attività degli organi

²⁰⁷ R. Grote, *Models of Institutional Control: The Experience of Islamic Countries*, in Grote, Röder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries*, cit., 237. In Pakistan e Malesia le fonti islamiche non sono considerate fonti del diritto dall'ordinamento costituzionale.

²⁰⁸ Antecedente a questo processo di riforme è il caso del Kuwait, con la Costituzione del 1992, adottata in seguito all'attacco iracheno e alla successiva guerra internazionale, anche se in quel Paese già la Costituzione del 1962 prevedeva un modello accentrato di controllo di costituzionalità. La Giordania aveva istituito una forma di controllo di costituzionalità accentrata già nel 1952. Il sistema ha subito emendamenti nel 2011.

esecutivi siano conformi al dettato costituzionale, e infine dirimere i conflitti di attribuzione fra gli organi statali²⁰⁹.

Composizione e funzioni del Tribunale sono ispirate al modello kelseniano di giustizia costituzionale, seppur in un ordinamento che dichiara di appartenere alla tradizione giuridica di *common law*. Si tratta di un controllo successivo e astratto, con un ristretto numero di organi legittimati ad adire la Corte, e la previsione dell'eccezione di incostituzionalità. Non c'è invece nessuna forma di *constitutional complaint*. Il contesto politico, caratterizzato dal mantenimento da parte dei militari del controllo sui principali organi di governo e di garanzia (Presidenza dello Stato, Corte suprema, Parlamento), nonché il rifiuto dell'opposizione di servirsi di una istituzione creata da una Costituzione scritta dai militari, ha comportato un alto grado di inattività del Tribunale e disaffezione delle istituzioni e dei cittadini nei suoi confronti, per mancanza di legittimazione democratica. Tale situazione dipende anche dal dubbio grado di indipendenza e autonomia dell'organo, visto che i giudici sono tutti di nomina politica e soggetti a *impeachment* in base a motivi altamente discrezionali²¹⁰.

L'avvento al potere dell'*ex* partito di opposizione nel 2015 potrebbe nel tempo cambiare il ruolo del Tribunale, anche se al momento l'istituto del controllo di costituzionalità viene utilizzato dai militari, oggi a loro volta relegati all'opposizione, per contrastare il processo di democratizzazione del Paese.

18. L'evoluzione del controllo di costituzionalità in Francia dopo la riforma del 2008

L'introduzione di un accesso in via incidentale al *Conseil Constitutionnel* era già stata avanzata nei progetti di riforma co-

²⁰⁹ Secondo Melissa Crouch «The creation of the Tribunal is an example of the migration of constitutional ideas, because this is the first time a separate institution in Myanmar has the power of constitutional review» (p. 422), anche se l'attività del Tribunale fino ad oggi non è stata praticamente influenzata dalla circolazione globale del costituzionalismo e dal dialogo giurisprudenziale fra Corti: M. Crouch, *Dictators, democrats, and constitutional dialogue: Myanmar's constitutional tribunal*, *ICON*, Vol. 16, N. 2, 2018, 421-446.

²¹⁰ *Ex* art. 334, lett. a) Cost. per «(iv) disqualification of the qualifications of member of the Constitutional Tribunal of the Union prescribed under Section 333; (v) inefficient discharge of duties assigned by law».

stituzionale degli anni Novanta del secolo scorso²¹¹ e, in particolare, nella proposta del *Comité consultatif* (Vedel) del 1993. La proposta, ripresa dal *Comité Balladur* nel 2007, venne poi accolta nella revisione costituzionale del 2008²¹².

Va evidenziato che, già con la dec. n. 99-410 DC del 15 marzo 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie* si era spezzato il monopolio del controllo preventivo. La decisione inaugurava un orientamento – poi qualificato giurisprudenza “neo-caledoniana” – per mezzo del quale il *Conseil* ammetteva il controllo di disposizioni di legge già promulgate, in occasione del giudizio *a priori* su leggi che modificano, completano o in generale riguardano l’ambito di una legge già in vigore, con l’effetto di renderle non più applicabili. Ciò aveva anticipato l’introduzione, con riforma costituzionale nel 2008, dell’accesso al *Conseil* per via incidentale, attraverso la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC). Qualora, nel corso di un giudizio innanzi a «une juridiction», le parti in causa ritengano che una disposizione legislativa leda i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione, esse possono presentare istanza al giudice perché sollevi la QPC. La questione è assoggettata a un *double filtrage*: in ragione della sua appartenenza alla giurisdizione amministrativa od ordinaria, il giudice rinvia la QPC, rispettivamente, al Consiglio di Stato o alla Corte di Cassazione; queste sollevaranno la QPC al *Conseil*.

I termini processuali della QPC vengono specificati con la legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009, la quale introduce il nome stesso della procedura. La QPC può essere sollevata dalle parti al giudice della causa, il quale, dopo verifica della sussistenza delle condizioni previste dalla Costituzione e dalla legge organica, sospende il processo e rinvia la QPC alla Corte di Cassazione o al Consiglio di Stato, unici giudici autorizzati a interfacciarsi con il *Conseil*.

Le condizioni per la proposizione della QPC sono: 1) che la disposizione legislativa impugnata sia applicabile al litigio o alla procedura, o costituisca il fondamento delle richieste; 2) che non

²¹¹ N. Zanon, *L’exception d’inconstitutionnalité in Francia: una riforma difficile*, Torino, 1990.

²¹² O. Pfersmann, *Concrete Review as Indirect Constitutional Complaint in French Constitutional Law: A Comparative Perspective*, *Eur. Const. Law Rev.*, 2010, Vol. 6, N. 2, 226.

sia già stata dichiarata conforme a Costituzione nel giudizio in via preventiva, salvo cambiamento di circostanze; 3) che la questione sia nuova e non sprovvista di carattere serio, ovvero che sia fondato il dubbio di costituzionalità. Il giudice non è legittimato a sollevare la questione in modo autonomo, né a verificarne il fondamento, bensì è tenuto a controllare la sussistenza dei requisiti previsti e a farlo con priorità rispetto ad altre questioni (fra le quali, ad es., il controllo di convenzionalità), al fine di rinviare gli atti alle Corti di ultima istanza, con provvedimento separato e motivato, entro 8 giorni dall'espletamento del contraddittorio fra le parti. A loro volta, esse avranno un termine di 3 mesi per svolgere i medesimi controlli sulla presenza delle condizioni di proponibilità, e poi inviare al *Conseil* la decisione nel merito della questione, da emettere entro i successivi 3 mesi. Anche in Francia, come in Italia, il legislatore organico ha mantenuto il carattere astratto del giudizio in via incidentale, specificando che l'estinzione del processo *a quo* non produce conseguenze sulla QPC²¹³.

L'effetto della pronuncia di incostituzionalità è quello di abrogare la disposizione dal giorno della sua pubblicazione, o da un momento successivo fissato dal *Conseil* nella decisione stessa (art. 62.2). Conseguenza ulteriore di questa trasformazione è il formale abbandono della tecnica dei *vus* e *considérants* nella redazione delle sentenze, a favore di uno stile argomentativo più discorsivo, tipico di un organo giurisdizionale, sancito formalmente dal comunicato del Presidente Laurent Fabius e dalla dec. N. 2016-539 QPC del 10 maggio 2016.

Questa riforma sancisce la definitiva evoluzione della giustizia costituzionale in Francia verso un modello giurisdizionale, ormai dedicato tanto a svolgere funzioni di arbitrato tra i poteri dello Stato e di equilibrio nella forma di governo, quanto a tutelare i diritti costituzionali dei cittadini. Il sistema francese ha recepito e combinato fra loro diversi istituti delle esperienze limitrofe italiana, spagnola e tedesca. Ha introdotto come via di ricorso l'eccezione di incostituzionalità, ma con alcune limitazioni inesistenti nei sistemi di riferimento: il divieto di rilevare la questione d'ufficio per il giudice *a quo* e il filtro obbligatorio da parte delle Corti supreme. Ha inoltre incluso fra le condizioni

²¹³ Fra i tanti, F. Hamon, C. Wiener, *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, Paris, 2011, 58.

di ammissibilità della questione il suo carattere «sérieux». Si tratta di un criterio utilizzato nella LOTC spagnola di riforma dell'*amparo*, al fine di replicare il potere di selezione discrezionale dei casi, tipico del *writ of certiori* della Corte suprema statunitense. In Francia, tale potere non viene attribuito direttamente al *Conseil*, bensì assegnato alle Corti supreme, che in questo modo vengono rese partecipi della funzione di controllo di costituzionalità²¹⁴, pur con un potere di non ammissione della questione, ossia a fronte di un giudizio di costituzionalità della norma, con efficacia *inter partes*.

19. Le riforme della giustizia costituzionale in Europa centro-orientale secondo il nuovo modello di “democrazia illiberale”: i casi ungherese e polacco

All'indomani delle elezioni che consegnarono nel 2014 alla sua coalizione la maggioranza dei 2/3 del Parlamento, il Presidente ungherese Orbán pronunciò un discorso pubblico nel quale per la prima volta descriveva la propria idea sulla forma di Stato che l'Ungheria avrebbe dovuto assumere: «Hungarian nation is not a simple sum of individuals, but a community that needs to be organized, strengthened and developed, and in this sense, the new state that we are building is an illiberal state, a non-liberal state. It does not deny foundational values of liberalism, as freedom, etc. But it does not make this ideology a central element of state organization, but applies a specific, national, particular approach in its stead»²¹⁵. Si trattava di un'idea dai contorni ancora sfumati, che tendeva al bilanciamento fra istanze individualiste e comunitariste, da realizzare attraverso l'intervento perequativo dello Stato. Del resto, il testo della nuova Costituzione ungherese, approvata dal Parlamento il 25 aprile 2011, sempre grazie ai voti della coalizione di governo Fidesz-KDNP e in assenza dell'opposizione, appariva nel suo complesso formalmente in linea, quanto a contenuto, con i valori democratici condivisi nell'am-

²¹⁴ D. Rousseau, P-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11 éd., Paris, 2016, § 102.

²¹⁵ Discorso di Viktor Orbán al XXV *Bálványos Free Summer University and Youth Camp*, 26 luglio 2014, Băile Tușnad (Tusnádfürdő), <https://buda-pestbeacon.com>.

bito del costituzionalismo europeo, seppur con alcune perplessità²¹⁶.

Il Presidente Orbán ha poi chiarito i valori alla base della sua dottrina circa lo Stato illiberale: «Liberal democracy is liberal, while Christian democracy is, by definition, not liberal: it is, if you like, illiberal. And we can specifically say this in connection with a few important issues – say, three great issues. Liberal democracy is in favour of multiculturalism, while Christian democracy gives priority to Christian culture; this is an illiberal concept. Liberal democracy is pro-immigration, while Christian democracy is anti-immigration; this is again a genuinely illiberal concept. And liberal democracy sides with adaptable family models, while Christian democracy rests on the foundations of the Christian family model; once more, this is an illiberal concept»²¹⁷.

Dal lato delle istituzioni e della forma di governo, l'Esecutivo, forte della maggioranza qualificata in Parlamento, ha proceduto sistematicamente a eliminare ogni ostacolo e contrappeso posto lungo la strada che porta alla realizzazione di quel progetto politico, *in primis* la Corte costituzionale, attirando le critiche di buona parte della dottrina e di varie istituzioni sovranazionali²¹⁸. Per quanto riguarda la giustizia costituzionale, fin dal principio è stata fatta la scelta di eliminare lo strumento processuale dell'*actio popularis*, che aveva permesso in passato di controllare praticamente tutte le leggi di maggiore rilievo, facendo della Corte ungherese una fra le più attive nella difesa dei diritti co-

²¹⁶ Si veda la *Opinion no. 621 / 2011, opinion on the new constitution of Hungary, adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011)*, § 141 ss., <https://www.venice.coe.int>, nonché, ad es. le conclusioni di C. Dupré, *Il "Credo Nazionale" e i principi fondamentali: la dignità*, e G.F. Ferrari, *Diritti e libertà*, in G.F. Ferrari (cur.), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, rispettivamente 32 e 60.

²¹⁷ Discorso del Primo Ministro Viktor Orbán al 29imo *Bálványos Summer Open University and Student Camp*, 28 luglio 2018, Tusnádfürdő (Báile Tuşnad), www.kormany.hu.

²¹⁸ Cfr. l'appello firmato da 93 accademici di tutto il mondo "Hungary's New Constitution: Why We Worry", verfassungsblog.de. V. anche M. De Simone, *UNGHERIA: La nuova costituzione. verso una deriva autoritaria?*, forumcostituzionale.it; M. Volpi, *La nuova Costituzione ungherese: una democrazia dimezzata*, DPCE, 2012, 1013 ss. Cfr. anche C. Dupré, *The Unconstitutional Constitution: A Timely Concept*, in Von Bogdandy, Sonnevend (eds), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, cit., 351 ss.

stituzionali. È stata introdotta al suo posto la *constitutional complaint*, che rispetto al passato, restringe l'ambito di intervento materiale della Corte, essendo vincolata a dimostrazione dell'interesse ad agire ed essendo sussidiaria rispetto agli altri strumenti di azione giudiziaria previsti dall'ordinamento.

Un altro limite posto alla competenza della Corte è quello del divieto di controllo di costituzionalità delle leggi finanziarie e tributarie, finché il debito pubblico superi la metà del PIL (art. 37, n. 4), salvo in casi di violazione dei diritti alla vita, alla dignità umana, alla tutela dei dati personali, alla libertà di pensiero e religione e dei diritti di cittadinanza. Il limite è stato introdotto per superare il precedente atteggiamento restrittivo della Corte rispetto alle scelte di politica finanziaria del Governo. Ulteriore modifica prevista dalla nuova Costituzione è quella sulla composizione della Corte, che, ampliando il numero di giudici da 11 a 15 e aumentando la durata del mandato da 9 a 12 anni, ha permesso al Governo, attraverso la sua super-maggioranza parlamentare, di incidere con nuove nomine, profondamente e a lungo termine, sull'indirizzo politico della Corte²¹⁹.

Infine, la quarta riforma costituzionale (2013) ha limitato la competenza della Corte in tema di controllo sulle proposte di revisione costituzionale ai soli aspetti procedurali, escludendo un controllo sostanziale, e ha dichiarato non più vincolanti le sentenze della Corte costituzionale precedenti all'entrata in vigore della nuova Costituzione²²⁰.

Nel complesso, l'attuale sistema di giustizia costituzionale ungherese appare fortemente compromesso nelle sue potenzialità garantiste, proprio in ragione delle tendenze illiberali del governo di Orbán²²¹, nonostante formalmente resti ascrivibile al modello pantocratico.

Anche il costituzionalismo polacco sta attraversando una parabola simile a quella ungherese, con l'aggravante che il Tri-

²¹⁹ K. Kelemen, *La Corte costituzionale*, in Ferrari (cur.), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, cit., 95 s.

²²⁰ Cfr., per una dettagliata cronaca sulla quarta revisione, V. Lubello, *Ungheria. Flusso di modifiche alla legge fondamentale*, DPCE Online, N. 2, 2013, 1 ss.

²²¹ Z. Szente, F. Gárdos-Orosz, *Judicial deference or political loyalty? The Hungarian Constitutional Courts's role in tackling crisis situations*, in Z. Szente, F. Gárdos-Orosz (eds), *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*, London-New York, 2018, 106.

bunale costituzionale ha subito un processo di *court-packing* e di quasi paralisi tra la fine del 2015 e la fine del 2016. La crisi è formalmente iniziata con un contrasto fra il Tribunale costituzionale e la maggioranza parlamentare in ordine alla modalità di nomina dei giudici. Il Parlamento in scadenza della settima legislatura aveva eletto ad ottobre 2015 cinque nuovi giudici del Tribunale costituzionale, per coprire la vacanza di tre giudici che terminavano il loro mandato a novembre dello stesso anno, e di due che scadevano a dicembre. Il nuovo Parlamento, a maggioranza assoluta dell'*ex* partito di opposizione, dichiarava illegittima la votazione e provvedeva a nominare cinque nuovi giudici, che giuravano di fronte al Presidente della Repubblica. Il Tribunale costituzionale, adito con più ricorsi diversi contro le prime risoluzioni e contro il successivo emendamento alla legge sul Tribunale costituzionale, con la decisione nel ricorso K 34/15, del 3 dicembre 2015, ha dichiarato incostituzionale la risoluzione, nella parte in cui annulla l'elezione rispetto ai tre giudici in scadenza a novembre. Ha poi ordinato al Presidente di procedere a immettere nella carica le persone originariamente nominate. Con la decisione nel ricorso K 35/15, del 9 dicembre, ha dichiarato incostituzionali numerosi emendamenti della legge, tra cui le norme che avevano permesso l'elezione dei cinque giudici. Nonostante questo, tutti i giudici nominati dal nuovo Parlamento rimangono al loro posto, anche se non vengono incorporati nei Senati del Tribunale fino all'inizio del 2017. In quel momento, il Presidente in carica del Tribunale viene sostituito per pensionamento dall'attuale, che appoggia la manovra politica governativa. Nel frattempo, durante il 2016 sono state emanate una serie di leggi "rimediali", ora quasi tutte non più vigenti, finalizzate a ostacolare il funzionamento del Tribunale. Infine, con la decisione K 1/17, del 24 ottobre 2017, il Tribunale ha confermato definitivamente la legittimità della sua nuova composizione²²².

Il conflitto che si è prodotto è di fatto un segnale del più va-

²²² Cfr. W. Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper, N. 18/01, January 2018, ssrn.com/abstract=3103491. Granat, *Constitutional judiciary*, cit., 138 ss.; A. Bień-Kacała, *Polish Constitutional Tribunal: a systemic reform or a hasty political change*, DPCE On line, N. 1, 2016.

sto cambiamento politico in atto rispetto alla forma di Stato, sulla scia del modello ungherese della democrazia illiberale. In seguito alle elezioni politiche del 2015 e del 2019, per la prima volta dalla caduta del muro di Berlino, un unico partito gode della maggioranza assoluta nel Parlamento polacco. Forte di tale potere, ha intrapreso una serie di riforme legislative delle istituzioni di garanzia, prime fra tutti la magistratura²²³ e il Tribunale costituzionale, oggi sotto il controllo politico del partito di governo.

Alla luce di tali fatti, la Commissione europea ha attivato per la prima volta una procedura di infrazione contro la Polonia, per grave violazione dei principi fondanti dell'Unione Europea (UE) *ex art. 7* del Trattato.

²²³ S. Biernat, *The Rule of Law in Poland*, *Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak*, N. 5, 2018, <https://trema.nvvr.org>.

CAPITOLO III

LE VARIABILI DEL MODELLO NOMOCRATICO

Sommario: 1. Le variabili del controllo nomocratico. – 2. L'accesso: caratteri generali. – 2.1. L'accesso in via d'azione. – 2.2. L'accesso in via principale e il "tempo" dell'impugnazione. – 2.3. Legittimazione ad agire o diritto di accesso? – 2.4. L'accesso in via di eccezione. – 2.5. L'accesso nella famiglia di *common law*: solo incidentale? – 3. L'oggetto del controllo di costituzionalità. – 4. Il parametro. – 5. Le regole del giudizio costituzionale. – 6. Tipologia delle sentenze: le decisioni interpretative... – 7. ... e manipolative. – 8. Effetti delle sentenze. – 9. La fase di esecuzione.

1. Le variabili del controllo nomocratico

In questo capitolo ci si concentrerà su talune delle variabili del controllo nomocratico di costituzionalità. Secondo una classificazione estensionale, gli oggetti di un insieme vengono raggruppati per similitudine rispetto a una o più proprietà. In conseguenza di ciò, nel nostro caso, l'accesso alla giurisdizione non rappresenta più il criterio prevalente attorno al quale classificare i sistemi nomocratici. Esso diventa una delle proprietà classificatorie, non diversamente dagli altri elementi pertinenti del controllo nomocratico: l'oggetto del controllo, il parametro, le regole del giudizio costituzionale, la tipologia, gli effetti e l'esecuzione delle decisioni.

Una volta deliberato di attivare la funzione (il controllo sugli atti normativi) da conferire all'organo di giustizia costituzionale, le altre caratteristiche del sistema (accesso ampio, ristretto, diffuso, ecc.; dilatazione o riduzione degli atti normativi suscettibili di controllo; necessità di assicurare piena efficacia delle decisioni, ecc.) diverranno infatti variabili funzionali a delimitare l'estensione, secondo le finalità che ciascun sistema si propone, del controllo di costituzionalità nella variante nomocratica.

2. L'accesso: caratteri generali

La prima variabile del modello nomocratico è l'accesso alla giustizia costituzionale. Negli ordinamenti a controllo diffuso, generalmente coincide con l'accesso ordinario alla giurisdizione *tout court* in applicazione delle norme processuali. Si vedrà, al contrario, come l'accesso alla giurisdizione costituzionale è spesso arricchito da altre azioni che spesso non richiedono la presenza di *cases and controversies* (v. *infra*, § 2.5).

Nel sistema accentrato, la modalità d'introduzione del giudizio è di fondamentale importanza per il ruolo di garanzia che la Corte è chiamata a svolgere. Kelsen aveva sconsigliato l'*actio popularis* (avrebbe sovraccaricato di ricorsi la Corte) e considerato la possibilità di conferire la legittimazione a qualsiasi autorità pubblica, giudiziaria o amministrativa (contemplando l'ipotesi di limitarla alle sole magistrature superiori). La questione sarebbe sorta nel corso di un procedimento o processo di applicazione di una norma, anche su iniziativa di parte. Kelsen aveva inoltre previsto altre forme di accesso: il ricorso diretto – dei governi dei *Länder*, di quello federale e l'impugnazione delle minoranze parlamentari); il «difensore della Costituzione» con la funzione di tutelare la Costituzione; l'auto-questione della Corte; la legittimazione di soggetti lesi da atti amministrativi illegittimi¹.

Kelsen diede concreta applicazione alle sue teorie in qualità di consulente nel processo costituente austriaco del 1920. Si è già visto lo spazio riservato alla via incidentale: inizialmente era limitata all'auto-questione (v. *supra*, Cap. I, § 11), da sollevarsi d'ufficio, nel caso l'Alta Corte avesse dovuto applicare una legge in un giudizio pendente davanti a sé stessa (art. 140.1) e nell'ambito del controllo di legalità delle ordinanze federali e regionali. Nel 1929 si estese l'accesso incidentale alle supreme magistrature, nel 1975 ai tribunali di secondo grado, nel 2012 ai tribunali amministrativi dei *Länder*; infine, dal 2015, l'eccezione di incostituzionalità può essere sollevata dai tribunali di ogni grado. Il conflitto sulle competenze si basava sull'accesso in via principale della Federazione e dei Governi regionali (art. 138). Infine, l'art. 144 prevedeva il ricorso individuale di

¹ Kelsen, *La garanzia giurisdizionale*, cit., 194-197.

retto per violazione di diritti costituzionali contro atti amministrativi (v. *supra*, Cap. I, § 11; Cap. II, § 4).

2.1. *L'accesso in via d'azione*

La diffusione “mondiale” del controllo accentrato ha ampliato la casistica dei legittimati al ricorso in via di azione rispetto al modello esemplare austriaco.

Tra gli organi legittimati vi sono, in primo luogo, i titolari dei più importanti organi di governo: il Presidente della Repubblica, i Presidenti delle Camere, il Presidente del Consiglio/Primo Ministro; nei Paesi territorialmente decentrati, gli organi di governo degli enti sub-statali. Rilevante è anche la legittimazione concessa a una minoranza o a un gruppo parlamentare². Ancora, legittimazione in via d'azione è concessa alla stessa Corte costituzionale, alle Corti supreme, al Procuratore della Repubblica, all'organo preposto al controllo dei conti pubblici³, all'*Ombudsman* o al Difensore del Popolo⁴, agli organi di governo degli enti territoriali e alle associazioni rappresentative di comunità locali⁵, alla Banca

² A un gruppo parlamentare in Moldavia; 1/3 dei parlamentari in Mauritania, Messico, Mozambico, Repubblica dominicana, Slovenia, Sudafrica; un quarto in Germania, Kosovo, Perù, Uzbekistan; un quinto in Albania, Croazia, Georgia, Lituania, Marocco (inoltre, a 40 membri della Camera dei Consiglieri), Turchia; un decimo in Angola, Cambogia, Ciad, Niger, Burkina Faso, Congo; 60 deputati o senatori in Francia; 50 deputati o senatori in Spagna; 45 parlamentari in Ucraina; 25 deputati in Serbia; 20 deputati in Lettonia e Repubblica di San Marino; 10 deputati in Libano; 5 parlamentari in Montenegro; a ciascun membro dell'Assemblea Nazionale in Benin.

³ Per la legittimazione della Corte costituzionale v. Croazia, Macedonia, Mongolia, Montenegro, Serbia, Uzbekistan; delle Corti supreme v. Bielorussia, Mali, Moldavia, Tagikistan, Ucraina, Uzbekistan; del Procuratore della Repubblica v. Angola, Azerbaijan, Brasile, Costa Rica, Guatemala, Lettonia, Messico, Moldavia, Mongolia, Mozambico, Perù, Slovenia, Tagikistan, Uzbekistan; degli organi di controllo contabile v. Costa Rica e Gabon.

⁴ Angola, Albania, Bolivia, Costa Rica, Croazia, Ecuador, Guatemala, Kosovo, Lettonia, Messico, Moldavia, Mozambico, Perù, Slovenia, Spagna, Venezuela; in Ucraina, il rappresentante per i diritti umani in Parlamento, Venezuela. L'art. 113 della Cost. Guinea del 2016 conferisce tale legittimazione anche agli organi per la difesa dei diritti umani.

⁵ Rispettivamente: Slovenia, Spagna (LOTC 7/1999) e Germania (art. 93.1, N. 4 l. TF); Albania, Colombia, Estonia, Lettonia, Mali, Montenegro, Perù (solo nelle materie di loro competenza), Repubblica di San Marino, Slovenia, Tagikistan.

centrale⁶, alle istituzioni religiose⁷, ai partiti politici⁸ all'ordine degli avvocati⁹, a sindacati e associazioni di categoria¹⁰.

Alcuni ordinamenti prevedono una *actio popularis*, un'azione promossa da un qualunque cittadino, a difesa dell'interesse generale al rispetto della Costituzione, e non per la tutela di una situazione giuridica soggettiva¹¹. In taluni ordinamenti, invece, il cittadino deve dimostrare di essere stato leso in un interesse personale, diretto e legittimo¹². Caso particolare è la Slovenia: la legge richiede la dimostrazione di un «legal interest» sussistente se l'atto impugnato interferisce direttamente con i diritti, gli interessi o la posizione giuridica del ricorrente (art. 24). Anche in Belgio è possibile per una persona fisica o giuridica proporre un ricorso per annullamento di una legge o decreto, sulla base di un interesse (art. 1.2 l. TC).

In taluni casi, la legittimazione è *interposta*, come in Cambogia: i cittadini possono presentare un ricorso di incostituzionalità indirizzando la domanda agli organi politici legittimati¹³. L'*actio popularis* può essere a titolarità collettiva: così in Mozambico – dove è necessario allegare le firme di almeno duemila cittadini (art. 60 Cost.) –; in Perù (le firme richieste sono cinquemila: art. 203, n. 5, Cost.); San Marino (adesione dell'1,5% del corpo elettorale). In Mongolia, infine, il regolamento della Corte prevede che anche stranieri e apolidi legalmente residenti nel territorio abbiano legittimazione per accedere alla Corte (art. 16).

L'accesso diretto pone anche problemi di termini per l'espe-

⁶ Slovenia.

⁷ Albania. In Libano, i capi delle comunità religiose legalmente riconosciute possono impugnare leggi o atti aventi forza di legge relative a materie incluse nello statuto personale, o inerenti a libertà di coscienza, di culto e di insegnamento religioso.

⁸ Albania, Brasile (partito con rappresentanza nel Congresso); in Turchia, soltanto i due partiti con il più grande numero di parlamentari.

⁹ Angola, Brasile, Guatemala.

¹⁰ Brasile, Perù (solo nelle materie di loro competenza), Slovenia (contro atti lesivi degli interessi di categoria).

¹¹ Tale legittimazione si ritrova, tra gli altri, in Colombia, Croazia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Macedonia, Mongolia, Montenegro, Nicaragua, Panama, Serbia.

¹² Art. 77 l. TC Honduras; art. 37 l. TC Repubblica Dominicana; art. 258 Cost. Uruguay; 18.2 l. TC Venezuela.

¹³ Art. 18 l. TC.

ribilità dell'azione. Questi sono a volte piuttosto brevi: variano dai 15 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale in Libano, ai 30 in Messico e in Sudafrica, dove il ricorso delle minoranze parlamentari va esperito entro 30 giorni dalla promulgazione presidenziale della legge (art. 80 Cost.), ai 45 di San Marino, ai 60 dalla vigenza dell'atto, in Nicaragua, o dalla pubblicazione dell'atto in Turchia. Più ampi i termini in Spagna (3 mesi)¹⁴; Azerbaigian, Kosovo, Tagikistan (6 mesi); in Albania (3 anni); in Belgio e Perù, i termini (rispettivamente: 6 mesi e 6 anni dalla pubblicazione dell'atto) sono ridotti a 60 giorni (Belgio) e 6 mesi (Perù) quando si tratti di trattati internazionali.

I termini sono differenziati in base ai motivi del ricorso in Ecuador, Colombia e Turchia. Gli artt. 78 Cost. Ecuador e 242 Cost. Colombia ammettono l'azione in ogni tempo per motivi di sostanza, ma pongono il limite di un anno dall'entrata in vigore dell'atto, per motivi di forma. In Turchia, il termine è di 10 giorni per motivi di forma, rispetto a emendamenti costituzionali e a codici; 60 giorni, per decreti-legge e regolamenti parlamentari, tanto per motivi di forma che di sostanza (art. 37 del Codice di procedura per i giudizi davanti alla Corte costituzionale).

In altri casi, il ricorso non è invece soggetto a termini, come in Austria, Germania, Honduras, Mozambico, Portogallo e Brasile (*símula* 360/1995).

Nei sistemi misti diffuso-concentrati, i titolari di un ricorso diretto al Tribunale sono anche le parti del giudizio e il Pubblico Ministero interessati a impugnare una sentenza definitiva di un tribunale ordinario che ha risolto, in positivo o negativo, una questione di costituzionalità in via diffusa. In Angola, il ricorso contro sentenze che hanno applicato norme ritenute incostituzionali o non convenzionali, che hanno disapplicato norme ritenute conformi a Costituzione o a Trattati o norme già dichiarate incostituzionali dal Tribunale costituzionale va presentato entro 8 giorni dalla notificazione della sentenza¹⁵. A Cipro, le parti possono impugnare la sentenza entro 75 giorni dal giorno in cui so-

¹⁴ Il termine di impugnazione si estende a 9 mesi per leggi o atti rispetto ai quali sia stata convocata, su istanza di una delle parti, una Commissione bilaterale di cooperazione fra Governo e organo esecutivo di una Comunità autonoma, con il fine di porre mano alle difformità (v. *infra*, Cap. IV, § 3).

¹⁵ Art. 36 l. TC.

no a venute a conoscenza delle motivazioni legate alla questione di costituzionalità. Nella Repubblica dominicana, l'impugnazione al Tribunale costituzionale può avvenire in presenza dei seguenti requisiti: 1) qualora la sentenza dichiarata inapplicabile per incostituzionalità una legge, decreto, regolamento, risoluzione o ordinanza; 2) quando la decisione violi un precedente del Tribunale; 3) per lesione di un diritto fondamentale invocato nel corso del processo, qualora siano esaurite le altre vie legali di impugnazione, il diritto sia stato leso in modo immediato e diretto, per azione od omissione dall'organo giudiziale, e non come conseguenza dei fatti del processo, che il Tribunale non potrà rivedere; 4) che la violazione dia luogo a una questione di speciale trascendenza o rilevanza costituzionale. Il ricorso va proposto alla cancelleria dell'organo che ha emesso la sentenza impugnata, entro 30 giorni dalla notificazione della sentenza. In Guatemala, il termine per impugnare la sentenza del tribunale ordinario che giudica sulla costituzionalità di una legge è molto breve, ossia 3 giorni dalla notifica della sentenza; in Portogallo, di dieci giorni. In Mozambico, tutte le sentenze che disapplicano una norma per motivo di incostituzionalità devono essere immediatamente inviate al Consiglio costituzionale affinché si pronuncino; lo stesso avviene in Nicaragua e in El Salvador.

2.2. *L'accesso in via principale e il "tempo" dell'impugnazione*

Una delle variabili tradizionali di classificazione dei modelli di giustizia costituzionale guarda al momento di esperimento del controllo: il controllo è successivo o preventivo se attivabile prima o dopo l'entrata in vigore dell'atto impugnato; misto se attivabile in ogni momento pur con modalità differenziate.

In Europa, si è tradizionalmente qualificato il sistema a controllo preventivo come *a sé stante*, ove tale controllo fosse l'unica via di accesso alla giurisdizione costituzionale. L'esclusività si trasformava in una scelta politica: precisava il ruolo della Corte rispetto alla forma di governo e le sue influenze sulla forma di Stato e conteneva il conflitto tra maggioranza e opposizione all'interno del Parlamento, riconoscendo a questo l'ultima parola, e alle corti ordinarie spettava il ruolo di garanti dei diritti fondamentali.

L'archetipo del *controllo esclusivamente preventivo* è il sistema francese, trapiantato in tutte le colonie africane e in Cam-

bogia. Dopo la revisione del 2008, anche la Francia ha adottato un sistema misto, introducendo la via incidentale, recepita poi nelle *ex* colonie che ancora non l'avevano previsto, come in Algeria, Marocco e Tunisia. In alcuni casi, infatti, una soluzione mista era già contemplata dalla Costituzione coloniale (Cambogia, Ciad, Gibuti, Niger, Senegal, Madagascar) (v. *supra*, Introduzione, § 7). Ad oggi, la via preventiva come unico momento per realizzare il controllo di costituzionalità resta solo in Iran, Mali e Mauritania.

La scelta di aggiungere al controllo sulla legge già in vigore anche quello preventivo rappresenta, invece, la volontà di rafforzare il ruolo della Corte, al di sopra e al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato.

Il *controllo misto*, successivo e preventivo, si dà in Angola (per evidenti influenze portoghesi), Bahrein, Bielorussia, Bolivia, Cile, Cipro, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estonia, Guatemala, Honduras (solo sui progetti di revisione costituzionale), Kazakistan, Benin, Sudafrica. In Italia, la coesistenza dei controlli preventivo e successivo riguarda, dopo la riforma costituzionale del 2001, i soli statuti delle Regioni ordinarie (art. 123 Cost.).

In Francia, la dilatazione delle modalità di accesso al *Conseil* e del novero dei soggetti legittimati ha determinato il passaggio da un sistema di controllo di costituzionalità definito "politico" a uno giurisdizionale, a tutela dei diritti¹⁶, e da un sistema esclusivamente preventivo a uno misto, preventivo-incidentale. Come già evidenziato (*supra*, Cap. II, § 5), inizialmente gli unici soggetti legittimati a proporre al *Conseil* la verifica di leggi approvate ma non promulgate erano il Presidente della Repubblica, il Presidente del Consiglio e i Presidenti delle Camere. Alla base v'era la convinzione che il controllo *a priori* non fosse un vero e proprio contenzioso, e dunque non necessitasse di un contraddittorio, né si potessero definire "parti" i soggetti promotori¹⁷. Sicché, fino all'inizio degli anni Settanta, la giurisprudenza del *Conseil* fu scarsa e limitata a sanzionare questioni procedurali.

La legge costituzionale n. 74-904 del 29 ottobre 1974 introdusse la *saisine parlementaire*. Se si combina tale apertura del-

¹⁶ Drago, *Contentieux*, cit., 53 e 80; in prospettiva critica v. Tusseau, *Contre les «modèles»*, cit., 62 ss.

¹⁷ Drago, *Contentieux*, cit., 53 e 379 s.

l'accesso con la dilatazione del parametro (v. *supra*, Cap. II, § 5 e *infra*, § 4), si ottiene una giustizia costituzionale qualitativamente più significativa diretta anche alla tutela dei diritti, e non solo a una funzione arbitrale fra le istituzioni. L'allargamento della legittimazione porterà anche ad ammettere audizioni di parlamentari di fronte al *Conseil*, soprattutto a partire dalla prima decade del 2000.

La trasformazione definitiva del sistema francese si ebbe con l'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité*, QPC (art. 61-1, aggiunto con la riforma costituzionale del 2008, in vigore dal 2010), che apre il contenzioso costituzionale alle parti in causa in un processo, legittimate a sollevare una questione incidentale su disposizioni legislative potenzialmente lesive di diritti o libertà garantiti dalla Costituzione (v. *supra*, Cap. II, § 18).

Circa la possibilità dell'integrazione fra controllo preventivo e successivo sul medesimo atto, i sistemi si atteggiano diversamente. La Francia ha optato per la non riproponibilità della questione, fatti salvi i cambiamenti di circostanza tali da giustificare l'eccezione¹⁸. In Bielorussia, la legge sul processo costituzionale afferma esplicitamente che il controllo obbligatorio preventivo su un progetto di legge non esclude la possibilità di un ulteriore controllo in via successiva (art. 106).

Soggetto legittimato al controllo preventivo è sempre il Capo dello Stato (Presidente della Repubblica e, in Bahrein, il Re), perché organo cui compete la promulgazione delle leggi. Nel modello francese, questi è affiancato da altre cariche dello Stato (Presidenti delle Camere, il Primo Ministro e una minoranza di parlamentari). Si trovano anche combinazioni diverse: in Angola e Repubblica Democratica del Congo, oltre al Presidente sono legittimati solo 1/10 dei parlamentari (in Benin, anche ciascun parlamentare); in Bolivia, è previsto che i Presidenti della Corte suprema e del Tribunale agroalimentare possano sottoporre un ricorso previo su progetti di legge in materia giudiziaria; a Cipro, è legittimato solo il Presidente, che agisce tuttavia insieme al Vice-Presidente; in Costa Rica, sono legittimate le tre giurisdizioni supreme (ordinaria, elettorale e contabile), contro progetti di legge che violino le loro competenze, e il Difensore

¹⁸ Nuovo art. 23.2 dell'ord. 58-1067 del 7 novembre 1958, modificato con LO n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009.

del Popolo; in Ecuador ed Estonia, solo il Presidente; in Guatemala, ogni organo dello Stato.

2.3. *Legittimazione ad agire o diritto di accesso?*

Il controllo giurisdizionale di costituzionalità degli atti normativi è oggi considerato una delle garanzie imprescindibili dello Stato costituzionale di diritto. Abbiamo inoltre visto nel § precedente che in molti ordinamenti ciò avviene sulla base di una *actio popularis*. Ciò nonostante, la dottrina si è raramente soffermata sulla possibilità di considerare l'accesso diretto al controllo nomocratico come un vero e proprio diritto soggettivo, e non come mera legittimazione processuale¹⁹. È ciò che ci accingiamo a fare in questa sede.

Il riconoscimento di un diritto può avvenire per via esplicita, quando una norma positiva dell'ordinamento giuridico così stabilisca; o in via interpretativa, quando gli operatori del diritto lo ricavano dall'analisi sistematica della legislazione o dell'ordinamento nel suo complesso o dei suoi principi supremi. In ogni caso, la legalità costituzionale dovrebbe essere riconosciuta come un bene giuridico autonomo, a titolarità diffusa.

Innanzitutto, in ambito internazionale è riconosciuto, in diversi trattati e dichiarazioni sui diritti umani, il diritto a un ricorso effettivo per la tutela dei diritti fondamentali (art. 8 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 13 CEDU, art. 25 CIDH), recepito da molte Costituzioni nazionali²⁰. A mero titolo esemplificativo, gli artt. 24.1 Cost. italiana e spagnola riconoscono il diritto di accesso alla giustizia, per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Si tratta del riconoscimento di un diritto di accesso alla giustizia in generale, o, detto in altri termini, «Se alude de este modo, a la proyección constitucional de la *legitimatio ad causam*»²¹. Tale autonomo diritto impone all'ordi-

¹⁹ Cfr. J. Wildemeersch, *Bref propos conclusif sur les fonctions politiques des juges. Le juge et le citoyen: qui se trouve de l'autre côté du miroir?*, in Grandjean, Wildemeersch (dir.), *Les juges: décideurs politiques?*, cit., 356-358.

²⁰ Cfr. L.A. Huerta Guerrero, *El derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales. Pensamiento constitucional*, N. 15, 2011, 211 ss.

²¹ A.M. Lorca Navarrete, *Constitución y litigación civil*, San Sebastián, 2018, Cap. III.

namento di istituire un sistema idoneo di garanzie processuali, ma non obbliga il costituente o il legislatore a prevedere forme di accesso diretto al giudice costituzionale. Inoltre, si tratta di un diritto strumentale alla tutela dei “diritti fondamentali”, riconosciuti dalla Costituzione. Lo conferma la giurisprudenza della CoEDU in materia di tutela giudiziale effettiva (art. 13 CEDU): la Convenzione non impone l’introduzione di un accesso individuale al giudice delle leggi; tuttavia, ove questo vi sia, anche la giustizia costituzionale è soggetta alle garanzie del giusto processo, per cui le condizioni di accesso devono essere chiare, trasparenti e non discrezionali²².

Anche la Corte interamericana dei diritti dell’uomo non ha espressamente affermato che il diritto alla tutela giudiziale effettiva imponga un obbligo specifico di creazione di un ricorso di natura costituzionale. Per giurisprudenza costante, tuttavia, a ogni diritto riconosciuto dalla Carta va assicurato un ricorso rapido, semplice ed effettivo; se non previsto anche solo per un singolo caso, lo Stato è obbligato a crearlo²³. Sulla base di queste motivazioni, la Corte può imporre allo Stato l’introduzione di un giudizio di *amparo* o di tutela costituzionale, qualora il controllo di costituzionalità sia l’unica strada per ottenere giustizia nel caso di specie²⁴.

²² CoEDU, decisione 4 marzo 2003, ricorso N. 40057/ 98, *Des Fours Walderode c. Repubblica ceca*, per la prima affermazione («the Court observes that Article 6 § 1 of the Convention neither guarantees a specific result for the proceedings in question, nor a right of access to a court with competence to invalidate or override a law (see Pauer v. Austria, cited above)», e Corte eur. dir. uomo, sentenza 18 dicembre 2007, ricorso N. 3738/ 02, *Marini c. Albania*, per la seconda («120. La Cour rappelle que l’article 6 de la Convention n’astreint pas les Etats contractants à créer des cours d’appel ou de cassation. Néanmoins, un Etat qui se dote de juridictions de cette nature a l’obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d’elles des garanties fondamentales de l’article 6»), applicato nel caso alla Corte costituzionale albanese). V. il commento alla sentenza Corte eur. dir. uomo, sezione V, 26 luglio 2007, ricorso N. 18806/02 - *Pres. Lorenzen - Ješina c. Repubblica ceca*, che conferma il precedente orientamento: M. Pacini, *Il diritto di accesso al giudice*, *Giorn. dir. amm.*, N. 7, 2008, 725 ss.

²³ «§ 137 De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la Convención si el Estado Parte en la Convención no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho tiene que crearlo» (CoIDH, caso *Claude Reyes y otros v. Chile*, *Sentencia de 19 de septiembre de 2006*).

²⁴ Cfr. sent. *Castañeda Gutman v. México* in materia di tutela del diritto politico di elettorato attivo. La legislazione messicana riconosceva legittimazione processuale contro un provvedimento di esclusione dalle liste solo a can-

È anche possibile ricavare per via interpretativa un generale diritto individuale di accesso alla giustizia costituzionale, pur in assenza di disposizioni che espressamente prevedano un'azione costituzionale. Il moderno diritto internazionale dei diritti umani e gli sviluppi del costituzionalismo democratico – in particolare, le sue correnti neocostituzionali e del nuovo costituzionalismo latino-americano²⁵ –, ben potrebbero fornire le basi giuridico-filosofiche per giustificare la tesi dell'obbligatorietà di un'azione speciale dedicata alla garanzia dei diritti costituzionali, anche se non necessariamente coincidente con un ricorso individuale diretto alla Corte. Nei sistemi a controllo diffuso le funzioni di controllo di costituzionalità e di tutela dei diritti si sovrappongono in capo agli stessi organi giurisdizionali ordinari: per cui un'azione processuale è sempre esistente. Eppure, negli Stati Uniti, il *writ of certiorari*, che garantisce l'accesso diretto alla Corte suprema, è, come afferma la *rule 10* del Regolamento della Corte, «una mera questione di discrezionalità». Nei sistemi esclusivamente accentrati, per ritenere assolto l'obbligo di istituire un'azione preferente a tutela dei diritti, sarebbe sufficiente la previsione di un'azione *ad hoc*, come l'*amparo* in America latina, anche se la giurisdizione competente è quella ordinaria.

In conclusione, l'istituzione di una via di accesso diretto, generale e popolare al controllo di costituzionalità, come attua-

didati sostenuti da un partito politico. Al ricorrente era stata negata la registrazione nelle liste elettorali in quanto candidato indipendente. Il solo modo per ottenere giustizia era dunque impugnare la legge, ma lo strumento processuale a disposizione, l'*amparo*, risultava improcedibile proprio per l'assenza di legittimazione attiva, poiché il candidato, in base alla legge vigente, non poteva giustificare una lesione di un diritto soggettivo. La Corte ha stabilito «que el Estado debe [...] completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación [...] de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido». Al § 92 la Corte afferma: «Este Tribunal estima que no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo. Ello es particularmente relevante en relación con los derechos políticos, derechos humanos de tal importancia que la Convención Americana prohíbe su suspensión así como la de las garantías judiciales indispensables para su protección (infra párr. 140)».

²⁵ In base ai quali i diritti pre-esistono lo Stato, le norme costituzionali sono immediatamente precettive e vincolanti, non c'è gerarchia fra i diritti in Costituzione e i giudici costituzionali sono i primi e diretti custodi delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute in Costituzione.

zione di un diritto soggettivo alla “legalità costituzionale”, non è mai stata presa seriamente in considerazione²⁶. Eppure, i cardini del costituzionalismo contemporaneo, quali il principio di sovranità popolare e quello di rigidità costituzionale, principi supremi degli ordinamenti democratici, potrebbero legittimare tale tesi.

L’analisi comparata restituisce un quadro completamente distinto. Anche laddove è prevista, la legittimazione individuale ad adire la Corte costituzionale non è strutturata come un *diritto* soggettivo alla giustizia costituzionale. Lo confermano le disposizioni, solitamente contenute in leggi di attuazione o in regolamenti di procedura che, a fronte della rinuncia all’azione o dell’estinzione del processo *a quo*, prevedono che il processo costituzionale prosegua ugualmente; oppure, rimettono alla Corte questa decisione, in base a una valutazione dell’interesse generale al proseguimento del processo²⁷; o non ammettono la desistenza (Brasile, Mozambico, Panama)²⁸. Tali disposizioni suggeriscono che il fine del giudizio costituzionale va oltre la volontà di chi ha sollevato l’azione o delle parti nel processo da cui è sorta l’eccezione, dando quindi testimonianza del fatto

²⁶ V. tuttavia V. Onida, *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in L. Carlassare (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall’istituzione della prima cattedra in Europa, Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997*, Padova, 1998, 177 ss. e poi nella conferenza stampa del 2005, in qualità di Presidente della Corte costituzionale, in particolare 21, www.cortecostituzionale.it. V. altresì P. Passaglia, *Sull’inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale: qualche riflessione (ed una provocazione)*, www.idr.unipi.it, nonché R. Romboli, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, *Osservatoriosulfonti.it*, N. 1, 2015.

²⁷ In Armenia, ad es., la Corte è chiamata a decidere, a fronte della rinuncia, se l’interesse della società o dello Stato giustificano la prosecuzione del giudizio (art. 33 l. TC). In Kosovo il regolamento stabilisce che la Corte può decidere di continuare il processo anche a fronte di una rinuncia da parte del ricorrente (art. 73 reg. TC). Così pure accade in Montenegro (art. 41, lett. b, l. TC); ma la previsione va letta assieme a quella che attribuisce alla Corte la legittimazione a sollevare una auto-questione, sulla base di una iniziativa di un soggetto terzo, se emergono dubbi nel corso di un altro procedimento, soprattutto durante una *constitutional complaint*, rispetto ad atti collegati a quello impugnato (art. 37). In Slovenia, l’art. 30 della legge afferma che la Corte non è vincolata nel giudizio al ricorso, bensì può giudicare anche altre parti del medesimo atto o altri atti, sempre che siano reciprocamente correlati, o se è necessario per risolvere il caso.

²⁸ In Portogallo, la desistenza è ammessa solo nel controllo in via preventiva (art. 53 l. TC).

che i soggetti legittimati non dispongono di una situazione giuridica sostanziale.

Si configura un diritto soggettivo all'accesso solo a fronte della previsione del ricorso per violazione di diritti costituzionali (*amparo*, *Beschwerde* e *constitutional complaint*), che appartiene al modello pantocratico. Ciò che muta è l'interesse sotteso alla funzione di garanzia della Costituzione. La Costituzione è "legge suprema" immediatamente precettiva e direttamente applicabile dai giudici nei confronti dei singoli; l'identificazione del contenuto tipico – il riconoscimento dei diritti fondamentali – porta alcuni ordinamenti a riconoscere un vero e proprio diritto di accesso alla giustizia costituzionale per la difesa di quei diritti, soprattutto laddove maggiori sono state le influenze del neo-costituzionalismo o dove si è sperimentata una transizione da uno Stato autoritario a uno democratico²⁹.

2.4. *L'accesso in via di eccezione*

L'accesso alla giustizia costituzionale in via d'eccezione è soluzione decisamente diffusa nel modello nomocratico³⁰.

Un caso particolare di limitazione di accesso incidentale è quello di Cipro. Il sistema appartiene al sub-modello diffuso-

²⁹ Le più recenti Costituzioni dell'America latina sono illuminanti sotto questo profilo. Si veda, per es., la formulazione della legge colombiana istitutiva dell'azione di tutela (decreto 2591 del 19 novembre 1991): «Artículo 10. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela». In Ecuador, l'art. 9 l. TC afferma: «Legitimación activa. - Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas: a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, b) Por el Defensor del Pueblo».

³⁰ È infatti prevista in Albania, Algeria, Austria, Bahrein, Belgio, Bolivia, Cambogia, Ciad, Cile, Cipro, Costa Rica, Croazia, Ecuador, Francia, Georgia, Germania, Gibuti, Giordania, Honduras, Italia, Kazakistan, Kosovo, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Marocco, Moldavia, Montenegro, Mozambico, Niger, Panama, Paraguay, Russia, Repubblica di San Marino, Senegal, Serbia, Slovenia, Spagna, Taiwan, Tunisia, Turchia, Ucraina, Uruguay.

concentrato: le corti ordinarie possono disapplicare autonomamente la Costituzione, ma le sentenze sono appellabili presso la Corte suprema.

L'art. 144 Cost. prevedeva l'accesso incidentale. A seguito degli eventi che portarono alle dimissioni dei rappresentanti turchi in Parlamento nel 1963, venne adottata la legge 33/1964, che fece confluire nella Corte suprema le funzioni della Corte Suprema di Costituzionalità e della *High Court*. Con la decisione *Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others*, (1964) C.L.R. 195, la Corte confermò la legittimità costituzionale della legge, inaugurando la dottrina dello stato di necessità, e considerò che «all questions of alleged unconstitutionality should be treated as issues of Law in the proceedings, subject to revision on appeal in due course, so far as the lower Courts are concerned». La via incidentale resta applicabile solo per le corti competenti in diritto di famiglia³¹.

Fra i sistemi ad accesso incidentale, è possibile distinguere le ipotesi in cui tutte le corti, o solo quelle di vertice, possono sollevare l'eccezione di incostituzionalità. La limitazione dell'accesso alle corti di vertice fu introdotta come strumento di selezione dei casi: la selezione non è discrezionale, come negli Stati Uniti attraverso il *certiorari*, ma guarda all'ammissibilità della questione. In Francia questo primo filtro impedisce che questioni palesemente infondate o improcedibili aggravino il *Conseil*, visto che solo la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato possono sollevare la questione. Lo stesso accade nei Paesi che seguono tale modello, come Algeria e Senegal (in Gibuti, solo la Corte suprema). In Cambogia, la parte di un processo che ritiene che una disposizione di legge o un provvedimento di una istituzione pubblica violi un suo diritto fondamentale, solleva la questione innanzi al giudice: se questi ritiene l'eccezione fondata, trasmette entro 10 giorni gli atti alla Corte suprema; se il ricorso non è inammissibile, il caso è trasmesso al Consiglio costituzionale entro i successivi 15 giorni. In Giordania, le corti valutano la sussistenza dei requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza dell'eccezione sollevata dalle parti; in caso positivo, sollevano la questione alla Corte di Cassazione,

³¹ C. Kombos, *Developments in Cyprus Constitutional Law: The Year 2016*, I-CONnect, www.iconnectblog.com.

la quale decide se inviarla alla Corte costituzionale (art. 11 l. TC).

Ancora, vi sono ordinamenti nei quali l'eccezione può essere sollevata d'ufficio e su istanza di parte (Albania, Austria, Belgio, Bolivia, Cile, Ecuador, Germania, Haiti, Honduras, Italia, Lussemburgo, Moldavia, Panama, Qatar, Repubblica di San Marino, Spagna, Turchia, Uruguay); altri in cui è sollevata da una sola delle due componenti (il giudice in Costa Rica, Croazia, Georgia; le parti in Giordania, Niger, Tunisia, Cambogia, Ciad e Francia; nell'ultima ipotesi si vieta espressamente alla Corte di Cassazione o al Consiglio di Stato di rilevarla d'ufficio).

I requisiti di ammissibilità della questione di costituzionalità sono ovunque gli stessi, tratti dalla disciplina delle prime esperienze miste europee³². Si richiede che la questione non sia manifestamente infondata, o che sussista un dubbio sulla costituzionalità della norma, o addirittura un ragionevole convincimento. A garanzia della natura incidentale del giudizio, è chiesta la prova della rilevanza della questione per il caso *a quo*, variamente intesa come mera applicabilità o (in forma più incisiva) come necessaria applicazione della norma per la soluzione del caso. Ovunque è obbligatorio indicare la disposizione o l'atto impugnati, motivando sul punto. Come noto, il corretto modo di intendere questi requisiti, nonché l'interpretazione giurisprudenziale che ne è seguita, sono state oggetto di ampi dibattiti dottrinali. È prassi comune, per le Corti, sfruttare i dubbi interpretativi per restringere o allargare, caso per caso, l'accesso alla giustizia costituzionale, ritagliandosi un certo grado di discrezionalità nella selezione dei casi.

Analizziamo i tre modelli storici tedesco, italiano e spagnolo.

Ai sensi dell'art. 100 GG, il giudice *a quo* deve "ritenere" incostituzionale una legge, dalla cui validità dipende la sua decisione; l'art. 80 GG gli impone di motivare espressamente circa il requisito della rilevanza. Il giudice tedesco deve quindi nutrire più che un dubbio sulla costituzionalità della norma, ossia attestare di esserne convinto.

³² Non si tratta in questa sede delle cause di improcedibilità legate alla competenza del giudice, alla legittimazione delle parti o alla corrispondenza dell'atto impugnato a quelli previsti dalla Costituzione, essendo essi requisiti applicabili per ogni tipo di processo.

Il legislatore organico spagnolo si ispira al modello tedesco, con l'espressione «aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo». Il requisito della rilevanza viene ulteriormente chiarito con la precisazione puntuale del momento in cui il giudice *a quo* deve sollevare la questione, ossia «una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese», quindi nel momento finale, quando è sicuro che la decisione del caso possa essere presa solo dopo aver sciolto i dubbi sulla legittimità costituzionale dell'atto.

In Italia, si richiede che il giudice ritenga la questione «non manifestamente infondata», il che equivale a un “dubbio”, non un convincimento (art. 1 l. cost. n. 1/1948). Quanto al requisito della rilevanza, l'art. 23 l. n. 87/1953 richiede che «il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale».

Così come per i tre ordinamenti appena analizzati, è possibile, seppur con approssimazione, raggruppare anche gli altri in base al grado di convincimento del giudice circa l'incostituzionalità della norma, e a quello del maggior o minor legame con il giudizio *a quo*, richiesti come requisiti di ammissibilità.

In un primo gruppo di ordinamenti è sufficiente attestare un “dubbio” sulla costituzionalità e motivare circa l'applicabilità della norma al giudizio (in qualunque sua fase e con qualsiasi tipo di incidenza). Di mera “applicabilità” si parla nelle leggi di Austria (§ 62, n. 2), Costa Rica (art. 102), Croazia (art. 35), Georgia (art. 19.2), Giordania (art. 11.B), Kazakistan (art. 17.4), Lettonia (art. 17.1, n. 9), Lituania (art. 67), Panama (art. 2558), Slovenia (art. 23), Turchia (art. 40, dove si richiede anche che la questione sia “seria”), Ucraina (art. 83), Uruguay (art. 508). In Ecuador il giudice deve nutrire “dubbi ragionevoli” che la norma sia contraria a Costituzione (art. 142). In Serbia è sufficiente che una questione di legittimità costituzionale sia sollevata durante un processo (art. 63).

Altri ordinamenti chiedono requisiti più stringenti: il giudice deve essere convinto, quasi certo, dell'incostituzionalità della norma che è rilevante per la soluzione del caso. In Albania si parla di “considerare la legge incostituzionale” e di “connessione diretta tra la legge e la soluzione del caso” (art. 68 l. TC), mentre se il ricorso è incompleto la Corte può restituirlo al giudice *a quo*, chiedendogli di colmare le lacune entro un mese. In Belgio, la norma deve essere per il giudice “manifestamente in-

costituzionale” e “indispensabile” per decidere il caso (art. 26 l. TC). In Bolivia, la soluzione del processo deve “dipendere” dalla costituzionalità della norma impugnata (art. 73.2 l. TC). In Cile, il giudice deve indicare chiaramente le circostanze che producono la situazione di incostituzionalità di un «precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto» (art. 81 l. TC). In Lussemburgo, la decisione circa la questione di costituzionalità deve essere “necessaria” per rendere il giudizio finale (art. 6 l. TC). In Turchia, il giudice deve ritenere incostituzionale la norma applicabile al caso, oppure essere convinto della serietà dell’eccezione avanzata dalla parte. In quest’ultimo caso, qualora abbia dubbi, la sottoponibilità del caso alla Corte costituzionale viene decisa dal giudice di appello (art. 152 Cost.).

Di dubbia collocazione il caso francese, dove il legislatore organico parla di questione “seria” e di disposizione «applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites». Anche l’ordinamento del Kosovo è collocabile a metà strada, in quanto si parla di “applicazione diretta” riguardo al caso pendente e si richiede che la legittimità della norma sia una preconditione per la soluzione del caso (art. 51 l. TC).

In Russia, il legislatore ha differenziato i requisiti di ammissibilità della questione, a seconda del tipo di atto impugnato: nel caso di una legge generica, richiede che il giudice *a quo* sia “arrivato alla conclusione” che la norma da applicare al caso è incostituzionale; invece, nel caso di applicazione da parte della Federazione di una legge o sue singole disposizioni in presunta violazione di diritti fondamentali, è sufficiente che la incostituzionalità sia solo “possibile” (art. 101 l. TC).

Ulteriori requisiti possono essere richiesti ai fini dell’ammissibilità della questione. In Belgio, ad es., il giudice non è tenuto a sollevarla, su istanza di parte, quando la Corte costituzionale si è già pronunciata su una questione o un ricorso avente identico oggetto (art. 26, § 2, n. 2 l. TC). La legge determina inoltre, al § 4 dello stesso articolo, la priorità fra giudizio di costituzionalità e convenzionalità: quando la norma viola un diritto ugualmente riconosciuto nel titolo II della Costituzione e dal diritto europeo o internazionale, il giudice *a quo* deve dare precedenza alla questione di costituzionalità. Se invece è invocata solo la violazione del diritto europeo e internazionale, il giudice deve, anche d’ufficio, valutare se c’è una norma costituzionale di analogo contenuto nel titolo II. In entrambi i casi, tuttavia,

non è precluso sollevare anche questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Similmente al Belgio, in Cile la questione è inammissibile qualora sia proposta contro una norma che è già stata dichiarata conforme a Costituzione dal Tribunale in altro tipo di giudizio, quando il vizio invocato è lo stesso. Si tratta del coordinamento necessario fra i diversi tipi di controllo di costituzionalità previsti in ciascun ordinamento. Anche in Francia, a seguito della riforma del 2008 e della introduzione della QPC (*question prioritaire de constitutionnalité*) il legislatore organico ha sancito la medesima regola (art. 23.2, n. 2 l. TC). Ha inoltre fissato l'ordine di priorità tra questione di costituzionalità e giudizio di convenzionalità, imponendo alle Corti supreme di pronunciarsi immediatamente sulla prima.

Disposizioni simili, che escludono la proponibilità dell'eccezione qualora la Corte si sia già pronunciata sulla disposizione impugnata, si trovano anche in Lussemburgo (art. 6, lett. c, l. TC), Moldavia (art. 29 reg. TC), Repubblica di San Marino, dove, se la questione è stata sollevata in via diretta, non può essere riproposta in via incidentale, a prescindere dall'esito (art. 13.3 l. TC).

Come per il ricorso diretto, anche rispetto all'eccezione di incostituzionalità è possibile verificare se la Corte costituzionale è vincolata al *petitum* e alla *causa petendi*, così come formulati dal giudice nell'ordinanza di rinvio, o se viene riconosciuto il potere di manipolare in qualche modo l'oggetto del giudizio. Questa sub-classificazione può smentire o confermare, a seconda dei casi, la tesi, sostenuta da una parte della dottrina, della sovrapposizione fra giudizio incidentale e giudizio concreto. Da questa prospettiva, l'oggetto del giudizio dovrebbe essere limitato dal requisito della rilevanza, e dunque non modificabile dalla Corte. Solo tale impostazione permetterebbe infatti il permanere del legame necessario fra la fase *a quo* e la fase *ad quem* del processo. Ciò è espressamente previsto in Kosovo (art. 53 l. TC), mentre in Belgio l'art. 27, § 2 l. TC afferma che la Corte può riformulare la questione pregiudiziale. In Italia, la Corte dichiara l'incostituzionalità nei limiti dell'impugnazione, ma può estenderla d'ufficio alle disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza della decisione adottata (art. 27 l. TC). Anche in Spagna è contemplato il caso della dichiarazione di illegittimità consecutiva, e in più si afferma che il *Tribunal* può utilizzare come parametro qualunque disposizione costitu-

zionale, anche se non invocata nell'ordinanza di remissione (art. 39 l. TC).

Ulteriore requisito di ammissibilità può essere individuato nell'obbligo di aver esperito un tentativo di interpretazione conforme alla Costituzione della norma impugnata. In Italia, la condizione è stata imposta ai giudici *a quo* dalla Corte costituzionale. Essa si basa sul principio per cui una disposizione si dichiara incostituzionale quando l'unica sua interpretazione possibile è incostituzionale, e non perché lo è una fra le tante astrattamente ammissibili³³. La dottrina dell'interpretazione conforme, per come applicata in Italia negli ultimi vent'anni, è stata fortemente criticata perché, se da un lato invita i giudici ordinari ad assumersi un ruolo maggiore nella funzione di garanzia costituzionale, accentuando il carattere diffuso del "sistema incidentale", dall'altro implica spesso la rinuncia della Corte costituzionale al suo ruolo di guida nell'interpretazione costituzionale. Si legittima così il moltiplicarsi di interpretazioni "fantasiose" sulla medesima disposizione, che in assenza di meccanismi di adeguamento all'interno della giurisprudenza ordinaria, rischia di minare la certezza del diritto e di attribuire troppa discrezionalità ai giudici nella scelta delle questioni da sollevare alla Corte, senza idonee garanzie di tutela a favore delle parti, le quali non possono impugnare la scelta del giudice *a quo* di negare la proposizione dell'eccezione.

2.5. *L'accesso nella famiglia di common law: solo incidentale?*

In letteratura è ben radicata la percezione che gli ordinamenti costituzionali variamente riportabili alla *common law* praticino sistemi nomocratici ad accesso incidentale e di natura tendenzialmente "concreta". Già s'è ricordato che l'appartenenza a una famiglia giuridica ha effetti sull'ordinamento e, quindi,

³³ Sent. Corte costituzionale 356/1996: «In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». A partire dagli anni Novanta, questa posizione della Corte ha di gran lunga superato quella che chiedeva al giudice *a quo* di attenersi al diritto vivente nell'interpretazione delle disposizioni, scegliendo, fra quelle possibili, la norma come applicata dalla giurisprudenza ordinaria.

sulla tipologia di controllo esercitato (v. *supra*, Introduzione, § 1). In *common law*, verte su *cases and controversies* rispetto ai quali devono essere integrate le condizioni dell'azione nel processo (civile o penale); accentua la centralità delle Corti nell'interpretazione e attuazione della Costituzione; vede la riproposizione dell'eccezione di illegittimità costituzionale seguire gli ordinari mezzi di gravame. V'è a tal punto identità tra diritto processuale ordinario e costituzionale che le stesse modalità di accesso alle corti potrebbero essere oggetto di sindacato di costituzionalità³⁴.

In definitiva, le «procedural and evidentiary rules respecting judicial review» applicate in sede di giustizia costituzionale sono le stesse che le corti utilizzano nell'esercizio delle «ordinarie» funzioni giurisdizionali³⁵. Di più: il legame tra giurisdizione, forma di Stato e costituzione innerva a tal punto il sistema, che si è ragionato di «constitutionally obligatory jurisdiction of the federal courts»³⁶, estesa, in Canada e Australia, alle corti istituite dai livelli provinciale/statale di governo³⁷. Non a caso, la stessa Corte suprema canadese ha stabilito che il sistema degli appelli si applichi anche alle impugnative, innanzi alla Corte suprema, di *advisory opinions* rese su *reference* di corti provinciali³⁸.

Negli Stati Uniti il *writ of certiorary* “filtra” l'accesso alla giurisdizione anche costituzionale della Corte suprema. In Canada e Australia, la devoluzione delle questioni di legittimità per via ordinaria si basa sulla concessione dell'ordinario *leave to appeal* da parte del giudice *a quo* o di un eventuale *special leave* da parte della corte di vertice³⁹. Le strettoie all'accesso determinate

³⁴ Così, ad es., è per la *certification of questions*: cfr. J. R. Nash, *Examining the Power of Federal Courts to Certify Questions of State Law*, *Cornell Law Rev.*, Vol. 88, N. 6, 2003, 1721.

³⁵ Hogg, *Constitutional Law*, cit., 15-2.

³⁶ W. A. Fletcher, *Congressional Power over the Jurisdiction of Federal Courts: The Meaning of the Word “All” in Article III*, *Duke Law Journal*, Vol. 59, N. 2, 2010, 932.

³⁷ Per il Canada v. T. A. Cromwell, *Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada*, *South Carolina LR*, 46, 1994-1995, 1026. Per l'Australia cfr. le ss 17 (State Supreme Courts invested with jurisdiction in Chambers), 35 (Appeal from courts of States) e 35A (Appeals from Supreme Court of a Territory) *Judiciary Act* 1903.

³⁸ *Dominion Cannery Ltd v. Costanza*, [1923] SCR 46,62, (1922) in *Re Sproule*, 1886 12 SCR 140 1886.

³⁹ Cfr. la s 40.1 *Supreme Court Act* 1875 («an appeal lies to the Supreme

dalla concessione del *leave* sono peraltro rilassate da una concessione spesso generosa dello *standing*: in Canada, ad es., è praticata una «liberal standing doctrine in constitutional matters», che poggia sulla seguente premessa: «there must be a mean available to a citizen to take the issue of constitutionality before a court»⁴⁰. Vi è, poi, varietà di *remedies* ordinari esperibili nella *constitutional litigation*. In Canada, almeno, si danno: a) «interlocutory stays of proceedings to suspend the application of a law pending a final ruling on its constitutionality»; b) «the use of a period of suspension of the operation of a declaration of invalidity in order to avoid a vacuum while, at the same time, giving the government an opportunity to cure the constitutional problem»; c) «The third device is the Court's "reading in" provisions in order to make legislation constitutional»⁴¹. In Australia vi sono molteplici *remedies*, e i *writs of mandamus, prohibition, and injunction* contro funzionari federali (sez. 75(v)) sono definiti *constitutional writs*. Ma le corti possono anche emanare «quashing decisions of lower courts or tribunals (certiorari), preventing the usurpation of an office (quo warranto), and requiring

Court from ... the highest court of final resort in a province ... where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.) Anche la s 35A (Criteria for granting special leave to appeal) del *Judiciary Act* 1903: «In considering whether to grant an application for special leave to appeal to the High Court under this Act or under any other Act, the High Court may have regard to any matters that it considers relevant but shall have regard to: ... (i) that is of public importance, whether because of its general application or otherwise; or (ii) in respect of which a decision of the High Court, as the final appellate court, is required to resolve differences of opinion between different courts, or within the one court, as to the state of the law; and (b) whether the interests of the administration of justice, either generally or in the particular case, require consideration by the High Court of the judgment to which the application relates».

⁴⁰ Cromwell, *Aspects*, cit., 1033. V. anche T. A. Cromwell, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*, Toronto, 1986. Sullo *standing* in Australia v. Aroney, *The High Court of Australia*, cit., 44. Lo stesso accade in molti ordinamenti africani, nei quali il sistema processuale (costituzionale) replica quello anglosassone: Hatchard, Ndulo, Slinn, *Comparative Constitutionalism*, cit., 176.

⁴¹ Cromwell, *Aspects*, cit., 1038.

the liberation of an unlawfully imprisoned person (habeas corpus)»⁴².

Il fatto è che, negli ordinamenti di *common law*, l'accesso incidentale non basta, di per sé, a qualificare come nomocratico il sistema di controllo di legittimità costituzionale. In primo luogo, l'accesso per via di eccezione è – come s'è visto – presente anche in sistemi c.d. concentrati. In *common law* e in *civil law* tutti i giudici sono chiamati, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, a conferire alle norme processuali ordinarie un tono costituzionale: in sede di ammissibilità della questione, la funzione di filtro è, infatti, rimessa ai giudici stessi. Anche nei sistemi continentali accentrati, dunque, non si sottrae ai giudici *a quibus* un primo sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi.

Inoltre, il sistema processuale di *common law* non necessariamente ha caratura nomocratica: i *cases and controversies* cui le disposizioni costituzionali e legislative fanno riferimento sono 'ordinari' giudizi di parti, occasionati dall'attività legislativa, regolamentare, amministrativa e – perché no? – contrattuale dei pubblici poteri. Se si guarda all'atto oggetto del giudizio, in altre parole, ogni attività (non solo quella legislativa) costituzionalmente rilevante dei pubblici poteri è scrutinabile dal giudice. Sotto questo riguardo, vien fatto di notare che mediante l'esercizio della unitaria funzione giurisdizionale di tono costituzionale, i giudici possono amministrare una pluralità di forme di controllo: conflitti interorganici, intersoggettivi, tutela dei diritti, contenzioso elettorale, ecc. All'*unitarietà* della funzione giurisdizionale corrisponde, cioè, il *pluralismo* delle forme di controllo.

Non va dimenticato, infine, che la presenza di una *original jurisdiction* offre un ulteriore argomento per rileggere l'impostazione tradizionale, che vuole l'accesso "diffuso" e articolato lungo il sistema delle impugnazioni. Non solo, infatti, la giurisdizione costituzionale è qui "accentrata", ma è pure "in unica istanza".

Circa la diffusione del sistema, non può poi dimenticarsi come nei sistemi di *common law* la giurisdizione ordinaria non necessariamente coincida con quella costituzionale. Mentre la prima compete a tutti i giudici, la seconda di solito è radicata nelle corti

⁴² Aroney, *The High Court of Australia*, cit., 44.

superiori (*courts of records*). Ciò significa che le corti inferiori non possono conoscere di questioni di legittimità costituzionale⁴³. Lo conferma, ad es., la Costituzione del Belize: all'art. 96, essa stabilisce che, «where any question as to the interpretation of this Constitution ... arises in any court of law established for Belize (other than the Supreme Court or the Court of Appeal), and the court is of the opinion that the question involves a substantial question of law, the court shall refer the question to the Supreme Court». Si tratta di una vera eccezione di legittimità costituzionale, non differente da quella conosciuta nei sistemi accentrati: essendo preclusa la cognizione della causa ai giudici inferiori, essa va sollevata innanzi al giudice competente per le questioni di tono costituzionale⁴⁴. Lo stesso vale per le *Devolution issues* nel Regno Unito: queste possono essere sollevate nel corso di un ordinario giudizio, ma la risoluzione della questione è rimessa alle giurisdizioni superiori (v. *infra*, Cap. IV, § 1).

Non va dimenticato, infine, che in numerosi ordinamenti caraibici, africani e asiatici già colonie inglesi, le disposizioni costituzionali contengono delle *redress clauses*: si tratta di un rimedio 'aggiuntivo' rispetto a quello ordinario, che ha ad oggetto i soli diritti costituzionalmente garantiti. Certo, l'azione va esperita innanzi alle giurisdizioni ordinarie, le quali, tuttavia, hanno sul punto *original jurisdiction*⁴⁵. Esse hanno qualificato come 'sussidiaria' tale modalità di *constitutional complaint*: per un verso, non è ammesso il cumulo di azioni (ordinarie e *in complaint*) a tutela del medesimo diritto; per altro verso, le corti possono rigettare «exercises of these powers if [they are] satisfied that adequate means of redress are or have been available to the person concerned under any law»⁴⁶.

Né, infine, sembra qualificarsi come carattere differenziale del sistema nomocratico di *common law*, la tendenziale concre-

⁴³ Per l'India v. Tewari, Saxena, *The Supreme Court of India*, cit., 139 per i quali «Only the Supreme Court and the high courts can be called constitutional courts, because they are the only courts that decide legal issues».

⁴⁴ Cfr. altresì sez. 102 Cost. Granada, sez. 105 Cost. Saint Lucia, sez. 105 Cost. Trinidad and Tobago, sez. 123 Cost. Guyana, sez. 105.1 Cost. Botswana. Lascito dell'influenza del diritto processuale di *common law* si dà anche nella sez. 170 Cost. Sudafrica: le *magistrates' courts* devono deferire la questione alle *courts of records*.

⁴⁵ Cfr. ad es. sez. 32 Cost. India.

⁴⁶ Hendry, Dickson, *British Overseas*, cit., 175.

tezza dello stesso: non solo perché esistono molteplici casi, come si vedrà, di *reference* sollevabili innanzi alla giurisdizione costituzionale (v. *infra*, Cap. VI, § 5), quanto (e soprattutto) perché, in materia di controllo di sovranità “federale” (v. *infra*, Cap. IV), sono pure esperibili controlli, preventivi e/o successivi (quindi, astratti) di costituzionalità in via diretta.

E, forse, a qualificare l’accesso tipico di *common law* rimane il tendenziale assoggettamento del giudizio costituzionale al diritto processuale comune⁴⁷.

3. L’oggetto del controllo di costituzionalità

Oggetto del giudizio di costituzionalità nel modello nomocratico sono singole norme o atti normativi, che l’ordinamento ammette al controllo; oppure, nel caso di un giudizio *a quo*, le norme che il giudice dovrebbe applicare, nel rispetto delle regole di funzionamento del processo.

Una prima distinzione rilevante per definire l’oggetto del giudizio è quella fra disposizione e norma. Nella dottrina italiana si suole affermare che il procedimento si instaura su disposizioni, ma il giudizio è reso su norme. Di qui la tipologia “interpretativa” di decisioni delle Corti costituzionali (v. *infra*, § 6).

Nella riflessione kelseniana sulla giustizia costituzionale, che è diretta derivazione della teoria della costruzione gerarchica dell’ordinamento, la garanzia della Costituzione equivale a «garanzia della regolarità delle regole immediatamente subordinate alla costituzione, cioè, essenzialmente, garanzia della costituzionalità delle leggi»⁴⁸. Tuttavia, i criteri utilizzati da Kelsen per

⁴⁷ Lo conferma la disciplina dell’accesso alla Corte suprema: a parte l’*Original Jurisdiction* (esclusiva o meno), contenuta all’art. III US Cost., tutte le altre modalità sono disciplinate dal diritto processuale federale comune: 1) appello diretto su decisioni di Corti distrettuali a ‘tre giudici’ (28 US Code, 1253); 2) *Review* delle decisioni delle *Courts of Appeal* per *writ of certiorari* e *certification of question* (28 US Code, 1254); *Review* delle decisioni delle *High Courts* statali tramite *writ of certiorari* (28 US Code, 1257); *Review* delle decisioni della *Supreme Court of Puerto Rico* tramite *writ of certiorari* (28 US Code, 1258); *Review* delle decisioni della *United States Court of Appeals for the Armed Forces* tramite *writ of certiorari* (28 US Code, 1259); *Review* delle decisioni della *Supreme Court of the Virgin Island* tramite *writ of certiorari* (28 US Code, 1260).

⁴⁸ Kelsen, *La garanzia giurisdizionale*, cit., 148.

definire l'oggetto del controllo sono molteplici: *formale* (tutti gli atti che hanno la forma della legge, a prescindere dal contenuto); *organico* (atti del Parlamento e di altri organi legislativi, come ad es. i regolamenti); *gerarchico* (tutti gli atti aventi la forza di legge, quindi immediatamente subordinati alla Costituzione: decreti legislativi, ordinanze di necessità, trattati internazionali); infine, *contenutistico*, (gli atti a contenuto generale e astratto, per cui anche i regolamenti amministrativi generali). Il discrimine sta nell'assicurare che tutti gli atti immediatamente subordinati alla Costituzione siano sottoposti a controllo; rileva poi la distinzione fra la giurisdizione costituzionale e quella dei tribunali amministrativi; dunque, la contrapposizione tra atti giuridici generali e individuali.

Nelle Costituzioni più antiche, l'oggetto del controllo di costituzionalità è limitato alle leggi e agli atti aventi forza di legge (Italia, Spagna, Uruguay), cui possono aggiungersi i regolamenti parlamentari (Francia, Turchia).

I cicli costituzionali successivi al crollo dell'URSS e alla fine delle dittature in America latina hanno prodotto sistemi di giustizia costituzionale dove il controllo è pressoché *completo*, poiché verte su ogni atto normativo emanato da pubblici poteri. In Lituania, ad es., sono oggetto di controllo tutti i tipi di legge, incluse quelle di revisione costituzionale, e gli atti emanati da Parlamento, Governo, Presidente della Repubblica (art. 63), oltre alle stesse decisioni della Corte costituzionale (art. 53 reg. TC). In Ucraina, l'art. 13 della legge sulla Corte include nel novero degli atti impugnabili quelli del Parlamento nazionale di Crimea, del Presidente della Repubblica, del Governo, dei Ministri, e i trattati internazionali. In Serbia, l'art. 167 Cost. include leggi e altri atti generali, trattati, statuti e atti generali delle province autonome e delle unità di autogoverno. Nella Costituzione slovena, l'art. 160 parla di leggi e altri regolamenti, regolamenti delle comunità locali, atti generali di autorità pubbliche. In Tagikistan, sono oggetto di controllo (*ex art. 34.2 l. TC*) leggi, risoluzioni comuni delle Camere, atti del Governo, del Presidente della Repubblica, atti di indirizzo della Corte suprema e del Consiglio economico di Stato, atti ministeriali, atti di altre agenzie statali, atti normativi delle Regioni e delle Città autonome, atti normativi degli organi degli enti locali (città, villaggi, distretti). In Uzbekistan, sono incluse le leggi, le risoluzioni delle Camere, i decreti del Presidente della Repubblica, le risoluzioni

del Governo e degli organi locali, i trattati e le obbligazioni assunte dallo Stato (art. 2.1 reg. TC).

Veniamo all'America latina. In Nicaragua, la legge sull'*amparo*, riferendosi al ricorso per incostituzionalità, indica come oggetto del sindacato leggi, decreti e regolamenti, includendo quindi anche il controllo di legalità, mentre è escluso espressamente il controllo sulla Costituzione stessa o sue revisioni, se non per vizi di procedimento (art. 9). A Panama, la legge prevede una elencazione non tassativa che include leggi, decreti governativi, decreti leggi, decreti, statuti, accordi e risoluzioni e ulteriori atti provenienti da autorità pubbliche (art. 2554.3 l. TC). In Perù, tutti gli atti normativi sono oggetto di uno specifico controllo, attraverso i due procedimenti di azione popolare, per atti sub-legislativi (regolamenti, norme amministrative e risoluzioni di carattere generale: art. 75), e di ricorso di incostituzionalità, per leggi, atti aventi forza di legge, decreti di urgenza, trattati, norme regionali di carattere generale e ordinanze municipali (art. 77). Nella Repubblica dominicana si parla di «leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas» (art. 36 l. TC). In Venezuela, la competenza della Sala costituzionale della Corte suprema riguarda le leggi e gli atti aventi forza di legge, tutti gli atti normativi degli Stati federati e dei Municipi, gli atti con forza di legge dell'Esecutivo e qualsiasi atto di un potere pubblico adottato in attuazione della Costituzione (art. 336 Cost.).

In alcuni ordinamenti, la natura parlamentare o popolare di una legge determina una distinzione per quanto riguarda il sindacato di costituzionalità dell'atto. Il caso più eclatante è quello francese, dove le *lois référendaires* hanno lo *status* di leggi ordinarie. Il *Conseil*, prima nel 1962 e nuovamente nel 1992, ha tuttavia sottratto a controllo di costituzionalità tali atti normativi⁴⁹.

⁴⁹ Cfr., fra i tanti, R. Capitant, *Démocratie et participation politique dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris et al., 1972, 157 ss.; F. Hamon, *L'extension du référendum: données, controverse, perspectives*, *Pouvoirs*, N. 77, 1996, 122; D. Rousseau, *L'équivoque référendaire*, <https://www.college-de-france.fr>, 12; L. Favoreu, *Le problème du contrôle du référendum en France*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998, 263 ss.; G. Conac, J. Le Gall, *Article 11*, in F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot, *La Constitution de la République française*.

Nella dec. n. 62-20 DC del 6 novembre 1962, sulla legge referendaria di approvazione della procedura di elezione diretta del Presidente della Repubblica, il *Conseil* affermò che la competenza attribuitagli dalla Costituzione non copre le leggi referendarie, in quanto «constituent l'expression directe de la souveraineté nationale». Il medesimo testo fu riproposto nella dec. n. 92-313 DC del 23 settembre 1992, sulla legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato sull'Unione europea (TUE)⁵⁰. Si sostiene che tale modalità di controllo sia stata esclusa sin dal principio per non alterare l'equilibrio interno alla forma di governo, al fine di escludere un controllo giurisdizionale sui poteri propri del Presidente della Repubblica⁵¹. A sostegno ulteriore di tale argomentazione, si ricorda che le leggi referendarie, escluse dal controllo di costituzionalità, sono invece sottoposte a quello di convenzionalità. Nell'*arrêt Sarran* del 30 ottobre 1998, pronunciato dal Consiglio di Stato, si sottolinea la differente natura dei due controlli: il controllo di costituzionalità è limitato alle leggi parlamentari e dalla funzione del *Conseil* quale organo regolatore dei poteri pubblici; il controllo di convenzionalità guarda indistintamente a tutte le fonti primarie.

Anche in Angola, l'art. 26.2 I. TC esclude dal controllo di costituzionalità le leggi approvate con referendum. Negli Stati Uniti, la legislazione popolare è disciplinata solo a livello statale. Il *judicial review* non è formalmente escluso rispetto a leggi approvate direttamente dal popolo tramite *initiative* o referendum, tuttavia la dottrina⁵² ha dimostrato come le corti siano spesso restie a sanzionarle, per la diretta legittimazione popolare dei giudici, per cui essi possono ritenere sconveniente interferire con l'esercizio dei diritti politici del proprio bacino elettorale⁵³. Inoltre, quando il parametro è rappresentato dal diritto statale, la Corte suprema statale ha di fatto l'ultima parola soltanto laddove nello Stato non sia prevista l'*initiative* costituzionale, oppure il *recall* dei giudici⁵⁴.

Analyses et commentaires, Paris, 2008³, 427 e 433; M. Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Paris, 2004, 43-46.

⁵⁰ Cfr. in particolare Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle*, cit., 55 ss.

⁵¹ Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle*, cit., 58-61.

⁵² K.P. Miller, *Direct Democracy and the Courts*, New York, 2009.

⁵³ Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle*, cit., 76.

⁵⁴ K. P. Miller, *The California Supreme Court and the Popular Will*, *Chap. L. Rev.*, N. 19, 2016, 153: «These controversies showed that, under California's constitution, the people, not the courts, have the last word on the state

Infine, alcune Costituzioni escludono espressamente dal controllo atti che altrimenti vi sarebbero soggetti. In Turchia, ad es., sono sottratti a qualunque tipo di controllo i decreti presidenziali emanati in stato di emergenza o in periodo di guerra (art. 148), mentre la legge sulla Corte, all'art. 42, esclude tutta una serie di atti approvati a seguito della rivoluzione kemalista.

Le leggi o i regolamenti di procedura possono restringere o ampliare l'oggetto del controllo di costituzionalità in concreto. Questo avviene attraverso clausole che permettono alla Corte di pronunciarsi anche su disposizioni non espressamente impugnate, ma la cui applicazione dipende da queste ultime (incostituzionalità consecutiva o derivata o consequenziale). Ad es., in Germania, l'art. 78 *BVerfGG* stabilisce che «If further provisions of the same law are incompatible with the Basic Law or other federal law for the same reasons, the Federal Constitutional Court may void them as well». Ugualmente dispongono anche le leggi italiana e spagnola⁵⁵. In Turchia, la legge riconosce alla Corte la possibilità di annullare le norme dell'atto non impugnate, o addirittura l'atto nella sua interezza, qualora abbiano perso la loro capacità di restare vigenti in maniera autonoma (art. 43.4).

I sistemi di giustizia costituzionale più recenti hanno recepito gli istituti descritti, spesso ampliandone la portata, ad es., a disposizioni simili per contenuto a quelle impugnate, oppure ad atti variamente rilevanti per la causa. In Macedonia, la legge concede alla Corte di ampliare l'oggetto del controllo, senza condizioni particolari (artt. 12 e 14), coerentemente con la facoltà di auto-impugnazione di norme attribuita alla Corte stessa. Anche in Slovenia la Corte non è vincolata all'impugnazione,

definition of rights – so long, of course, as their decisions do not contravene federal law». Se la seconda fattispecie è statisticamente poco significativa (ma si è verificata in California almeno in un caso eclatante, contro tre giudici della Corte suprema nel 1932), la prima evenienza è presente in ventiquattro Stati. Ciò significa che i promotori di una legge dichiarata incostituzionale possono iniziare un procedimento di emendamento della Costituzione, a seguito del quale il potere giudiziario non potrà più intervenire contro un contenuto in precedenza giudicato incostituzionale, se non facendo appello a una lesione del diritto federale.

⁵⁵ In Italia, ex art. 27 l. 87/53, «Essa dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata». In Spagna, l'art. 39 LOTC similmente attribuisce al Tribunale il potere di dichiarare la nullità di altre disposizioni dell'atto impugnato a cui si estende per connessione o conseguenza.

potendo sindacare anche altre disposizioni della legge, o altri atti normativi, qualora ciò appaia necessario per risolvere il caso, o le nuove disposizioni siano mutualmente correlate a quelle impugnate (art. 30 l. TC). In Moldavia, il codice costituzionale autorizza la Corte a giudicare anche atti non impugnati, la cui costituzionalità dipenda in tutto o in parte dalla costituzionalità dell'atto sottoposto a scrutinio. In Tagikistan, la legge specifica che la Corte può annullare atti non impugnati, adottati sulla base di quello oggetto di ricorso, o il cui contenuto ripete quello impugnato o contempla le medesime circostanze applicative (art. 6). Disposizioni simili si rinvergono in Bielorussia (art. 54 l. TC) e Uzbekistan. In Ucraina, la Corte può sanzionare norme o atti non impugnati, qualora abbiano un impatto o un rilievo nella decisione sul caso principale.

Quanto agli ordinamenti dell'America latina, si parla delle norme cui deve estendersi la dichiarazione di incostituzionalità per connessione o conseguenza: così in Perù e Colombia, con disposizioni che richiamano l'art. 39.1 LOTC spagnola. Per l'art. 90 l. TC dell'Honduras la sentenza di incostituzionalità può riguardare anche altri precetti della legge impugnata o addirittura altri atti non sottoposti a controllo, se ed in quanto abbiano una relazione diretta e necessaria con i primi. In Nicaragua, la Corte suprema può ampliare di propria iniziativa l'oggetto del giudizio, ma solo qualora l'impugnazione dell'atto sia stata parziale, estendendo così il controllo all'intero provvedimento normativo (art. 22.2 l. *amparo*).

Al contrario, in Portogallo e Mozambico, sulla base di due disposizioni analoghe, le Corti possono pronunciarsi solo sulle disposizioni impugnate (art. 51 e art. 62 delle rispettive l. TC). Così avviene in Georgia – dove legge e regolamento della Corte vietano espressamente al Tribunale di pronunciarsi su disposizioni o atti non impugnati (art. 11 e 26)⁵⁶ – e Polonia: la legge dichiara il Tribunale vincolato all'ambito del ricorso, ossia all'atto impugnato (art. 67 l. TC).

Infine, alcuni casi particolari di definizione dell'oggetto del controllo si trovano in Croazia e in Turchia. Quanto al primo si-

⁵⁶ In Georgia, il livello di concretezza del giudizio costituzionale è difeso strenuamente e coerentemente nella disciplina del processo. Si prevede infatti che il ricorrente possa ridurre discrezionalmente l'oggetto del giudizio e possa altresì rinunciare alla causa.

stema, la legge disciplina espressamente un caso che già Kelsen aveva considerato, ossia la sindacabilità di atti non più in vigore. L'art. 56 ne ammette l'impugnazione, salvo non sia trascorso più di un anno dalla data della perdita di vigenza. In Turchia, la legge sottrae al controllo di costituzionalità una serie di codici relativi a pratiche culturali come l'uso dell'alfabeto turco, o il portamento di certi tipi di vestiti, creando dunque una presunzione *iuris et de iure* di compatibilità con la Costituzione (art. 42.2). La disciplina trova fondamento nella volontà di tutelare i capisaldi del nazionalismo kemalista nella nuova Costituzione del 1982.

4. Il parametro

Il parametro identifica la/le disposizione/i che costituiscono il termine di confronto usato dalla Corte, cui la legislazione ordinaria (e, in generale, ogni fonte subordinata) devono conformarsi. La dottrina francese⁵⁷ ha introdotto a riguardo l'espressione «*bloc de constitutionnalité*», oggi diffusa in tutto il mondo⁵⁸, tanto che le Costituzioni più recenti, come quelle latinoamericane, traducono l'espressione in «*bloque de constitucionalidad*».

Nel controllo di costituzionalità sugli atti normativi, il parametro di solito coincide con l'intera Costituzione. Questa affermazione, che all'apparenza può sembrare tautologica, può nascondere in realtà un'approssimazione per difetto o per eccesso. Infatti, l'estensione del parametro è un interessante sotto-criterio di classificazione, all'interno del modello nomocratico.

Può esserci un ampliamento rispetto al testo costituzionale: si pensi ai Preamboli in Francia, attratti dal *Conseil* nel parametro (v. *supra*, Cap. II, § 5 e Cap. III, § 4)⁵⁹; alle cc.dd. norme

⁵⁷ L. Favoreu, *Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mélanges Eisenmann, Cujas, 1975, 33.

⁵⁸ P. L. Manili, *Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad*, in E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez, G.A. Figueroa Mejía (Coords), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, t. I, México, D.F., 2014, 122 ss.

⁵⁹ J. Tajadura Tejada, *El preámbulo constitucional*, Granada, 1997; A. Torres del Moral, J. Tajadura Tejada (dir.), *Los preámbulos constitucionales*

interposte, che sono disposizioni di rango sub-costituzionale richiamate espressamente nel testo della Costituzione a suo completamento o attuazione; all'apertura dell'ordinamento verso il diritto internazionale, transnazionale o sovranazionale.

Molti ordinamenti hanno costituzionalizzato, incorporandoli, i trattati, sancendone la supremazia sulla legislazione nazionale con essi in contrasto⁶⁰. A volte, questo avviene solo per alcune tipologie di trattati, segnatamente quelli sui diritti fondamentali (ad es.: Bosnia-Erzegovina, art. 3, lett. c; Repubblica di San Marino; Turchia, art. 90 u.c.; Argentina, art. 75, n. 22; Mozambico, art. 43; Brasile, art. 78.3, se approvati con la maggioranza dei 3/5; Qatar, art. 143; Arabia Saudita, art. 81). Nell'ambito dell'UE, o in attesa di entrarvi, alcuni Paesi hanno riconosciuto la prevalenza delle norme da quella prodotte su quelle interne in contrasto, qualora tale competenza normativa sia stata attribuita direttamente dal trattato (ad es., art. 122.3 Albania; art. 145 Croazia).

In alcuni casi il diritto internazionale è addirittura riconosciuto superiore alla stessa Costituzione (Kuwait, art. 177; Oman, art. 72). In Moldavia, l'interpretazione dei diritti costituzionali deve conformarsi alle norme della Dichiarazione universale dei diritti umani e dei Trattati che vincolano il Paese (art. 4.1). Lo stesso è previsto in Bolivia (art. 13.4, n. IV), Colombia (art. 93) ed Ecuador (art. 424).

Nei sistemi accentrati, in realtà, la costituzionalizzazione del diritto internazionale non necessariamente coincide con la sua parametrizzazione, in quanto in alcuni casi autorizza i giudici ordinari a esercitare un controllo diretto di convenzionalità,

en Iberoamérica, Madrid, 2001; J. F. Palomino Manchego (coord.), *El Preámbulo Constitucional Dialogado*, Lima, 2018.

⁶⁰ Dichiarano le disposizioni dei trattati internazionali sovraordinate rispetto a quelle della legge interna le Costituzioni di Armenia (art. 5); Croazia (art. 141); Francia (art. 55); Georgia (art. 6); Italia (art. 117.1); Kazakistan (art. 4.3); Kirghizistan (art. 6.3); Kosovo (art. 19); Lussemburgo (per giurisprudenza conforme sull'art. 37); Macedonia (art. 118); Marocco (preambolo); Moldavia (art. 4.2); Russia (art. 15.4); Slovenia (art. 153); Tagikistan (art. 10); Bolivia (art. 410); Ecuador (art. 425); Montenegro (art. 145); Serbia (art. 194); Senegal (art. 90); Guatemala (art. 46); Mozambico (art. 18); Repubblica dominicana (art. 74); Grecia (art. 28); Paraguay (art. 137); Olanda (art. 94); Mali (art. 116); Mauritania (art. 79).

La Germania riconosce in Costituzione la preminenza sulla legge alle sole norme del diritto internazionale generale (art. 25). Conservano invece ai trattati il valore di legge il Bahrein (art. 37) e l'Egitto (art. 93).

tramite disapplicazione delle norme contrarie al trattato, e financo alla giurisprudenza, ove prevista, della Corte istituita per vegliare sull'applicazione del trattato medesimo (v. *infra*, Cap. VII, § 3).

Può invece ridursi il ventaglio delle disposizioni-parametro, nei casi in cui il controllo normativo sia effettuato in relazione a particolari tipi di procedimento, come nei conflitti di competenza fra Stato/Federazione e Regioni/Stati federati, dove spesso il parametro è limitato agli articoli costituzionali che definiscono il riparto delle competenze legislative (v. *infra*, Cap. IV); oppure, nei giudizi di garanzia dei diritti costituzionali, quando l'oggetto dell'impugnazione è un atto normativo, dove il parametro è rappresentato dalle disposizioni che contemplano i diritti e le libertà fondamentali (v. *infra*, Cap. VI, §§ 8-9); o ancora, nel controllo sui progetti di revisione costituzionale, in cui molti ordinamenti limitano il controllo soltanto ai requisiti di forma⁶¹ (v. *infra*, Cap. V § 13). In Francia, la restrizione del parametro è legata al tipo di iniziativa processuale da cui sorge il contenzioso costituzionale. Infatti, il parametro nei giudizi promossi in base a una QPC è limitato esclusivamente ai diritti e alle libertà (art. 61-1 Cost., riformato nel 2008).

Una riduzione o una dilatazione del parametro conseguono alla configurazione del giudizio di costituzionalità, se come processo a tutela di interessi di parte o a garanzia di un interesse pubblico oggettivo. Il regolamento della Corte può limitare il controllo alle sole norme indicate come parametro dal ricorrente o dal giudice *a quo*, oppure può essere lasciata piena discrezionalità al giudice nello svolgere la propria funzione, anche oltre i parametri indicati nell'atto introduttivo⁶². Ad es., limita il parametro alle sole violazioni delle disposizioni indicate nel ricorso la Bosnia-Erzegovina (art. 31 l. TC). Il giudizio è invece espressione di un interesse oggettivo – con dilatazione del parametro – in Spagna (art. 39.2 LOTC) e Bolivia, dove il parametro nelle azioni costituzionali non è limitato alle norme indicate dai ricorrenti o dalle parti, ma s'estende in ogni caso a tutte le norme costituzionali (art. 77 l. TC). Non diversamente accade in Ecuador,

⁶¹ Cfr., ad es., art. 148.1 Cost. Turchia; art. 241, N. 1 Cost. Colombia.

⁶² Una via intermedia è quella cilena, dove l'art. 88 della legge sul giudizio costituzionale dichiara che è possibile estendere il parametro a disposizioni non richiamate dalle parti o dal giudice soltanto in via eccezionale.

Venezuela, Messico, Mozambico. In Brasile, il STF si riserva la discrezionalità di vagliare l'atto sottoposto a controllo in base ai parametri che ritiene opportuni⁶³. Il giudizio della Corte non è limitato dall'iniziativa nemmeno in Montenegro (art. 41 l. TC) e in Slovenia (art. 30 l. TC)⁶⁴.

I casi finora analizzati riguardano l'estensione materiale del parametro a fonti esterne al testo costituzionale, incorporate come norme interposte o alle quali viene riconosciuto un grado normativo superiore a quello della legge ordinaria, financo ad arrivare a un'equiparazione, se non addirittura a una sovra-ordinazione, rispetto alla Costituzione stessa.

Nelle Costituzioni brevi, come quella francese o belga, nonché in quelle più antiche, e ancor più in ordinamenti i cui testi costituzionali uniscono entrambe queste caratteristiche, come gli USA, l'ampliamento del testo formale della Costituzione, e dunque del parametro, avvenuto per via giurisprudenziale o attraverso successive riforme, corrisponde all'assunzione da parte della Corte costituzionale o suprema, di un maggior ruolo di garanzia dello "spirito della Costituzione". L'analisi diacronica conferma la relazione fra estensione del parametro costituzionale, evoluzione della forma o del tipo di Stato di un Paese, ruolo di garanzia svolto dalla Corte rispetto ai valori fondanti (i principi liberale o democratico, da un lato; quelli federale o regionale, dall'altro)⁶⁵.

Sulla genesi del controllo nomocratico negli Stati Uniti ci si

⁶³ Si v. ad es., ADI 561-MC, rel. min. Celso de Mello, *judgamento em 23-8-1995, Plenário, DJ de 23-3-2001*.

⁶⁴ In Ecuador, ciò riguarda i soli giudizi astratti: l'art. 76, N. 1 l. TC afferma infatti l'obbligo di controllare l'atto rispetto a tutte le norme costituzionali, anche se non invocate nel ricorso. L'art. 5 l. TC venezuelana stabilisce che nel controllo di costituzionalità concentrato non prevalga il principio dispositivo; la Corte può sopperire a qualsiasi mancanza o incongruenza del ricorso popolare. In Messico l'art. 71 della legge sui ricorsi diretti autorizza la Corte Suprema a fondare il suo giudizio su qualsiasi precetto costituzionale e sulla violazione di diritti umani stabiliti da qualunque trattato di cui il Messico è parte, anche se non sono stati espressamente invocati nel ricorso. In Mozambico, il Consiglio costituzionale può giudicare la disposizione impugnata anche rispetto a norme-parametro non invocate (art. 52 l. TC). La disposizione è ricalcata dall'art. 51 l. TC portoghese.

⁶⁵ Cfr. G. Pavani, *Il ruolo del parametro nella classificazione dei modelli di giustizia costituzionale*, saggio introduttivo al volume di M. Savona, *La dinamica dei parametri di costituzionalità nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel francese*, Bologna, 2004, 53.

è già trattenuti (v. *supra*, Cap. I, §§ 5-6). Qui basti ricordare che il *Bill of Rights* era composto dai soli primi dieci emendamenti, approvati nel 1791. Il XIV emendamento venne approvato soltanto nel 1868 (con i c.d. *civil war amendments*). In questo arco temporale, di ben 65 anni, la Corte dichiarò l'incostituzionalità di leggi federali soltanto in una decina di circostanze. Il secondo caso in cui la Corte suprema giudicò una legge federale incostituzionale fu *Dred Scott v. Sandford*, del 1857, ossia ben cinquantatquattro anni dopo *Marbury*. In un lasso di tempo analogo, e a partire dall'approvazione del XIV emendamento, ciò avvenne in ben quarantasei casi⁶⁶, nonostante il periodo di maggior attivismo giudiziario sia da collocarsi ancora più avanti, a partire dagli anni '50, con la Corte Warren e durante il movimento per i diritti civili⁶⁷.

Il parametro in Francia è stato oggetto di una evoluzione in senso espansivo, in considerazione del fatto che la Costituzione non propone un elenco di diritti fondamentali. Questa è la ragione per cui, tra il 1970 e il 1973, in una serie di pronunce già indicate (v. *supra*, Cap. II, § 5) il *Conseil* precisò di esercitare il controllo di costituzionalità anche in base al preambolo, che richiama la Dichiarazione del 1789 e il preambolo della Costituzione del 1946 e i principi generali della Repubblica ivi enunciati (dignità umana, uguaglianza, alcuni diritti economici, sociali e culturali, diritto di sciopero e diritti sindacali, la protezione della famiglia, ecc.)⁶⁸ e, dal 2004, la Carta dell'ambiente.

Infine, abbiamo già visto come in Belgio la giustizia costituzionale sia stata introdotta prima con funzioni di mero arbitratto, in corrispondenza del passaggio dallo Stato unitario a quello decentrato. Per tappe successive (1988, 2003, 2007 e 2014), la Corte si è trasformata in vero e proprio giudice costituzionale, attraverso riforme che hanno allargato il parametro; successiva-

⁶⁶ <https://law.justia.com>. V. anche W. E. Nelson, *Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 120, N. 6, 1972, 1168 s., dove il cambiamento di attitudine è spiegato con una modifica nella visione del ruolo politico dei giudici all'interno dello Stato repubblicano.

⁶⁷ J. E. Nowak, *Federalism and the Civil War Amendments*, *Ohio N.U.L. Rev.*, Vol. 23, 1209 ss.

⁶⁸ L. Favoreu, *El bloque de constitucionalidad*, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N. 5, 1990, 45 ss.

mente, l'intero Titolo II, sui diritti e le libertà dei Belgi, oltre agli artt. 170, 172 e 191 in materia fiscale e di protezione degli stranieri sul territorio (v. *supra*, Cap. II, § 14.2).

5. Le regole del giudizio costituzionale

L'espressione "regole del giudizio costituzionale", volutamente atecnica, è stata scelta per problematizzare in prospettiva comparata la natura del giudizio di costituzionalità. In Italia e Spagna, i primi giuristi che si sono occupati del tema sono stati i processualisti (Calamandrei, Cappelletti, Alcalá-Zamora); con il sedimentarsi della giurisprudenza delle Corti in tema di diritti fondamentali, la materia è stata attratta alla sfera della costituzionalistica, la quale, anche poggiando sulla storica diatriba Kelsen-Schmitt sul custode della Costituzione, ha dato un sostanziale contributo allo sviluppo della materia.

Come evidenziato (v. *supra*, Introduzione, § 1), in America latina si designa ciò che in Europa si chiama "giustizia costituzionale" con l'espressione diritto processuale costituzionale⁶⁹. La disciplina è tuttora contesa fra chi ne rivendica l'ascrizione all'area processualistica, in ragione delle origini scientifiche, e chi invece la colloca nel diritto costituzionale, facendo leva sull'aspetto sostanziale delle garanzie offerte⁷⁰. L'espressione *de-recho procesal constitucional*, dunque, non indica "solo" le re-

⁶⁹ Oltre agli autori citati *supra*, Introduzione, § 1 nota 10, v. R. Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, San José, 2001; D. García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, 2001; H. Fix-Zamudio, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, México, 2002; C. Landa, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Lima, 2003; S. Castañeda Otsu (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, 2003; A. Bordini Salamanca, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Santiago de Chile, 2003; S. B. Abad Yupanqui, *Derecho procesal constitucional*, Lima, 2004; E. Ferrer Mac-Gregor, A. Zaldívar Lelo de Larrea (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, XII tomos, México, 2008; E. Rey Cantor, *El Derecho Procesal Constitucional. Un Nuevo Concepto*, Bogotá, 2010; E. Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, 2013. Per la Spagna v. J. González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1980, che lo classifica come ramo del diritto processuale (53).

⁷⁰ Ferrer Mac-Gregor, *Diritto processuale costituzionale*, cit.

gole applicate al giudizio costituzionale, ma l'oggetto complessivo della materia⁷¹.

La scienza del diritto processuale riconosce nel giudizio costituzionale i caratteri propri del "processo". Già agli albori della giustizia costituzionale, i processualisti ragionavano sul "processo" costituzionale: il primo convegno internazionale di diritto processuale civile dopo la Seconda guerra mondiale, svoltosi in Italia, ebbe come tema centrale di discussione proprio i profili processuali del controllo giurisdizionale sulle leggi⁷². Si è poi sostenuto che l'elemento distintivo del «processo», come specie del più vasto genere «procedimento» (sequenza di norme, atti e posizioni soggettive, in vista del compimento di un atto finale), è il contraddittorio: «c'è "processo" quando in una o più fasi dell'*iter* di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, 'in contraddittorio', in modo che costoro possano svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tener conto, i cui ri-

⁷¹ In Italia, negli anni Novanta, si sviluppò una riflessione dottrinarica sul tema, ma l'espressione venne interpretata per lo più in senso restrittivo, ossia riferita all'insieme delle regole, di origine tanto legislativa che pretoria, che disciplinano i giudizi davanti alle Corti costituzionali. Cfr. P. Häberle, *El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional Concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán*, *Rev. Iberoam. Der. Proc. Const.*, N. 1, 2004, 15 ss. In Italia, nel medesimo senso, G. Bognetti, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, 221 ss., nonché gli altri interventi sul tema di C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, 63 ss., S. Panunzio, *Qualche riflessione sulla «elasticità» delle regole procedurali nel processo costituzionale*, 259 ss. e di G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, 105 ss., tutti in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990; A. Pizzorusso, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133 ss.; M. D'Amico, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, *Giur. it.*, 1990, 480 ss. La problematica natura del diritto processuale costituzionale è pure affrontata negli interventi di V. Angiolini, *La Corte senza il "processo" o il "processo" costituzionale senza processualisti*, e di P. Carrozza, *Il processo costituzionale senza processo*, nel volume a cura di R. Romboli, *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, nonché, più di recente, all'interno del dibattito sul valore delle norme integrative nel volume a cura di G. Famiglietti, E. Malfatti, P.P. Sabatelli, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, Torino, 2002.

⁷² Ass. it. per gli studiosi del processo civile, *Atti del congresso internazionale di diritto processuale civile, 20 settembre-3 ottobre 1950*, Padova, 1953.

sultati, cioè, egli può disattendere, ma non ignorare»⁷³. L'impostazione riconosce la sussistenza di questo elemento nel processo costituzionale, che è dunque una fra le diverse specie di processo all'interno di un ordinamento⁷⁴. A conferma di ciò sta l'analisi comparata della generalità dei giudizi costituzionali: laddove inizialmente non contemplata, la partecipazione delle parti nel processo costituzionale è stata successivamente inserita (così in Spagna, v. *infra*, in questo § *sub b*). Soprattutto negli ordinamenti con Costituzioni più recenti, poi, il “contraddittorio” è stato fortemente potenziato attraverso istituti come l'*amicus curiae* o il *concepto* (v. *infra* in questo § *sub b*)⁷⁵.

Tra i costituzionalisti italiani, la questione della natura processuale del giudizio sulle leggi non è centrale⁷⁶. È così apparsa incomprendibile la posizione di chi negava al giudizio costituzionale la natura di processo, affermando come «il passaggio dalla “procedura” al “processo” diventa, allora, un segno tangibile della raggiunta maturità di ogni ramo del diritto», «imposto in base ad esigenze di “giustizia”»⁷⁷.

In America latina, il contributo maggiore allo studio del giudizio costituzionale come processo è venuto dal giurista messicano Hector Fix-Zamudio, costituzionalista e allievo del processualista Alcalá-Zamora. Egli sostiene che il giudizio di *amparo* fu introdotto nella Costituzione messicana come forma di controllo della costituzionalità delle leggi⁷⁸ e che tale giudizio costituisce un processo autonomo che presenta i caratteri comuni individuati dalla teoria generale del processo (l'iniziativa, le parti, il contraddittorio, l'efficacia della sentenza, ecc.), declinati ri-

⁷³ E. Fazzalari, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, 1986, 11.

⁷⁴ *Ibidem*, 16.

⁷⁵ G. Harutyunyan, A. Nussberger, P. Paczolay, *Estudio sobre el acceso individual a la justicia constitucional, adoptado por la Comisión de Venecia en su 85ta Sesión Plenaria (Venecia, 17 y 18 de diciembre de 2010)*, Santiago de Chile, 2012, 60 ss.

⁷⁶ «Parlare di processi costituzionali, alludendo dunque alla caratterizzazione giurisdizionale, è quindi usare una formula assai poco impegnativa sul fondo della questione», cioè sulla “funzione” della giustizia costituzionale (G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, 1987, 1).

⁷⁷ D'Amico, *Dalla giustizia costituzionale*, cit., 494.

⁷⁸ H. Fix Zamudio, *Ensayos sobre del derecho de amparo*, México, 1993, 162.

petto alla specificità della funzione che assolve quel tipo di giudizio⁷⁹.

Una volta chiarita l'appartenenza del giudizio costituzionale al genere del «processo», possiamo a descrivere alcuni degli elementi che ne determinano la specificità rispetto ai processi in ambito civile, penale o amministrativo: a) la suddivisione dell'organo in sezioni, sale o senati; b) il ruolo delle parti e dei terzi; c) i poteri probatori delle corti; d) i meccanismi di deliberazione; e) i poteri cautelari.

a) *La suddivisione dell'organo in sezioni, sale o senati*

Per fronteggiare l'eccessivo carico di lavoro, numerosi sistemi accentrati hanno “duplicato” le Corti istituendo al loro interno, a seconda dei casi, sezioni, senati, *salas*, camere, composte di un numero ristretto di magistrati, a cui delegare in via esclusiva alcune competenze della Corte. Suddivisioni interne della Corte si trovano in Azerbaijan, Bosnia-Erzegovina, Georgia, Taiwan (camere), in Croazia, Haiti, Lettonia, Portogallo, Serbia, Slovenia, Russia, Turchia (sezioni), in Germania (*Senaten*); in Azerbaijan, Estonia, Kosovo e Slovacchia (*panels*); in Lettonia (divisioni); in Polonia (*benches*). Sono istituite *salas* in Spagna e in molti Paesi dell'America latina (Bolivia, Cile, Paraguay, Perù, Venezuela⁸⁰). In Brasile, la pluralità delle competenze assegnate al STF e la conseguente saturazione dei lavori che ne è derivata, ha portato addirittura ad ammettere forme particolari di decisioni monocratiche⁸¹.

In questi casi, il diritto processuale costituzionale regola la divisione di competenze tra le camere e il *plenum*⁸²; gli eventua-

⁷⁹ *Ibidem*, 84-85 e 103 ss.

⁸⁰ In Venezuela, la legge attribuisce al *plenum* del Tribunale Supremo la facoltà di istituire, a richiesta di una sala e qualora si accumulino più di cento cause per materia, sale speciali, con il fine di superare l'arretrato (art. 2 l. TC).

⁸¹ Secondo l'art. 13, n. VIII del Regolamento interno, il Presidente (o il suo Vice) può «decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias». Cfr. J. M. W. Gomes Neto, F. D. Santiago Lima, *From the 11 Islands to the Center of the Archipelago: The Superpowers of the Brazilian Supreme Court's Chief Justice during Judicial Recession and Vacation*, *Braz. J. Pub. Pol'y*, Vol. 8, 2018, 741-756.

⁸² Ad es., in Bolivia la l. TC indica i procedimenti di competenza del *plenum* (art. 28), quelli delle *salas* (art. 31), istituisce una sala specializzata per le consulte sull'applicazione del diritto indigeno (art. 32), istituisce commissioni di ammissibilità delle domande (art. 34). V. anche art. 37 l. TC Polonia o art.

li casi di avocazione della causa al *plenum*⁸³; le situazioni di contrasto giurisprudenziale fra le camere e fra queste e il *plenum*⁸⁴; l'impugnabilità della pronuncia della camera di fronte al *plenum*⁸⁵.

A tali ripartizioni viene spesso assegnato il compito di verificare i requisiti di ammissibilità delle questioni⁸⁶. Queste realizzano una prima selezione dei casi, dichiarandone eventualmente l'improcedibilità o la manifesta infondatezza, in modo da trasmettere al *plenum* solo quelli effettivamente maturi per un giudizio di merito. Nel sub-modello accentrato di controllo di costituzionalità, dove le Corti sono tenute a considerare tutte le domande presentate, il giudizio di ammissibilità diventa spesso un succedaneo del potere di selezione discrezionale dei casi, di cui gode invece la Corte statunitense attraverso il *writ of certiorari* (v. *supra*, § 2.5). Un caso di ibridazione delle due soluzioni precedenti è quello argentino: la Corte suprema in qualunque momento può rigettare un ricorso straordinario di nullità, di incostituzionalità o di inapplicabilità di una legge o di una *doctrina legal*, qualora ritenga che sia stato insufficientemente motivato, o che proponga una questione già rigettata dalla Corte in casi analoghi, o che la questione sia inconsistente o carente di trascendenza (art. 31 *bis* l. TC). Gli ultimi due requisiti appaiono con tutta evidenza suscettibili di interpretazione quanto mai estensiva e discrezionale, assicurando in tal modo alla Corte

42, b) l. TC Serbia; art. 149 Cost. Turchia, che assegna alle sezioni i giudizi sui ricorsi individuali. In Germania, la legge assegna le diverse tipologie di giudizio ai due Senati, stabilendo che qualora l'uno intenda discostarsi dalla giurisprudenza dell'altro, la causa debba essere decisa dal *plenum* (§ 16).

⁸³ Ad es., in Honduras la *sala* costituzionale deve decidere all'unanimità. Nel caso essa non si raggiunga, la questione viene avocata al *plenum* della Corte suprema (art. 8 l. TC).

⁸⁴ Ad es., in Germania, qualora un Senato voglia discostarsi dalla giurisprudenza dell'altro, la decisione viene avocata al *plenum* (§ 15 l. TF).

L'art. 49 del Regolamento di funzionamento della Corte croata prevede che, qualora il Presidente della Corte o quello di una sezione ritengano che una decisione della sezione non sia "armonizzata" con la giurisprudenza della Corte, i Presidenti possano sospendere il tramite della pronuncia alle parti e possano disporre un rinvio al giudice relatore della sezione per una nuova analisi del caso.

⁸⁵ In Bolivia, ad es., l'*auto* pronunciato dalla *Comisión de Admisión*, composta da 3 magistrati a rotazione periodica, è impugnabile al *pleno* (art. 27.3 del *Código*).

⁸⁶ Kosovo, Moldavia, Lettonia, Slovenia, Spagna (dove ciascuna *sala* crea specifiche sezioni di tre giudici, dedicate ai giudizi di ammissibilità).

un'utile scappatoia qualora la questione da risolvere abbia implicazioni politiche rilevanti⁸⁷.

A volte, la discrezionalità agisce in senso contrario, permettendo di decidere casi che a prima vista sarebbero inammissibili. In Colombia, la Corte può ammettere casi simili a questioni già risolte, qualora ritenga che la loro riconsiderazione corrisponda a motivi di interesse pubblico o appaiano nuove ragioni per cambiare il criterio di giudizio usato in precedenza (art. 9 l. TC).

b) *il ruolo delle parti e dei terzi*

Nel modello nomocratico, il grado di partecipazione nel giudizio di coloro che lo hanno promosso (se in via di azione) o delle parti processuali nel giudizio *a quo* (se in via d'eccezione) è connesso al grado di concretezza-astrattezza che il costituente o il legislatore hanno voluto riconoscere al giudizio. Quale che sia la risposta che si voglia dare alla questione, l'accesso di terzi al giudizio costituzionale dipende anche da altre considerazioni, legate alla partecipazione come cifra distintiva della forma di Stato democratica. Il ruolo della Corte è visto come un dialogo il più aperto possibile, con le istituzioni e la cittadinanza, alla ricerca dello "spirito costituzionale"⁸⁸.

Si è detto che il binomio concretezza-astrattezza è stato il primo criterio di classificazione proposto dalla dottrina, alternativo alla coppia concentrato-diffuso (v. *supra*, Introduzione, § 4). Il giudizio è concreto quando nasce da una controversia in atto (una norma nella sua fase applicativa), o comunque quando il ricorso è motivato dalla difesa di una situazione giuridica qualificata o meno, del promotore dell'azione. È astratto, quando sorge a prescindere da un caso di applicazione della norma o quando è motivato esclusivamente dall'interesse pubblico a depurare l'ordinamento da una norma incostituzionale, senza una ricaduta immediata nella sfera giuridica della parte ricorrente. A fronte di un giudizio concreto sarebbe non solo giustificata ma, in base alla teoria generale del processo, necessaria, la previsione della

⁸⁷ N. P. Sagüés, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2012², 175.

⁸⁸ Sia consentito rinviare a S. Bagni, *Hitos de democratización de la justicia constitucional: propuestas desde América latina*, in L. Estupiñán Achury, C. A. Hernández, W. J. Jimenez (coords), *Tribunales y justicia constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana*, t. I, Bogotá, 2017, 129-165.

costituzione delle parti nel giudizio *a quo* o del ricorrente, a garanzia del diritto di difesa e del giusto processo/procedimento. Tuttavia, va ricordato che il giudizio costituzionale ha struttura bifasica: anche a fronte di un giudizio che nasce concreto, la Corte può, come spesso accade tanto nel sub-modello incidentale come in quello diffuso, concepire la funzione di controllo di costituzionalità in modo astratto, ritenendo perciò impossibile parlare, nel giudizio sulle leggi, di parti in senso sostanziale⁸⁹.

L'esperienza comparata dimostra come sia davvero difficile classificare i sistemi in base a un criterio *fuzzy* come quello indicato. Concretezza e astrattezza, nel giudizio costituzionale, coesistono in percentuali variabili, e la flessibilità del diritto processuale costituzionale rappresenta spesso uno strumento che la Corte usa in funzione, per così dire, "sostanziale", come prima forma di attuazione del dettato costituzionale⁹⁰.

Il coinvolgimento delle parti e dei terzi, invece, assume diverso significato quando è motivato dall'interesse a estendere la partecipazione al processo costituzionale e, in generale, al controllo di costituzionalità. In quest'ottica, la possibilità per le parti o i terzi di intervenire nel giudizio produce un doppio risultato: il rafforzamento dell'adesione dei cittadini al patto costituente, da un lato; il consolidarsi della legittimazione della Corte e della funzione di giustizia costituzionale, dall'altro. Il cittadino riveste al contempo un duplice ruolo, privatistico e pubblicistico, dove

⁸⁹ V. R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo «senza parti»*, Milano, 1985, 195-197; S. Bellomia, *Costituzione di parti; intervento di terzi e intervento del pubblico ministero nel giudizio costituzionale incidentale*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, 64; M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale: studio introduttivo*, Torino, 1991; G. D'Orazio, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1992², *passim* e in particolare, 65 ss. e 144 ss.

⁹⁰ Cfr. Häberle, *El Derecho Procesal Constitucional*, cit., 15 ss.; T. Ritterspach, *Legge sul Tribunale costituzionale della Repubblica federale di Germania*, Firenze, 1982, 53; in senso contrario alla flessibilità del diritto processuale costituzionale, K. Schlaich, *El Tribunal Constitucional Federal Aleman*, in AA.VV., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, 1984, 580. In Italia, nel senso che è opportuno che il diritto processuale costituzionale si sviluppi per via giurisprudenziale cfr. G. Bognetti, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, cit., 221 ss.; E. Catelani, *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nel giudizio incidentale*, Milano, 1993, 337-343.

l'ampliamento del contraddittorio moltiplica le opportunità di specificazione della situazione normativa⁹¹, cambiando la percezione pubblica delle Corti, da giudici-filosofi platonici o *governing caste that knows best* alla Scalia⁹², a *juges situés*, per dirla alla Burdeau⁹³.

Ovunque, le parti del giudizio *a quo* nei casi di accesso incidentale e i ricorrenti nell'accesso diretto possono, se lo ritengono, costituirsi nel giudizio costituzionale. Un'eccezione era rappresentata dalla Spagna prima del caso *Ruiz Mateos c. Spagna* del 23 giugno 1993, deciso dalla CoEDU. Fermo restando la discrezionalità di ciascuno Stato sul se e sul come implementare un modello di giustizia costituzionale, la Corte condannò la Spagna per violazione dell'art. 6.1 CEDU, suggerendo che anche nella struttura del giudizio costituzionale è necessario valutare i profili del diritto alla difesa delle parti. La Spagna si è prontamente adeguata alla decisione.

Più variegato è il panorama comparatistico in merito al ruolo dei terzi, tanto rispetto al giudizio *a quo*, quanto rispetto al ricorso costituzionale. Vengono in rilievo alcuni istituti particolari.

L'istituto dell'*amicus curiae* affonda le sue origini nel medioevo inglese; trova inizialmente applicazione all'interno del processo ordinario, per poi essere attratto, per imitazione del modello statunitense, anche verso quello costituzionale.

Esistono due distinte tipologie di *amici*: esse rispondono a *rationes iuris* differenti e hanno origine storica diversificata. La prima è quella del soggetto chiamato dalla Corte a collaborare nella soluzione del caso, per la sua competenza tecnica; la seconda prevede che sia l'*amicus* a costituirsi in giudizio per propria iniziativa. Nel primo caso, gli *amici* sono chiamati in causa dalla Corte e il loro intervento si presenta come obiettivo, imparziale rispetto alle parti, con la sola finalità di collaborare all'af-

⁹¹ Già Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale*, cit., 201; A. Ruggeri, *In tema di contraddittorio e processo costituzionale, ovvero del «pluralismo» nei giudizi sulle leggi quale condizione della «costituzionalità» del processo*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Torino, 1998, 562 ss.; L. D'Andrea, *Verso una «democratizzazione» del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale*, *Giur. Cost.*, 1994, 579 s.

⁹² *Dissent in Lawrence v. Texas*, 2003.

⁹³ G. Burdeau, *Une survivance: la notion de Constitution*, in *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, 1956, 53-62.

fermazione della verità e della giustizia. È una figura che si sovrappone a quella dell'esperto, che si affronterà più estesamente tra i poteri istruttori delle corti.

Nella seconda fattispecie, l'*amicus* entra in causa per difendere un interesse proprio, che incidentalmente coincide con quello di una delle parti in causa. Non si tratta di un interesse concreto e diretto dell'amico rispetto alla causa in giudizio, perché in quel caso egli avrebbe potuto costituirsi come interveniente. In genere è un superiore interesse all'affermazione di diritti costituzionali, che lo riguardano da vicino in quanto, ad es. esponente di una minoranza, di un'organizzazione di tutela dei diritti umani, membro di una categoria professionale, ecc. L'art. 37 del regolamento della Corte suprema statunitense ne descrive così il ruolo: «1. An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored».

La previsione di questo istituto rappresenta un importante fattore di apertura e democratizzazione del sistema di giustizia costituzionale, senza apparenti controindicazioni, agevolmente esportabile⁹⁴. Tuttavia, nei sistemi più antichi di controllo accentrato l'intervento di terzi nel giudizio è scarsamente ammesso, se non addirittura osteggiato. In Italia, con delibera 8 gennaio 2020 la Corte costituzionale ha modificato le proprie «Norme integrative» introducendo l'istituto dell'*amicus curiae* anche in Italia⁹⁵. Si tratta di una versione prudenzialmente "ristretta" di *amicus*⁹⁶, visto che non ammette interventi di singoli o di per-

⁹⁴ V. Bazán, *El amicus curiae en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina*, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N. 10, 2006, 19 e 45 e in Id., *Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional*, *Rev. Iberoamericana de der. proc. const.*, N. 21, 2014. Cfr. anche Bianchi, *Un'amicizia interessata*, cit., 4759 e 4784 nonché E. Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, 2013, 540-542.

⁹⁵ Tra i primissimi commenti, in senso cautamente positivo, P. Ridola, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, *Federalismi.it*, N. 2, 2020, <https://www.federalismi.it>; in direzione marcatamente critica M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, *Rivista AIC*, N. 2, 2020, 402-425, <https://www.rivistaaic.it>.

⁹⁶ F. Clementi, *A proposito delle recenti "Modificazioni alle norme inte-*

sone giuridiche genericamente interessate a garantire la Costituzione, come potrebbero essere le Università o le associazioni di giuristi, e non consente agli amici di partecipare al giudizio. Inoltre, il Presidente della Corte decide con decreto sull'ammissibilità delle opinioni presentate, sulla base della loro utilità «alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità». Infine, è stata prevista la possibilità per la Corte di invitare esperti di chiara fama in audizione in camera di consiglio, ove ritenga che ciò possa essere necessario per acquisire informazioni su specifiche discipline.

La figura dell'*amico*, nella versione a iniziativa di parte, è conosciuta e ammessa in molti ordinamenti latinoamericani⁹⁷. In Argentina, è stata la stessa Corte suprema ad aver introdotto in via generale l'istituto, esercitando una presunta competenza regolamentare in materia⁹⁸. Si prevede inoltre che la Corte possa invitare organi, uffici, enti, autorità ad intervenire nel processo⁹⁹. La formulazione letterale della disposizione, che rinvia alle condizioni previste per l'intervento *uti amicus*, sembra estenderle anche a questi soggetti, che assumerebbero quindi il ruolo di *amici*, dovendo perciò rispettare oggetto e limiti dell'intervento¹⁰⁰.

In Colombia, l'art. 13 del decreto n. 2067 del 1991 attribuisce al magistrato relatore la facoltà di richiedere *conceptos* a enti

grative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale" Amici curiae?, Rivista Il Mulino, 9 marzo 2020, <https://www.rivistailmulino.it>.

⁹⁷ In Perù, ad esempio, è stato introdotto nel regolamento della Corte nel 2005 (art. 13). Il codice processuale costituzionale prevede solo la possibilità di richiedere informazioni a enti pubblici (art. 119). Per quanto attiene al Brasile v. per esempio A. Pires Gontijo, *O amicus curiae como instrumento de acesso da transdisciplinaridade no processo de tomada de decisão constitucional*, in Velandia Canosa (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. II, cit., 323-353.

⁹⁸ *Acordada* N. 28 del 2004 e, da ultimo, *Acordada* N. 7 del 2013. Le condizioni per l'accoglimento dell'intervento sono: 1. che la causa presenti trascendenza collettiva o interesse generale; 2. che l'amico possa dimostrare una riconosciuta competenza nella causa in oggetto; e, 3. che dimostri un interesse a partecipare alla causa. Per un'opinione dottrinale favorevole all'intervento della Corte v. Bazán, *El amicus curiae*, cit., 15 ss.

⁹⁹ Art. 8 dell'*Acordada* N. 7 del 2013. «El Tribunal podra invitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, comprendida en los arts. 2° y 3° del presente, para que tome intervención en los terminos de este ordenamiento a fin de expresar una opinión fundada sobre un punto determinado».

¹⁰⁰ Bazán, *Amicus curiae*, cit.

pubblici, organizzazioni private ed esperti riconosciuti nelle materie correlate con il tema del processo, che siano utili per la redazione del progetto di sentenza. I *conceptos* sono pubblici, la richiesta non interrompe i termini perentori per emanare la sentenza e i soggetti interpellati che si trovino in conflitto di interessi sono tenuti a dichiararlo alla Corte. Il giudizio può originare anche da procedimenti di controllo di costituzionalità astratti, od oggettivi, dove l'obiettivo immediato è la tutela della supremazia della Costituzione sulle altre fonti, sugli atti amministrativi o sulle politiche governative. La Corte consulta in modo assiduo le associazioni di giuristi e le Università, che a loro volta si sono organizzate in modo tale da avere gruppi di lavoro permanenti, composti da docenti e studenti, che si occupano di predisporre i *conceptos*.

In Ecuador, l'art. 12 l. TC si intitola «Comparencia de terceros» e prevede che «Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia». L'*amicus* è così introdotto in via generale di fronte a tutte le giurisdizioni e il giudice potrà sempre decidere di sentire in udienza pubblica altre persone o istituzioni, per risolvere meglio la causa (art. 14). Nel caso dell'azione pubblica di incostituzionalità (o controllo astratto), di esclusiva competenza della Corte costituzionale, l'art. 85 l. TC prevede che entro dieci giorni dal sorteggio del giudice relatore, l'organo che ha emanato la disposizione censurata (o «qualsiasi persona») possa intervenire nel processo, per difenderne o impugnarne la costituzionalità, apportando quindi elementi e dati ulteriori di cui la Corte dovrà tenere conto nel processo deliberativo. Come in Colombia, l'art. 86 consente al giudice relatore di raccogliere informazioni che ritiene necessarie e pertinenti al processo, sollecitando pareri a enti pubblici, università, organizzazioni private, esperti su punti specifici rilevanti per l'analisi del caso. Gli stessi soggetti potranno infine richiedere la convocazione di un'udienza pubblica per ascoltare direttamente gli intervenienti (art. 87).

In Perù, l'art. 13-A riconosce al *Pleno* e alla Sala la facoltà di «... solicitar información del (los) amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados».

Al di fuori dell'area latino-americana, troviamo una disposizione intitolata «Amicus curiae» nel regolamento sulla Corte

del Kosovo (art. 53), sia nella forma dell'invito da parte della Corte, che su richiesta del terzo, tanto in forma scritta, quanto orale. In Slovacchia, il Parlamento ha modificato la legge sulla Corte costituzionale (art. 86, Act No. 314/2018), introducendo la possibilità di richiedere l'opinione di altri organi di governo e di ONG i cui interessi potrebbero essere investiti dalla pronuncia, e ammettendo che giuristi possano presentare memorie in qualità di amici, pur mantenendo la Corte totale discrezionalità nell'ammettere o meno il *brief*¹⁰¹. Simile possibilità è prevista anche a Taiwan.

c) i poteri probatori delle Corti

Il controllo nomocratico verte sull'interpretazione di norme e non su quella dei fatti concreti, per cui sulla carta il processo costituzionale non dovrebbe richiedere istruttorie complesse. Ne è esempio il caso italiano, dove le disposizioni sui poteri istruttori della Corte sono assai scarse¹⁰². L'art. 12 NI si limita a disporre che «La Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione». La Corte ne ha sempre fatto un uso estremamente limitato, nonostante la dottrina abbia di recente segnalato l'opportunità di un mutamento, soprattutto per pronunce su temi come la bioetica o con forte impatto finanziario, dove il ricorso ad esperti o ad evidenze esterne avrebbe potuto aiutare la Corte nel giudizio di ponderazione¹⁰³.

A volte il legislatore riconosce ai Tribunali costituzionali ampi poteri probatori¹⁰⁴. La formulazione della l. TC del Guatemala è esplicativa di come anche in un giudizio su norme possa essere utile acquisire informazioni ulteriori: «art. 143. Reso-

¹⁰¹ S. Drugda, *Enter Friends of Court: Amicus Briefs in Slovakia*, *Int'l J. Const. L. Blog*, Feb. 27, 2020, www.iconnectblog.com.

¹⁰² T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G. A. Ferro, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012.

¹⁰³ Cfr. i contributi in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018.

¹⁰⁴ A titolo esemplificativo: § 20a l. TC Austria; art. 36 l. TC Azerbaijan; art. 91 l. TC Belgio; art. 10 ss. l. TC Colombia; art. 86 l. TC Ecuador; § 50 l. TC Estonia; § 26-30 l. TF; art. 12 l. TC Senegal; art. 89 LOTC Spagna. I poteri probatori possono essere attribuiti o delegati al giudice relatore, come in Algeria, dove il relatore può farsi assistere o aiutare da un esperto di sua scelta (art. 16 l. TC).

lución de la inconstitucionalidad como punto de derecho. La inconstitucionalidad, en cualquier caso, será resuelta como punto de derecho. No obstante, para su resolución se podrán invocar y consultar antecedentes, dictámenes, opiniones, elementos doctrinarios y jurisprudencia».

Fra i poteri processuali più diffusi vi è la convocazione di esperti, in ambito scientifico, tecnologico, artistico, quindi in campi esterni al diritto, la cui conoscenza possa aiutare la Corte a comprendere i presupposti fattuali e le circostanze del caso o della questione legate al giudizio di costituzionalità. Di solito, la richiesta può avvenire su istanza di parte o *ex officio*, dalla Corte stessa. I periti depositano sempre una relazione scritta, ma possono anche essere chiamati durante la sessione orale del giudizio¹⁰⁵. Questo potere spesso si aggiunge a quello di acquisizione di documenti o altro materiale detenuto da altri enti pubblici, o anche persone fisiche o giuridiche private¹⁰⁶. La Corte può disporre la convocazione di testimoni: in tal caso, si applicheranno le norme usualmente previste nei processi per garantire *privacy*, sicurezza personale e imparzialità dei testi¹⁰⁷. In alcuni casi, i poteri della Corte si estendono all'ordine di incidente probatorio, o includono la possibilità di missioni fuori dalla Corte per la verifica *in loco* della situazione di fatto¹⁰⁸.

d) *i meccanismi di deliberazione*

Discussione e votazione dei casi avvengono ovunque a porte chiuse, con la rilevante eccezione del Brasile, dove la votazione del STF avviene in diretta televisiva e senza previa discussione fra i giudici. Nei sistemi di controllo più recenti, la legge dettaglia minuziosamente il procedimento deliberativo, per cui c'è

¹⁰⁵ Art. 40 l. TC Albania; art. 45.1 l. TC Azerbaijan; art. 23 l. TC Bielorussia; art. 7 l. TC Bolivia; art. 21 l. TC Cambogia; art. 48 reg. TC Kosovo; art. 32 l. TC serba; artt. 31 e 32 Tagikistan.

¹⁰⁶ Ad es., art. 8 l. TC Bosnia-Erzegovina; art. 13 l. TC Giordania; art. 144 cod. indiano; art. 18.2 Marocco; art. 32 cod. Moldavia; art. 23.6 Mongolia; art. 13A cod. peruviano; art. 72 l. TC polacca; art. 64A Portogallo; art. 42 l. TC dominicana. Disciplinano entrambe le fattispecie, l'art. 40 l. TC armena, l'art. 36.3 l. TC azera, l'art. 9 Brasile; art. 49 l. TC croata; art. 24 l. TC Georgia; art. 46 l. TC Gibuti; art. 18 l. TC Kazakistan; art. 22.2 l. TC lettone; art. 9 l. TC lituana; art. 29 l. TC macedone; art. 32 l. TC russa; art. 28.2 l. TC slovena; art. 54 l. TC ucraina; art. 20 l. TC uzbeka.

¹⁰⁷ Si v. a titolo esemplificativo l'art. 28 l. TF, o art. 23.7 l. TC Mongolia.

¹⁰⁸ Ad es. art. 26 l. TF.

trasparenza circa le opinioni espresse dai giudici sul caso, anche qualora non sia prevista la facoltà di scrivere opinioni dissenzienti o concorrenti.

Le decisioni possono essere prese a maggioranza dei presenti o dei componenti il consesso. Anche nel caso in cui il *quorum* deliberativo sia fissato nella maggioranza dei presenti, l'esistenza di un *quorum* costitutivo per il funzionamento dell'organo, tanto in sezione quanto in plenaria, garantisce comunque che la decisione sia presa da un congruo numero di giudici¹⁰⁹. In Albania, ad es., il *quorum* deliberativo è fissato nella maggioranza dei presenti, la legge dispone che il *plenum* lavori con un minimo dei 2/3 dei giudici che conformano l'organo (art. 32.2 l. TC)¹¹⁰. In Italia, l'art. 16 della legge impone la presenza di almeno undici giudici, con deliberazione a maggioranza assoluta dei votanti. In Marocco, la legge richiede la maggioranza dei 2/3 dei componenti nelle prime due deliberazioni, passando alla maggioranza assoluta se non si raggiunge il quorum previsto (art. 17).

Il caso belga è interessante in quanto il legislatore impone di mantenere sempre l'equilibrio linguistico fra i componenti della Corte. L'art. 56 l. TC dispone infatti che in plenaria la Corte non possa pronunciarsi se non sono presenti almeno dieci giudici e se non ci sono tanti giudici francofoni quanti di lingua fiamminga. Se quest'ultima condizione non è garantita, il giudice di nomina più recente, o quello più giovane del gruppo linguistico più numeroso, deve astenersi dal voto nella singola decisione.

In Bosnia-Erzegovina, qualora il *plenum* non sia completamente integrato, per i motivi particolari specificati dalla legge, si possono verificare due casi: se ci sono almeno cinque giudici

¹⁰⁹ Le deliberazioni sono assunte a maggioranza dei presenti in Albania; Bielorussia; Bolivia; Estonia; Haiti; Lussemburgo; Mongolia; Mozambico; Qatar; Russia; Spagna; Tagikistan; Turchia; Uzbekistan; e del consesso in Algeria, Argentina, Armenia, dove la maggioranza richiesta è assoluta per le decisioni, dei 2/3 per le conclusioni; Azerbaijan; Bolivia; Bosnia-Erzegovina; Cambogia; Colombia; Ecuador; Guatemala; Kazakistan; Macedonia; Moldavia; Niger; Paraguay; Senegal; Serbia; Slovacchia; Taiwan; Tunisia.

¹¹⁰ V. anche art. 25.2 Afghanistan; art. 6 Azerbaijan; art. 7 Bahrein; art. 14 Bielorussia; art. 17 Ciad; art. 30 Cile; art. 21 Estonia; art. 14 Francia; artt. 24 e 44 l. TC Georgia; art. 19 Kosovo; art. 145.5 India; sec. 25 Lettonia; art. 26 reg. TC Libano; art. 24 Mali; art. 5 cod. Perù; art. 8 l. TC Polonia; art. 42 l. TC Portogallo; art. 27 Repubblica dominicana; art. 8 Repubblica di San Marino; art. 14 Spagna; § 6.3 reg. TC Ucraina; art. 2 l. TC Venezuela.

che votano in maniera identica, la decisione può essere presa validamente; in caso contrario, si rinvia la votazione a una prossima sessione, entro 6 mesi (art. 42.5 l. TC).

In Colombia, la legge assegna *quorum* distinti in base alla differente struttura della sentenza: la parte risolutiva deve essere approvata a maggioranza dei componenti della Corte; la motivazione, a maggioranza dei presenti. Tuttavia, si prevede che, qualora uno o più magistrati ritengano l'assunto di tale importanza da consigliare una decisione all'unanimità («per consenso»), si cercherà di agevolare tale conclusione, eventualmente rinviando la decisione alla successiva seduta ordinaria della Corte. Si tratta di norma dispositiva, finalizzata a incentivare nella Corte un metodo deliberativo di giudizio, che si trova anche in Mozambico (art. 33 l. TC).

I *quorum* possono mutare a seconda del tipo di procedimento avviato davanti alla Corte¹¹¹. Tra i casi particolari, in Brasile, la dichiarazione di incostituzionalità è presa con il voto favorevole di almeno 6 giudici, con un quorum strutturale di 8 (art. 22). In Messico, nel ricorso diretto di incostituzionalità una norma può essere dichiarata invalida soltanto se votano in tal senso almeno otto giudici (art. 105.II Cost. e art. 72 legge sull'azione di incostituzionalità). In Germania, il § 15.2 l. TF prevede che, nei giudizi sui diritti fondamentali, sull'incostituzionalità dei partiti o sulla loro esclusione dal finanziamento pubblico e sulle procedure di *impeachment*, una decisione contraria al resistente debba essere presa con la maggioranza dei 2/3 dei membri del Senato; in tutti gli altri casi, invece, la maggioranza richiesta è quella semplice. In Libano, sono richiesti 7 voti favorevoli su almeno 8 presenti nel controllo di costituzionalità delle leggi; è invece sufficiente la maggioranza relativa dei presenti per il controllo sulle elezioni (art. 12). In Lituania, si delibera a maggioranza dei componenti dell'organo, quando si pronunciano sentenze e conclusioni; a maggioranza dei presenti, per altri tipi di atto (art. 19). In Mongolia, il quorum si alza ai 2/3 dei presenti in caso di riconsiderazione di un giudizio (art. 6 reg. TC); in Russia, i 2/3 dei presenti sono richiesti per le decisioni interpretative della Costituzione (art. 30), in Turchia, per l'annullamento di proposte di revisione costituzionale, per lo scioglimento dei

¹¹¹ Ad es., art. 131 Slovacchia o art. 41 Slovenia.

partiti e per la sospensione del loro finanziamento pubblico (art. 149 u.c. Cost.; art. 65 l. TC).

Nei casi ove l'organo non sia composto in numero dispari o si dia parità di voti, il voto del Presidente è dirimente (ad es. Algeria, Bahrein, Belgio, Cambogia, Estonia, Italia, Kazakhstan, Libano, Mali, Niger, Qatar, Senegal, Uzbekistan, Venezuela). In Venezuela, il parere del Presidente prevale, ma soltanto dopo la terza votazione in tre giorni, qualora tutte e tre siano risultate in parità. Vi sono casi particolari: in Bielorussia (art. 75), Germania (§ 15.3), Lettonia (sec. 25), Russia (art. 30); Tagikistan (art. 5.5), si prevede che, in caso di parità, si debba considerare la votazione favorevole alla costituzionalità dell'atto¹¹². In Mongolia, i giudici di minoranza possono chiedere, motivando le proprie ragioni, una nuova votazione sul caso. Qualora la seconda votazione ribalti il risultato della prima, si procederà a una terza votazione e la sentenza conterrà la soluzione che risulta più votata tra le due precedenti (art. 3.5 reg. TC).

La decisione è sempre motivata; viene solitamente proclamata ufficialmente, pubblicata e trasmessa alle parti interessate. In alcuni ordinamenti, è stabilito un termine per pronunciarsi¹¹³. Solitamente, il termine risulta sprovvisto di sanzioni: fa eccezione l'Ecuador, dove, trascorsi i 45 giorni per deliberare, la decisione non produce effetti retroattivi¹¹⁴. In Germania, è stato introdotto, nella Parte IV l. TF, una specifica azione (§ 97.A *Verzögerungsbeschwerde*) per ottenere un risarcimento a fronte di eccessiva lunghezza del processo costituzionale. È riconosciuto tanto in caso in cui la parte dimostri di aver subito un danno, quanto in forma di danno morale, per il fatto stesso che il processo sia durato

¹¹² In Moldavia, in caso di parità, nei giudizi di costituzionalità delle leggi o dei trattati l'atto si presume costituzionale, mentre negli altri procedimenti si considera la votazione come non avvenuta (art. 27). In Perù, l'atto deve essere considerato conforme a Costituzione se nella votazione sul giudizio di costituzionalità non si è raggiunto il quorum rinforzato previsto dalla legge di almeno cinque giudici favorevoli (art. 10 reg. TC).

¹¹³ 5 mesi in Turchia; 3 mesi in Francia e Uzbekistan; 3 mesi anche in Germania, calcolati dall'udienza orale; 45 giorni in Ciad; 30 giorni in Niger.

¹¹⁴ Art. 142 l. TC, che così prosegue «Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia».

troppo, qualora le circostanze del caso non permettano un risarcimento di altra natura. Il valore del danno morale è fissato in 1200 euro per anno, ma il Tribunale ha il potere di aumentare o diminuire la cifra, se appare non equitativa nel caso di specie.

e) *i poteri cautelari*

Su richiesta delle parti in causa o d'ufficio, la Corte in molti sistemi può far uso di poteri cautelari¹¹⁵, che consistono nella sospensione dell'atto normativo impugnato, se dalla sua attuazione in pendenza di giudizio possano derivare lesioni di interessi privati o pubblici (statali, sociali o individuali). La sospensione dura fino alla pronuncia definitiva della Corte, anche se quest'ultima può decidere in qualsiasi momento di ritirare il provvedimento cautelare. Ne viene data pubblicità all'ente che ha emanato l'atto e a tutta la cittadinanza. La formulazione dei requisiti per concedere il provvedimento cautelare può essere più o meno stringente. In alcuni casi, ad es., viene richiesta la necessità di prevenire «un danno serio ed irreparabile»¹¹⁶ oppure la violazione di diritti umani¹¹⁷ o qualora le conseguenze dell'esecuzione dell'atto non possano essere facilmente eliminate¹¹⁸; altre volte, è sufficiente una valutazione discrezionale sull'interesse generale alla sospensione¹¹⁹. In El Salvador, la sospensione cautelare dell'atto non è prevista nel corso del giudizio diretto di incostituzionalità, bensì soltanto nel processo di *amparo* (art. 19 l. TC), dunque, solo in caso di pericolo per la violazione dei diritti costituzionali delle parti. Anche in Perù il Codice processuale costituzionale ammette mezzi cautelari solo nei giudizi relativi alla tutela diretta di diritti costituzionali (art. 15) e lo stesso avviene in Polonia, solo a fronte di una *constitutional complaint* (art. 79 l. TC). In Moldavia, la Corte può sospendere l'esecuzione del provvedimento impugnato soltanto dentro una serie di ambiti materiali, anche se una clausola di chiusura (art. 251.1,

¹¹⁵ Art. 45 Albania; Armenia; Bielorussia; Bolivia; art. 10 l. TC Brasile; art. 38 Cile.

¹¹⁶ Art. 52.4 l. TC Azerbaijan; art. 45 l. TC Croazia; art. 25.5 l. TC Georgia; art. 35 l. TC Italia; art. 27 l. TC Kosovo e art. 54 reg. TC; art. 43 l. TC Montenegro; art. 56 l. TC e Serbia.

¹¹⁷ Art. 26 l. TC Ecuador.

¹¹⁸ Art. 27 l. l. TC Macedonia; art. 39 Slovenia.

¹¹⁹ Art. 19 l. TC Belgio; art. 64 l. TC Bosnia-Erzegovina; § 12 l. TC Estonia; art. 22 reg. TC Libano.

lett. h l. TC) ammette il provvedimento cautelare anche per materie al di fuori di quelle elencate, se necessario per prevenire un danno o imminenti conseguenze negative.

In Germania, la Corte dispone del potere di decidere provvisoriamente il caso per mezzo di ingiunzione, qualora lo reputi urgente e necessario per evitare un severo svantaggio, per prevenire una violenza imminente o per altra ragione importante nel pubblico interesse (§ 32 l. TF). L'ingiunzione preliminare viene emanata senza dibattito orale e le parti possono ricorrere tanto contro il provvedimento quanto contro la sua negatoria. L'ingiunzione ha una durata di sei mesi, rinnovabili dalla Corte o dal Senato che l'ha emessa con una maggioranza dei 2/3.

6. Tipologia delle sentenze: le decisioni interpretative...

Nell'analisi dei primi sistemi di giustizia costituzionale, la tipologia delle sentenze considerata dalla dottrina era limitata alla contrapposizione fra accoglimento e rigetto, con la variante della pronuncia parziale, già immaginata da Kelsen. L'evoluzione della tipologia di pronunce segna il passaggio alla stagione dell'ibridazione dei modelli storici e al cambiamento di funzione prevalente della giustizia costituzionale, da strumento a difesa dell'autonomia territoriale alla garanzia dei diritti fondamentali.

Con i cicli costituzionali del secondo dopoguerra, la distinzione rigida tra accoglimento e rigetto diventa insufficiente per risolvere i casi sottoposti al giudizio delle Corti. Di conseguenza, si arricchisce l'armamentario di pronunce a loro disposizione. All'inizio si trattò spesso di soluzioni giurisprudenziali, a volte recepite successivamente dal legislatore. Si poté così dare risposte più adeguate e flessibili ai casi concreti, senza destabilizzare l'equilibrio con, e tra, i diversi poteri dello Stato, *in primis* con il Parlamento.

Le Corti, in specie quelle tedesca e italiana, introdussero nuovi generi di pronunce: *sentenze interpretative* (di accoglimento o di rigetto), *manipolative* (sostitutive, additive, additive di principio), *esortative* del Parlamento (monitorie, di mera incompatibilità, sospensive)¹²⁰.

¹²⁰ In prospettiva comparata: G. A. Figueroa Mejia, *Las sentencias con-*

Le sentenze *interpretative* derivano dalla struttura stessa del giudizio di costituzionalità, che ha ad oggetto disposizioni, ma si pronuncia su norme. Come rileva la Corte costituzionale italiana «In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (sent. 356/1996). La sentenza interpretativa salva la disposizione ed evita un vuoto normativo. Il rischio è che l'interpretazione della Corte si spinga oltre ciò che il tenore letterale della disposizione potrebbe consentire, varcando lo stretto confine tra attività interpretativa e attività creativa, come nelle sentenze manipolative. Per questo motivo, in Italia Crisafulli elaborò la c.d. teoria delle "rime obbligate": un intervento manipolativo è ammissibile soltanto se l'interpretazione sistematica fra ordinamento e disposizione impugnata rende automatico il verso dell'addizione o la sostituzione, in quanto unica soluzione costituzionalmente possibile¹²¹.

Negli ordinamenti di *common law*, il problema dell'illegittima invasione della funzione legislativa da parte delle corti non si pone, poiché il giudice deve applicare la Costituzione a preferenza della legge. Inoltre, produce diritto tramite la giurisprudenza: la regola dello *stare decisis* implica l'efficacia vincolante della *ratio decidendi*, ossia delle motivazioni in diritto espresse nella sentenza. Ciò non accade negli ordinamenti di *civil law*: a tal punto che in Colombia la legge limita espressamente l'efficacia delle sentenze costituzionali alla parte risolutiva, affermando che le ragioni giuridiche addotte in motivazione assumono carattere interpretativo ausiliario.

L'esigenza di vincolare la giustizia ordinaria all'interpretazione delle Corti costituzionali accentrate fu subito percepita nei primi ordinamenti europei che avevano adottato il modello

stitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana, México, 2011.

¹²¹ «Ma una decisione additiva è consentita, com'è *ius receptum*, soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà proceda ad un'estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando invece si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore» (sent. 328/1988).

kelseniano. Germania e Spagna replicano gli effetti sistemici propri di un ordinamento a base giurisprudenziale, limitatamente alle sentenze costituzionali, riconoscendo loro la forza di legge ed estendendo l'efficacia vincolante delle pronunce dal mero dispositivo alla motivazione della sentenza. In Germania, l'art. 31 della BVerGG attribuisce *Gesetzeskraft* (forza di legge) alle decisioni in materia di controllo di costituzionalità, e ciò si intende esteso ai *tragende Gründe*, ossia alle motivazioni fondamentali della sentenza¹²². In Spagna, la disciplina degli effetti delle sentenze si trova nell'art. 164 Cost. spagnola (CE) (ripreso dall'art. 38 LOTC)¹²³. La disposizione è interpretata nel senso di riconoscere effetto vincolante, nei confronti dei pubblici poteri e dei cittadini, alle sentenze del *Tribunal constitucional* (TC), estimatorie e denegatorie, tranne a quelle che risolvono ricorsi di *amparo*¹²⁴. Inoltre, dal combinato disposto dell'art. 40.2 LOTC¹²⁵ e dell'art. 5 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ)¹²⁶ è

¹²² Cfr. J. Luther, *La giustizia costituzionale nella Repubblica federale tedesca*, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Tomo I, U.S.A., Canada, Svizzera, Austria, Germania, Francia, Torino, 2000, 179-180; F. Rescigno, *La giustizia costituzionale in Germania*, in M. Olivetti, T. Groppi (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, 116.

¹²³ A. Garrorena Morales, *Artículo 164: Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional*, in O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo XII - Artículos 159 al final*, Madrid, 1999, 299-386. L'art. 164 CE attribuisce alle sentenze il valore di cosa giudicata e riconosce che le sentenze «que declaren la inconstitucionalidad de la ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tiene plenos efectos frente a todos». La dottrina riconosce natura di fonti del diritto alle sentenze del *Tribunal constitucional*: Pérez Royo, *Las Fuentes*, cit., 4-51; v. anche L. López Guerra, *Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho*, in E. Espin Templado, F. J. Díaz Revorio (coord.), *La justicia constitucional en el estado democrático*, Valencia, 2000, 350 s. e 370 ss.; F. J. Díaz Revorio, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, 2003.

¹²⁴ Cfr. X. Pibernat Domenech, *La sentencia constitucional como fuente del derecho*, *Rev. Der. Pol.*, N. 24, 1987, 67; P. Pérez Tremps, *Tribunal constitucional y poder judicial*, Madrid, 1985, 263 s.

¹²⁵ «En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales».

¹²⁶ «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, con-

stata costruita la c.d. *doctrina legal del Tribunal constitucional*: i giudici ordinari sono tenuti ad applicare la legge alla luce della Costituzione, così come interpretata dal Tribunale nella sua giurisprudenza (anche nelle sentenze di *amparo* ¹²⁷).

La successiva recezione del modello accentrato e l'aumento dei casi sottoposti alle Corti ha reso tale tecnica normativa uno strumento diffuso. In Bolivia e Costa Rica è sancito espressamente il valore vincolante della motivazione delle sentenze costituzionali ¹²⁸. In Ecuador, l'art. 436 Cost. include tra le competenze della Corte l'emanazione di decisioni «que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión» ¹²⁹. In Francia, il *Conseil constitutionnel* ha creato le pronunce di costituzionalità *sous réserve d'interprétations*, con cui vincola le autorità che andranno ad applicare la norma all'interpretazione fornita nella decisione ¹³⁰. In Russia, la Corte può formulare «*legal positions (pravovaia pozitsiia)*» nelle sue pronunce, vincolanti per tutti gli organi pubblici (art. 79 u.c. l. TC) e che legittimano, in caso di mancato adeguamento da parte dei giudici ordinari nell'interpretazione della norma, una successiva pronuncia di illegittimità, senza udienza pubblica (art. 47 l. TC) ¹³¹.

Disposizioni del tipo appena visto obbligano tutti i giudici a recepire l'interpretazione della legge proposta dai Tribunali costituzionali nelle sentenze interpretative, evitando la “guerra” tra corti di vertice che invece caratterizzò il sistema italiano per lun-

forme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

¹²⁷ L. López Guerra, *Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional*, in G. Ruiz-Rico Ruiz (coord.), *La aplicación jurisdiccional de la constitución*, Valencia, 1997, 43 s.

¹²⁸ Art. 15.II l. TC Bolivia e 13 Costa Rica.

¹²⁹ L'art. 86 l. TC prevede che «5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia».

¹³⁰ A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, 1999; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 2013¹⁰, 156 ss.; Drago, *Contentieux*, cit., 697 s.

¹³¹ A. Fogelklou, *Interpretation and Accommodation in the Russian Constitutional Court*, in F. J. M. Feldbrugge, *Russia, Europe, and the Rule of Law*, Leiden, 2006; M. Abramova, *Constitutional Justice of Russia within the Judicial Landscape of Contemporary Europe*, *Rev. Derecho del Estado*, N. 40, 2018, 31.

go tempo, soprattutto nei primi anni 2000¹³². La Corte di Cassazione, infatti, ha in più occasioni rivendicato il potere esclusivo di interpretazione della legge e di nomofilachia, rifiutandosi, in alcuni casi emblematici, di seguire le indicazioni desumibili dalle sentenze interpretative di rigetto, perché dotate di efficacia meramente *inter partes*, sulla base della non vincolatività della motivazione delle sentenze costituzionali¹³³. Una tale situazione si produsse anche in Spagna, nonostante la tesi della *doctrina legal*¹³⁴.

La vincolatività della motivazione per i giudici ordinari dipende anche dal tipo di sub-modello di giustizia costituzionale. In quello diffuso-concentrato, la struttura del sistema rende quasi necessario questo accorgimento, almeno per il processo *a quo*. In Angola, ad es., la I. TC specifica che qualora il Tribunale costituzionale giudichi su una pronuncia ordinaria in tema di costituzionalità e fondi la sua decisione su una particolare interpretazione della norma, il giudice del caso dovrà applicare l'interpretazione indicata dal Tribunale (art. 47.3 I. TC).

In Brasile, il problema della coerenza della giurisprudenza è stato parzialmente risolto attraverso due strumenti distinti: l'azione dichiarativa di costituzionalità e la creazione di una tipologia speciale di pronunce, la *súmula vinculante*. Nel primo caso, l'azione è proponibile da parte del Presidente della Repubblica, della Presidenza delle Camere e del Procuratore generale dello Stato, affinché il Tribunale si pronunci con efficacia *erga omnes* sulla costituzionalità di leggi o altri atti normativi federali, su cui esiste un rilevante conflitto giurisprudenziale (art. 13 ss.

¹³² La Corte costituzionale italiana aveva sostenuto l'estensione alla motivazione della vincolatività delle proprie sentenze, anche di rigetto, in tempi assai remoti (v. ad es., sent. 40/1979). Il conflitto tra le Corti divenne frontale nel caso Pezzella: cfr. A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019⁵, 185 s.

¹³³ Cfr. S. Bagni, L. Pegoraro, *Las resoluciones de la Corte Constitucional en materia procesal ¿son fuentes normativas del proceso constitucional?*, in J. F. Palomino Manchego (coord.), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, 2005, 1283-1306.

¹³⁴ F. Rubio Llorente, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N. 4, 1982, 35-67; G. Campanelli, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005.

Legge 9.868/1999). La giurisprudenza costante del Tribunale afferma che l'esistenza di pronunce giudiziarie antagonistiche è presupposto indispensabile di procedibilità dell'azione, in quanto altrimenti verrebbe meno la funzione contenziosa del Tribunale¹³⁵.

La *súmula vinculante*, già disciplinata dal codice di procedura civile, ha effetto persuasivo orizzontale rispetto all'organo emittente¹³⁶. Con la riforma costituzionale n. 45/2004, viene adattato alle esigenze di un sistema di giustizia costituzionale misto¹³⁷. L'art. 103-a Cost. afferma che il STF, a propria iniziativa o su richiesta, con il voto dei 2/3 dei suoi membri, quando sussistono reiterate decisioni in materia costituzionale, può approvare una *súmula*, con l'obiettivo di stabilire la validità, l'interpretazione o l'efficacia di norme su cui esiste un'attuale controversia tra organi giurisdizionali o tra questi e organi della pubblica amministrazione, che possa produrre grave incertezza giuridica e rilevante moltiplicazione di processi su identica questione. La *súmula* ha effetto vincolante per gli organi giudiziari e per quelli dell'amministrazione pubblica (diretta o indiretta, federale, statale o municipale) a partire dal giorno successivo alla sua pubblicazione. Qualora non venga applicata in casi identici o venga applicata a sproposito, il soggetto pregiudicato può proporre reclamo al STF; il quale, se accoglie la domanda, dispone l'annullamento del provvedimento o della sentenza. I soggetti titolari dell'iniziativa sono gli stessi legittimati al ricorso diretto per incostituzionalità, e possono anche chiedere la revisione o l'annullamento di *súmulas* già emanate. Con la *súmula*, il STF risolve un contrasto interpretativo di livello costituzionale, con

¹³⁵ Cfr. il commento all'art. 14 della legge N. 9.868 nella *Legislação Anotada del Supremo Tribunal Federal*.

¹³⁶ Cfr. M. Lemos Paes Gonçalves da Silva, *Les «súmulas vinculantes»: la compétence constitutionnelle de production de normes juridiques générales par le tribunal fédéral suprême brésilien*, *Revue française de droit constitutionnel*, Vol. 108, N. 4, 2016, 906. Secondo alcuni, trae origine addirittura dagli «assentos» portoghesi applicati in Brasile durante il periodo coloniale: cfr. A. D. Zaidan de Carvalho, *'Stare decisis' e súmula vinculante: uma análise comparativa sobre a vinculação das decisões na jurisdição constitucional*, *Lex Humana*, Vol. 4, N. 1, 2012, 8.

¹³⁷ R. Jansen, *A súmula vinculante como norma jurídica*, *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, Vol. 240, 2005, 225-264; T. R. Dos Santos, *Do respeito às decisões do STF e a súmula vinculante*, *Revista de Direito Brasileira*, N. 2, 2012, 230 ss.

effetto che va oltre il rapporto gerarchico esistente rispetto agli altri giudici ordinari, estendendosi anche alla pubblica amministrazione, senza tuttavia vincolare il legislatore, nel senso che la *súmula* non costituisce parametro nel giudizio di costituzionalità, anche se è più che plausibile che, in un ipotetico giudizio astratto su una norma di legge adottata in contrasto con una *súmula* previgente, il STF emetta una pronuncia di incostituzionalità. Si tratta di uno strumento che concretamente avvicina il sistema di giustizia costituzionale brasiliano al modello accentratore¹³⁸. L'art. 52, X Cost. stabilisce infatti che solo il Senato ha la competenza a sospendere le norme dichiarate incostituzionali dal STF nella via diffusa di controllo di costituzionalità¹³⁹. La disposizione era la necessaria conseguenza dell'implementazione di un modello diffuso di costituzionalità in un ordinamento dove non si applica il principio dello *stare decisis*, per cui l'effetto della pronuncia del STF, seppur dotata di elevata forza persuasiva, restava formalmente una sentenza che produceva effetti soltanto *inter partes*. Il Parlamento era l'unico organo che poteva risolvere la questione con effetto *erga omnes*. Tuttavia, l'introduzione nel 2004 della *súmula* conduce ad immaginare una progressiva inutilità della clausola ex art. 52 Cost.

In Guatemala, nella legge sull'*amparo*, *exhibición personal y de constitucionalidad* troviamo integrate l'idea spagnola della *doctrina legal* e quella messicana della giurisprudenza per reiterazione: «La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido».

In Messico, la disciplina degli effetti delle sentenze costitu-

¹³⁸ Zaidan de Carvalho, 'Stare decisis', cit., 11; H. M. Vieira Rangel, *A súmula vinculante como norma jurídica e a sua (in) viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro*, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, N. 2, 2011, 54, il quale tuttavia rileva come in realtà l'istituto ponga il sistema brasiliano a mezza via tra *civil law* e *common law*.

¹³⁹ «Art. 52, X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal».

zionali è piuttosto articolata. Si distingue tra azione di incostituzionalità (di esclusiva competenza della Corte suprema, art. 105.II Cost.) e giudizio di *amparo*, che può essere promosso anche «contra leyes» (controllo diffuso, art. 107.II Cost.). Nel primo caso, la norma impugnata può essere dichiarata invalida solo con otto voti favorevoli. In tal caso, l'interpretazione della norma data dalla Corte suprema diventa vincolante per tutti i giudici¹⁴⁰. Nel giudizio di *amparo*, le sentenze hanno solo efficacia *inter partes*, ossia tendono a ristabilire il diritto violato in capo al ricorrente. Tuttavia, l'*amparo* può anche risolversi nella dichiarazione di incostituzionalità di una norma generale. In questo caso, se ciò avviene per due volte consecutive, la Corte suprema ne informa l'organo che l'ha approvata. Quando sulla medesima norma si forma «jurisprudencia por reiteración»¹⁴¹, la Corte suprema avvisa l'autorità emanante e se trascorrono 90 giorni senza che la situazione di incostituzionalità sia stata sanata, la Corte pronuncia una dichiarazione generale di incostituzionalità (con effetto *erga omnes*), sempre che essa ottenga l'appoggio di almeno otto giudici e che non si tratti di una legge tributaria¹⁴². Infine, è prevista una particolare tipologia di sentenze, la «contradicción de tesis», che impone quale giurisprudenza debba prevalere in caso di contrasto tra giudici del medesimo li-

¹⁴⁰ Art. 43 legge sui ricorsi: «Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales».

¹⁴¹ La *Ley de amparo* definisce quali sono le condizioni che determinano il formarsi di *jurisprudencia por reiteración*: «Art. 222. La jurisprudencia por reiteración del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos».

¹⁴² *Ley de amparo*: «Artículo 234. La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá:

I. La fecha a partir de la cual surtirá sus efectos; y

II. Los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Los efectos de estas declaratorias no serán retroactivos salvo en materia penal».

vello, fino alla risoluzione del *Pleno* della Corte suprema nei casi di sua competenza (art. 107.XIII).

Nella Repubblica dominicana, le pronunce del Tribunale costituiscono precedente vincolante per tutti i poteri e organi dello Stato (art. 7, n. 13 e art. 31 l. TC). Tale norma va coordinata con quella che disciplina in modo esplicito la facoltà per il Tribunale di emettere sentenze interpretative (nei giudizi sulle omissioni o quando si limita a un'interpretazione estensiva o analogica del precetto) nonché «sentencias exhortativas o de cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada» (art. 47.III). Anche in Venezuela, l'art. 335 riconosce il valore di precedente vincolante al contenuto e all'interpretazione delle norme stabilite dalla Sala costituzionale del Supremo.

Per quanto attiene ai sistemi a sub-modello duale, in Perù il nuovo Codice costituzionale stabilisce espressamente che «Artículo VII.- Precedente. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente». In Colombia, è la Corte costituzionale che ha orientato la sua giurisprudenza nel senso di considerare la motivazione delle proprie sentenze vincolanti per i giudici ordinari, nonostante l'art. 230.2 Cost. affermi espressamente che la giurisprudenza e la dottrina sono fonti ausiliarie di interpretazione del diritto¹⁴³. La *Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia* le ha conferito il potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze (art. 45)¹⁴⁴.

Il sistema in cui invece continua a mantenersi il problema della garanzia di uniformità dell'interpretazione conforme a Costituzione è quello argentino, dove non esiste una Corte costitu-

¹⁴³ Cfr. *acларación de voto* del magistrato Manuel José Cepeda Espinosa, *consideración jurídica* N. 2.4, sentenza C-836 del 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil: «las sentencias de la Corte Constitucional son para un juez fuente obligatoria de derecho».

¹⁴⁴ M. F. Quinche Ramírez, *Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá, 2009, 691 ss.

zionale, il controllo è di tipo diffuso, la giurisprudenza non ha valore di precedente vincolante, nemmeno quella della Corte suprema, e non sono stati adottati stratagemmi come la *súmula* o la vincolatività del precedente per giurisprudenza reiterata, come in Messico.

7. ... e manipolative

Se le sentenze interpretative possono generare conflittualità tra giudici costituzionali e ordinari, quelle *manipolative* producono tensione nei rapporti con il legislatore. La tipologia è variegata: le Corti non si limitano a derivare una norma dalla disposizione impugnata, diversa da quella individuata dal remittente, attraverso un'interpretazione più o meno estensiva; bensì modificano o integrano la disposizione impugnata, facendo mostra di un potere estrinsecamente creativo. La pronuncia può essere riduttiva, additiva, additiva di principio, additiva di prestazione, sostitutiva, a seconda che la Corte limiti la portata normativa della disposizione, o dichiari l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede una determinata fattispecie, oppure non declini il principio generale individuato dalla Corte, o non sia in grado di assicurare un determinato risultato, oppure disciplini una situazione invece che un'altra.

Per contro, non rientrano in questa tipologia l'attività manipolativa delle Corti sul parametro costituzionale, né la produzione giurisprudenziale di norme processuali integrative¹⁴⁵. Nel primo caso, il ruolo unico di interprete della Costituzione assegnato alle Corti specializzate, la particolare natura della Costituzione come atto normativo e la conseguente teoria dell'interpretazione che le si applica, ne giustificano il ruolo maggiormente attivo nel giudizio. Nel secondo caso, l'autonomia delle Corti è spesso sancita dagli stessi testi costituzionali, che attribuiscono loro poteri regolamentari, ed esse appaiono senza dubbio gli organi maggiormente legittimati ad adattare il processo costituzionale alle esigenze dei casi concreti.

Attraverso le sentenze manipolative, la Corte non è più me-

¹⁴⁵ Considerano invece tali situazioni nel novero generale delle sentenze manipolative Ruggieri, Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 193.

ro garante della “legittimità” costituzionale degli atti normativi, ma si erge a difesa della loro “giustizia” in senso materiale, trasformandosi da legislatore negativo in positivo. Una stessa Corte ricopre nel suo mandato sia l’uno che l’altro ruolo, condizionata da molteplici elementi extra-giuridici, quali la situazione politica, sociale, economica e culturale del proprio Paese e la personalità dei propri giudici.

In molti ordinamenti, le Corti hanno cercato di instaurare *un dialogo con il legislatore*, evitando di sostituirvisi, ma senza sacrificare *in toto* l’esigenza di ristabilire il corretto rapporto tra fonti dell’ordinamento o di garantire il rispetto dei diritti costituzionali. I motivi che hanno spinto le Corti verso questo atteggiamento collaborativo sono essenzialmente due: il sempre maggior ruolo assunto nella difesa dei diritti costituzionali; le aspre critiche provenienti dagli altri poteri dello Stato e da parte della dottrina contro il loro “protagonismo”, a fronte di un evidente *deficit* democratico nella loro legittimazione.

Per la maggior parte, gli strumenti del dialogo non sono espressamente disciplinati, bensì forgiati a livello di formante giurisprudenziale, soprattutto grazie a un uso “creativo” dei poteri processuali – in particolare per mezzo di nuove tipologie di sentenze e della modulazione nel tempo degli effetti delle pronunce¹⁴⁶. Esaminiamo la casistica, partendo dalle forme di intervento meno invasive, dove la Corte si astiene dal pronunciarsi con effetto costitutivo, a quelle in cui, seppur in maniera differita, l’incostituzionalità viene comunque sanzionata dalla Corte con l’espulsione della norma dall’ordinamento.

In primo luogo, le Corti possono usare i loro poteri di gestione del processo in funzione decisoria. Un es. è il ricorso per incostituzionalità promosso da 71 deputati del Gruppo popolare del Congresso spagnolo, col quale si impugnava la legge 13/2005 del primo luglio, modificativa di alcune disposizioni del codice civile in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso. La legge, che introduceva nell’ordinamento spagnolo la possibilità per coppie omosessuali di contrarre matrimonio al pari delle coppie eterosessuali, era stata approvata dall’allora Governo di centro-sinistra. L’opposizione impugnava nei termini il

¹⁴⁶ Cfr. R. Pinardi, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia del legislatore*, Milano, 2007.

provvedimento, in data 30 settembre 2005, denunciandone l'incostituzionalità per violazione, *in primis*, dell'art. 32 Cost., il quale dichiara espressamente che l'istituzione matrimoniale si applica a un uomo e una donna. Come in Italia¹⁴⁷, anche in Spagna il dato costituzionale formale, unitamente a quello storico-culturale, condizionava fortemente il senso dell'interpretazione del Tribunale, che non avrebbe certo potuto ignorare il testo della disposizione, né tantomeno il suo contesto sociale e l'origine dell'istituto. La trattazione della causa è avvenuta ben 7 anni dopo il deposito del ricorso, il 4 luglio del 2012 (data dell'*auto* con cui il Tribunale accetta l'astensione del giudice Hernando Santiago); la deliberazione e votazione avvengono il 6 novembre dello stesso anno, con sentenza 198/2012, pubblicata il 28 novembre, che rigetta il ricorso nel merito. Il Tribunale motiva la propria decisione attraverso un'interpretazione evolutiva della Costituzione, che tiene conto dell'accettazione sociale del fenomeno, provata da dati statistici, e della sua diffusione in ambito comparato, in molti altri ordinamenti occidentali. Una lettura del caso, che qui si condivide¹⁴⁸, è che il Tribunale abbia volontariamente optato per ritardarne la trattazione, così da poter assicurare l'esito favorevole alla sopravvivenza della legge. Il vincolo formale del parametro *ex art. 32 Cost.* avrebbe potuto essere superato soltanto giustificando una tendenza diffusa, tanto all'accettazione dell'istituto tra la popolazione spagnola, quanto al riconoscimento giuridico dello stesso da parte di altri ordinamenti. Anche il contesto politico spagnolo ha senz'altro influito sulla scelta di aspettare a decidere: negli anni di attesa, il Governo Zapatero, promotore della legge, era rimasto in carica, mentre le elezioni del 2011 avevano invece riportato il PPE (Partito Popolare), ossia il partito dei promotori del ricorso, al potere. L'inerzia del Tribunale è dunque significativa, finalizzata a creare il contesto culturale e sociale necessario a un determinato tipo di pronuncia.

Anche la Corte costituzionale italiana ha usato lo strumento del differimento della trattazione del caso o della propria deci-

¹⁴⁷ Dove la Corte ha rigettato un'eccezione di incostituzionalità sollevata contro le norme del codice civile che limitano il matrimonio alle coppie eterosessuali (sent. 138/2010).

¹⁴⁸ L'ipotesi interpretativa che qui si condivide è stata avanzata dal prof. Francisco Javier Díaz Revorio, dell'Università di Castilla-La Mancha.

sione, con diverse finalità, *in primis* in attesa dell'adozione di un provvedimento legislativo correttivo della situazione normativa ritenuta incostituzionale (v. sent. 10/2015, in materia tributaria, promossa nel 2011 e discussa nel 2015)¹⁴⁹.

Altro caso emblematico è quello sull'impugnazione del *Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act*, promosso di fronte alla Corte suprema dell'India nel 1986 e da questa risolto nel 2001 con una sentenza interpretativa che, pur mantenendo vigente la legge, impone al marito il dovere di mantenimento della moglie divorziata non risposata e incapace di mantenersi autonomamente, fino al nuovo matrimonio della donna (*Danial Latifi & Anr vs Union Of India*, 28 Settembre 2001). La legge era stata approvata a seguito del famoso caso *Mohd. Ahmed Khan vs. Shah Bano Begum & Ors.* (1985) 2 SCC 556, promosso nel 1978 da una donna musulmana che dopo 40 anni di matrimonio, all'età di 62 anni, era stata ripudiata (triplo *talaq*) e lasciata senza mantenimento dall'*ex* marito. La Corte suprema aveva giudicato il caso nel 1985, riconoscendo il medesimo principio poi riaffermato nel 2001 e che la successiva legge sul divorzio delle donne musulmane aveva tuttavia limitato, in conformità al diritto islamico, al solo periodo dell'*iddat*. Il lungo periodo di "decantazione" del caso va interpretato con la volontà della Corte di aspettare un periodo più propizio in cui riaffermare un principio che era stato fortemente contestato dalla comunità musulmana all'indomani del caso Shah Bano.

In alcune sentenze le Corti rilevano un problema di incostituzionalità, ma si limitano a invitare il legislatore a risolvere la situazione al più presto, o in un tempo predeterminato. Si parla di sentenze *esortative*, che tuttavia, nella sostanza, restano pronunce di rigetto. In Germania, il Tribunale emette sentenze di *noch Vereinbarkeit*, ossia dichiara le norme ancora costituzionali, ma con invito al legislatore a rivedere la situazione normativa, per evitare di incorrere in una illegittimità nel futuro. In Francia, il *Conseil* ha elaborato la tipologia delle sentenze di *censure virtuelle*, con le quali l'organo denuncia una situazione di incostituzionalità, invitando il legislatore a provvedere, pronunciando tuttavia una sentenza di compatibilità con

¹⁴⁹ S. Scagliarini, *Tempi del processo ed impatto delle decisioni della Consulta*, in D'Amico, Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 559 ss.

la Costituzione¹⁵⁰. In Italia, di recente, si è definita la c.d. incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, ovvero una pronuncia di inammissibilità in cui si riscontra l'incostituzionalità della norma impugnata, ma per difetto di una soluzione univoca alternativa, la Corte rinuncia a dichiararla invalida, ammonendo il legislatore che, a fronte di successive impugnazioni, potrebbe non tollerare più la medesima situazione¹⁵¹. Un interessante ibrido tra alcune delle soluzioni finora descritte è la recente pronuncia della Corte costituzionale italiana su un caso di suicidio assistito, che ha portato alcuni autori a sottolineare il parallelo con la tipologia tedesca di sentenze¹⁵². La Corte, facendo leva sul proprio esclusivo potere di gestione del processo costituzionale, ha adottato una pronuncia innovativa per il panorama italiano: ha riconosciuto che la situazione normativa, prodotta dall'assenza di una legislazione specifica sulla materia, è incompatibile con diversi diritti costituzionali; tuttavia, ha rinviato la decisione della causa di un anno, per lasciare tempo al legislatore di sanare il vuoto normativo in maniera costituzionalmente accettabile, secondo i principi indicati nella motivazione dell'ordinanza; nel frattempo, ha dichiarato sospeso per lo stesso periodo il giudizio *a quo*, invitando i giudici in casi simili a valutare se sussistano i motivi per sollevare analogo eccezione di incostituzionalità e sospendere di conseguenza anche il loro processo, al fine di preservare i diritti dei cittadi-

¹⁵⁰ Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, cit., 155; F. Barque, *Le Conseil constitutionnel et la technique de la «censure virtuelle»: développements récents*, *Revue du droit public et de la science politique*, N. 5, 2006, 1409 ss.; G. Delle Donne, *Il tempo ritrovato. La modulazione degli effetti temporali delle decisioni del Conseil constitutionnel, prima e dopo l'avvento della QPC*, in Butturini, Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 227 ss.

¹⁵¹ «Nel dichiarare l'inammissibilità dell'odierna questione – dovuta al rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario – questa Corte deve tuttavia affermare come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia» (ad es. sent. n. 23 del 2013).

¹⁵² Ord. 207 del 2018. N. Fiano, *I-CONnect Symposium: The Italian Constitutional Court on Assisted Suicide—Court Order no. 207 of 2018: A Particular “Species” of the German Incompatibility Ruling?*, *Int'l J. Const. L. Blog*, December 8, 2018, www.iconnectblog.com; M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, *Questione Giustizia*, 19 novembre 2018, <http://questionegiustizia.it>.

ni¹⁵³. In Croazia, con la sentenza 21 febbraio 2017 sulla legge sull'aborto, la Corte ha confermato la costituzionalità della disciplina permissiva nelle prime 10 settimane, subordinata a determinate circostanze nel periodo seguente, ma ha invitato il legislatore a “modernizzare” la legge entro 2 anni, dando indicazioni dei temi su cui dovrebbe normare¹⁵⁴.

A un livello superiore di ingerenza nell'ambito della discrezionalità legislativa, troviamo *le pronunce di incompatibilità*, che dichiarano la norma costituzionalmente illegittima, senza effetto abrogativo, ossia non la espungono dall'ordinamento, lasciando al legislatore il compito di provvedere a riformare la situazione legislativa. Precursore in questo campo è stato senz'altro l'ordinamento tedesco, che ha recepito la giurisprudenza del Tribunale costituzionale in materia di *Unvereinbarkeiterklärung*. Si tratta di pronunce di mera incompatibilità, con effetto dichiarativo *pro futuro*¹⁵⁵. La norma non è più applicabile ma permane nell'ordinamento, con un monito al legislatore affinché la sostituisca con una disciplina conforme a Costituzione. La decisione può essere semplice; può fissare un termine perentorio di adempimento per il legislatore (*Frist*); può ordinare ai giudici di continuare ad applicare la norma fino al provvedimento correttivo del legislatore (*weitere Anwendbarkeit*); può adottare una disciplina transitoria¹⁵⁶. In Germania la disciplina di questo tipo di pronunce è stata parzialmente codificata, mentre altrove, per esempio in Italia o Spagna, è frutto di scelte operate direttamente dalle Corti a livello giurisprudenziale¹⁵⁷.

¹⁵³ Si v., successivamente, anche ord. 132/2020, in materia di diffamazione a mezzo stampa, con un rinvio di un anno dell'udienza, «in modo da consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali sopra illustrati».

¹⁵⁴ Cfr. gli interventi nel *Symposium—Introduction: Reconciling with the Past, Looking to the Future: The 2017 Croatian Constitutional Court's Abortion Ruling*, *Int'l J. Const. L. Blog*, June 15, 2019, www.icconnectblog.com.

¹⁵⁵ C. Graf von Pestalozza, *'Noch verfassungsmäßige' und 'bloß verfassungswidrige' Rechtslagen*, in C. Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, 519 ss. V. pure Nicolini, *Comparazione e diritto interno*, cit., 23.

¹⁵⁶ M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, e N. Fiano, *Il “governo” degli effetti della declaratoria di incostituzionalità: considerazioni alla luce delle Unvereinbarkeiterklärungen adottate dal Bundesverfassungsgericht*, entrambi in D'Amico, Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., rispettivamente 42 e 509.

¹⁵⁷ In Italia, come abbiamo visto, si parla di pronunce di incostituziona-

Il grado più penetrante di ingerenza nella competenza normativa del Parlamento si ha con le sentenze di *accoglimento sospeso*. Queste non producono effetti dal giorno successivo alla loro pubblicazione, bensì rimandano la propria efficacia alla data indicata nella pronuncia o allo scadere del tempo concesso al Parlamento senza che sia stato adottato alcun provvedimento correttivo della situazione di illegittimità costituzionale. Oltre a quello di creare un dialogo con il legislatore, mirano a evitare un vuoto normativo che potrebbe produrre conseguenze giuridiche ancor più negative della stessa norma incostituzionale. In Canada, si parla di *delayed declarations*. Ad es., nel caso *Carter v. Canada*, del 6 febbraio 2015, la Corte suprema ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione incriminatrice che proibiva in modo assoluto l'aiuto al suicidio e l'eutanasia attiva (art. 241.b c.p.), ma ha ritenuto di dover sospendere gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità per un anno, al fine di permettere al Parlamento di adottare gli opportuni provvedimenti normativi¹⁵⁸. L'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dei Cittadini e dei Principi Fondamentali dell'Ordinamento Sammarinese (e l'art. 44.7 del Regolamento del Collegio dei Garanti) prevede una sospensione automatica degli effetti delle pronunce, di 6 mesi dalla loro pubblicazione, siano esse di accoglimento o di rigetto, alla scadenza dei quali, se il Consiglio grande e generale non ha legiferato sulla materia, le disposizioni dichiarate incostituzionali non possono più essere applicate. Ugualmente avviene in Slovacchia, dove l'art. 125.3 Cost. prevede che le norme dichiarate incostituzionali perdano effetto dopo 6 mesi dalla promulgazione della decisione della Corte, salvo che l'organo che le aveva emanate non abbia provveduto nei termini ad adeguarle alla Costituzione. Nei casi riuniti *Minister of Home Affairs and Director-General of Home Affairs v. Marié Adriaana Fourie and Cecelia Johanna Bonthuys e Lesbian and gay equality project et al. v. Minister of Home Affairs, Director-General of Home Af-*

lità accertata ma non dichiarata; in Spagna, di *sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, con apelación al legislador*, a partire dalla STC 45/89 (M. Fernández de Frutos, *El Procedimiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad*, Barcelona, 2003, 538 ss.; Á. Garrorena Morales, *Artículo 164*, cit., 357 ss.

¹⁵⁸ «[126] [...] It is for Parliament and the provincial legislatures to respond, should they so choose, by enacting legislation consistent with the constitutional parameters set out in these reasons». Cfr. il commento di U. Adamo, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, *Diritti Comparati*, 23 novembre 2018, www.diritticomparati.it.

fairs, Minister of Justice and Constitutional Development, del 1 dicembre 2015, la Corte costituzionale del Sudafrica ha pronunciato una sentenza monitoria sospensiva additiva: ha dichiarato l'incostituzionalità della norma della *common law* che definiva il matrimonio come unione fra moglie e marito; ha sospeso gli effetti della pronuncia per 12 mesi, al fine di permettere al Parlamento di regolare la materia; infine, ha riformulato la disposizione, in caso di inerzia del legislatore allo scadere del termine¹⁵⁹.

In molti ordinamenti tale tipo di pronuncia è conosciuta come pronuncia di incostituzionalità differita. In Armenia, ad es., la Costituzione consente alla Corte di differire l'efficacia delle sue pronunce. L'art. 68 l. TC specifica che tale possibilità è consentita qualora essa constati che l'efficacia immediata provocherebbe inevitabilmente gravi conseguenze per la società e per lo Stato, ledendo la sicurezza giuridica. Anche in Ecuador, la legge organica disciplina il differimento degli effetti della pronuncia, ma solo nei casi in cui ciò sia indispensabile per mantenere la supremazia delle norme costituzionali su quelle ordinarie, la piena vigenza dei diritti, sempre che ciò non sia contrario all'interesse generale o alla sicurezza giuridica. In Mozambico, i motivi per cui è possibile differire l'efficacia della sentenza sono la minaccia alla sicurezza giuridica, l'equità o un interesse pubblico di eccezionale rilievo (art. 66. 4 l. TC). In Azerbaijan, la legge stabilisce che le sentenze producono effetto dal momento indicato nelle stesse. Ugualmente, si rinvia alla determinazione del Tribunale costituzionale anche in Bahrein, Bielorussia, Bolivia, Brasile, Costa Rica, Croazia, Francia, Georgia, Giordania, Kosovo, Lituania, Moldavia, Slovenia, Tagikistan. In Bosnia-Erzegovina, Estonia, Serbia, il termine di differimento non può essere superiore a 6 mesi; in Turchia, un anno; in Polonia, 18 mesi per una legge, 12 mesi per altri tipi di atti normativi; in Austria, 18 mesi.

Ratio diversa ha la scelta di attribuire alla sentenza di incostituzionalità effetti soltanto *pro futuro*, facendo dunque salvi tanto il caso di specie che ha generato la questione incidentale,

¹⁵⁹ «[161] In keeping with this approach it is necessary that the orders of this Court, read together, make it clear that if Parliament fails to cure the defect within twelve months, the words “or spouse” will automatically be read into section 30(1) of the Marriage Act».

quanto tutti i casi analoghi pendenti ¹⁶⁰. Qui la Corte non intende dialogare con il Parlamento, bensì tutelare il legittimo affidamento delle parti, che avevano incolpevolmente confidato nella stabilità della situazione normativa o, a volte, in un precedente orientamento giurisprudenziale, come nel caso del *prospective overruling* statunitense.

8. Effetti delle sentenze

Il tema degli *effetti* delle sentenze costituzionali è stato fin dall'inizio centrale nella definizione dei modelli euristici di giustizia costituzionale. Kelsen dedica diverse pagine al "risultato" del controllo, motivando ampiamente sull'opportunità di considerare la decisione di incostituzionalità in un sistema accentrato come produttiva, sull'atto oggetto di giudizio, di effetti costitutivi, di annullamento, *pro futuro*, con limitato effetto retroattivo ai casi pendenti o non ancora contestati ¹⁶¹. Ancora, tra le coppie dicotomiche che Calamandrei utilizza per contrapporre il sistema diffuso e quello accentrato, ben due su quattro hanno a che fare con gli effetti delle pronunce di incostituzionalità (costitutivo-dichiarativo; generale-speciale) ¹⁶².

Gli effetti delle pronunce vengono classificati sulla base della variabile temporale e di quella personale. La matrice di base, riferita ai sistemi storici di controllo di costituzionalità, è alquanto semplice: le sentenze di accoglimento nel sistema accentrato hanno effetti *pro futuro* (*ex nunc*), costitutivi (di annullamento della disposizione o dell'atto impugnati) e generali (*erga omnes*); nel sistema diffuso, retroattivi (*ex tunc*), dichiarativi (della nullità della norma) e particolari (*inter partes*). L'esempio più emblematico è senz'altro quello austriaco (v. *supra*, Cap. II, § 4): il principio stabilito dall'art. 140 Cost. è la generale efficacia *pro futuro* delle decisioni; nei giudizi in via incidentale, l'unico giudice a giovare degli effetti della decisione è quello che ha sollevato la questione; la Corte conserva tuttavia la possibilità di modulare gli effetti temporali della decisione. Le sentenze di rigetto hanno invece ovunque una portata limitata al giudizio in cui vengono prese, po-

¹⁶⁰ V. ad es., Corte Cost. sent. 370/2003.

¹⁶¹ H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., 190 ss., 298 ss.

¹⁶² P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, cit., 5.

tendo sempre i titolari dell'iniziativa, in futuro, proporre un nuovo ricorso o sollevare una nuova questione sulla medesima disposizione, sulla base di mutamenti nel frattempo intercorsi sulla situazione di fatto o sul quadro normativo¹⁶³.

L'ibridazione dei sistemi di giustizia costituzionale ha trasformato lo schema di base, rendendolo un po' più articolato, tanto rispetto alla dimensione temporale¹⁶⁴, quanto a quella soggettiva dei destinatari della pronuncia.

Iniziando dagli *effetti nel tempo*, per quanto attiene al submodello accentrato, le eccezioni all'efficacia costitutiva *pro futuro* sono diverse, da analizzare tenendo in giusto conto il tipo di accesso alla Corte, in via diretta o in via di eccezione. In Germania, primo ordinamento a ibridare il modello euristico accentrato con l'eccezione di incostituzionalità, l'art. 78 I. TF pone come regola generale la nullità *ab origine* della norma dichiarata incostituzionale¹⁶⁵. Tuttavia, tale regola ha subito deroghe che ne hanno attenuato la portata, prima per via giurisprudenziale e poi con riforme legislative. Ad es., si esclude la revisione delle sentenze passate in giudicato (art. 79. 2 I. TF, salvo in caso di effetti più favorevoli al reo); si concede al Tribunale la possibilità di modulare gli effetti delle proprie pronunce; si recepisce la sentenza di mera incompatibilità, che, nel controllo concreto, rende la norma inapplicabile, senza incidere sulla sua validità, e implica un intervento del legislatore al fine di sanare la situazione¹⁶⁶. Lo stesso è accaduto in Spagna: ispirandosi alla Germania, la Costituzione e la legge organica hanno formalmente recepito il concetto di nullità della norma dichiarata incostituzionale, mentre l'evoluzione giurisprudenziale è andata verso

¹⁶³ Rappresenta un'importante eccezione a tale assunto l'ordinamento turco, dove l'art. 152 u.c. Cost. afferma: «No claim of unconstitutionality shall be made with regard to the same legal provision until ten years elapse after publication in the Official Gazette of the decision of the Constitutional Court dismissing the application on its merits» (v. anche art. 41 I. TF).

¹⁶⁴ Sui presupposti e le prospettive di uno studio comparato sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità v. Nicolini, *Comparazione giuridica e diritto interno*, cit., 1-46.

¹⁶⁵ E. Bertolini, *Le sentenze del Bundesverfassungsgericht: tipologie ed effetti*, in Butturini, Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti*, cit., 185.

¹⁶⁶ V., oltre a Bertolini, *Le sentenze*, cit., 186, anche la breve ma puntuale descrizione di F. Pedrini, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*, *Forum di Quad. Cost.*, 5 giugno 2015, www.forumcostituzionale.it.

un'inversione della norma generale a favore dell'efficacia costitutiva *ex nunc* delle pronunce in materia costituzionale (v. *supra*, § 7)¹⁶⁷.

In Armenia, dove il sistema di giustizia costituzionale è di tipo accentrato e su ricorso diretto, la legge sulla Corte ha previsto che la sentenza di incostituzionalità possa avere, in casi particolari, effetto retroattivo (art. 68, n. 10), quando l'efficacia solo *pro futuro* possa produrre conseguenze gravi per la società o lo Stato (art. 68 n. 12). In tal caso, i provvedimenti amministrativi o giudiziari presi sulla base dell'atto dichiarato invalido nei tre anni precedenti, sono oggetto di revisione da parte dell'organo che li ha adottati. Quando l'incostituzionalità riguarda una norma del codice penale o di quello disciplinare amministrativo, ogni provvedimento di esecuzione antecedente è soggetto a revisione (art. 68 n. 13).

In Belgio i giudicati dei giudici ordinari (penali, civili e amministrativi) resi sulla base di norme dichiarate incostituzionali possono essere oggetto di revisione a domanda di parte (art. 10 ss. l. TC); lo stesso in Croazia, Macedonia, Montenegro e Russia, se un provvedimento che ha violato diritti individuali è stato adottato sulla base di una norma dichiarata incostituzionale (rispettivamente, artt. 57.2 l. TC; 80 l. TC; 48 l. TC; 79 l. TC).

In Ecuador, nei giudizi astratti la regola è l'effetto *pro futuro*. In casi eccezionali è possibile la retroattività, quando ciò sia indispensabile per mantenere la supremazia delle norme costituzionali su quelle ordinarie, la piena vigenza dei diritti, e che ciò non sia contrario all'interesse generale o alla sicurezza giuridica (art. 95 l. TC). In Portogallo, nei giudizi in via astratta la norma perde efficacia *ex tunc*, dalla data della sua entrata in vigore, con reviviscenza delle norme abrogate, potendo il Tribunale modulare gli effetti della pronuncia solo per ragioni di sicurezza giuridica, equità o interesse pubblico di eccezionale rilievo (art. 282 Cost.).

Nei giudizi in via di eccezione, l'efficacia retroattiva dovrebbe essere una necessità strutturale, legata alla natura incidentale dell'iniziativa. Essa verrebbe infatti meno se le parti non avessero interesse a sollevare l'eccezione, a motivo dell'ef-

¹⁶⁷ Garrorena Morales, *Artículo 164*, cit., 360.

fetto *pro futuro* della sentenza; mentre in materia penale, si dovrebbe ovunque seguire il principio del *favor rei*¹⁶⁸. Già s'è detto dell'Austria; in Cile, è stata creata una distinzione tra sentenza di inapplicabilità e dichiarazione di incostituzionalità, che caratterizza in modo unico questo ordinamento. L'art. 93 Cost.¹⁶⁹ distingue tra giudizio di inapplicabilità (con efficacia *inter partes*), quando sorge in un procedimento *a quo* per via incidentale, dove si ritiene sia applicabile una norma contraria alla Costituzione¹⁷⁰; e giudizio di incostituzionalità, che consegue a un'impugnazione diretta, o d'ufficio dallo stesso Tribunale, della sentenza di inapplicabilità, con efficacia generale solo *pro futuro*¹⁷¹.

In Costa Rica l'art. 91 l. TC afferma che «La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe», salvo poi limitare tale portata generale in una serie cospicua di eccezioni (art. 93) e legittimare la *Sala* a mitigare gli effetti retroattivi delle proprie pronunce per evitare che possano prodursi gravi danni alla sicurezza, alla giustizia e alla pace sociale (art. 91.2).

In Italia, la dichiarazione di incostituzionalità ha un limitato effetto retroattivo ai casi simili pendenti o non esauriti e ai giudizi penali in esecuzione, qualora la decisione sia più favorevole al reo. La Costituzione, pur rinviando a successiva normazione la scelta sul tipo di accesso alla Corte, aveva optato esplicitamente per l'efficacia *pro futuro* delle decisioni di incostituzionalità (art. 136). Tale soluzione è stata corretta con la legge 87/1953, che all'art. 30. 3 afferma: «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», facendo salva, con il riferimento alla mera applicabilità della norma, una limitata efficacia

¹⁶⁸ V., ad es., art. 76 l. TC Albania; art. 31.3 l. TC Bahrein; art. 16 l. TC Belgio; art. 92 l. TC Costa Rica; art. 15C l. TC Giordania; art. 94 l. TC Honduras; art. 30 l. TC Italia; art. 66 reg. TC Kosovo; art. 66.3 l. TC Mozambico; art. 282.3 Cost. Portogallo; art. 28 l. TC Qatar; art. 40 LOTC Spagna.

¹⁶⁹ Artt. 79 ss. e 93 ss. LO n. 17.997, del *Tribunal Constitucional* (2010).

¹⁷⁰ M. A. Nuñez Poblete, *Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la reforma constitucional*, *Estudios constitucionales*, Vol. 10, N. 1, 2012, 15-64.

¹⁷¹ V. art. 58 l. TC. H. Nogueira Alcalá, *La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante*, *Estudios constitucionales*, N. 4, 2006, 103.

retroattiva ai casi pendenti e ai rapporti in essere non esauriti¹⁷². A sua volta, la regola della retroattività subisce eccezioni ad opera della Corte, al fine di evitare il rischio che «la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione” (sent. n. 13 del 2004) di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa. Per evitare che ciò accada, è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l’affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro»¹⁷³.

Una situazione simile a quella italiana si è verificata anche in Francia, con l’introduzione della QPC. La Costituzione infatti riconosce alla pronuncia effetto *pro futuro*, ma lascia al *Conseil* la facoltà di definirne l’eventuale portata retroattiva (art. 62. 2 Cost.).

Nel sub-modello diffuso-concentrato bisogna distinguere in base al binario in cui è stato attivato il controllo di costituzionalità. Di norma, le sentenze dei giudici ordinari che disapplicano una norma ritenuta incostituzionale hanno effetti limitati al caso di specie; quelle del Tribunale costituzionale su azione diretta, mantengono efficacia *erga omnes*, come nel modello kelseniano. Per altri aspetti, la disciplina può variare sensibilmente. In Angola, ad es., la sentenza di incostituzionalità nel controllo diretto ha efficacia *ex tunc*, dal momento dell’entrata in vigore dell’atto, e determina la reviviscenza dell’eventuale normativa abrogata (art. 231 Cost.). Se l’incostituzionalità è sopravvenuta, ossia a seguito di riforma della Costituzione, l’effetto retroagisce alla data di entrata in vigore del parametro costituzionale invocato. Sono fatti salvi i casi passati in giudicato, tranne che si tratti di materia penale e che abbia effetti più favorevoli al reo. Il Tribunale costituzionale, tuttavia, può decidere di limitare gli effetti delle proprie sentenze, per motivi di sicurezza giuridica (la legge

¹⁷² F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale (Contributo ad una teoria dell’invalidità costituzionale della legge)*, Padova, 1997.

¹⁷³ Sent. N. 10/2015, n. 7 diritto. Nella sentenza la Corte ha determinato i requisiti in presenza dei quali limitare gli effetti retroattivi: «l’impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco».

specifica che si tratta della tutela di situazioni giuridiche già definite o diritti acquisiti), equità o interessi pubblici di eccezionale rilievo (art. 231. 4 Cost.). Nel controllo concreto, invece, gli effetti della sentenza del Tribunale costituzionale sono limitati al caso che ha originato il ricorso (art. 47 l. TC), quando decide su ricorsi avverso sentenze dei giudici ordinari che disapplicano una norma ritenuta incostituzionale o che la applicano nonostante l'eccezione di incostituzionalità di una delle parti. Identica disciplina si ritrova in Mozambico (art. 66 ss. l. TC).

A Cipro, dove il sistema è formalmente incidentale ma sostanzialmente diffuso-concentrato, le sentenze della Corte Suprema Costituzionale che dichiarano incostituzionale una norma hanno effetto retroattivo ed esclusivamente *inter partes* (art. 144.3 Cost.), secondo l'impostazione tipica della famiglia giuridica di *common law*.

Per quanto attiene alla dimensione personale degli effetti delle pronunce, lo schema tradizionale subisce senza dubbio molte meno eccezioni, legate essenzialmente al rapporto con il Parlamento¹⁷⁴.

Abbiamo visto che le sentenze costituzionali di accoglimento (nei sistemi di *common law* a controllo diffuso, almeno quelle delle Corti di vertice) producono effetti *erga omnes*, vincolando tutti i poteri dello Stato, e che in molti ordinamenti viene espressamente riconosciuta loro la forza di legge. Ciò non risolve il problema dell'inesauribilità del potere legislativo del Parlamento, in virtù del quale tale organo potrebbe sempre approvare nuovamente un atto di contenuto uguale a quello giudicato incostituzionale dal sistema di garanzia. Si tratta con tutta evidenza di uno stallo giuridicamente non risolvibile, sfociando in una que-

¹⁷⁴ Sorprende l'art. 520 del Codice del processo uruguayo sui soli effetti *inter partes* delle pronunce di incostituzionalità anche nel giudizio in via diretta. «La declaración de inconstitucionalidad hace inaplicable la norma legal afectada por ella, en los procedimientos en que se haya pronunciado. Si hubiere sido solicitada por vía de acción o principal, la sentencia tendrá eficacia para impedir la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales contra quien hubiere promovido la declaración y obtenido la sentencia, pudiendo hacerla valer como excepción en cualquier procedimiento jurisdiccional, inclusive el anulatorio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo». Anche in Portogallo, nei giudizi in via astratta, l'effetto è generale solo dopo tre pronunce conformi (art. 281.3 Cost.). In Colombia, la Corte costituzionale può modulare gli effetti delle proprie pronunce in materia di tutela, che ordinariamente sono *inter partes*, trasformandoli in *inter comunis* (auto 207/2010).

stione di opportunità politica. Alcuni ordinamenti hanno tuttavia formalizzato il rapporto di prevalenza della pronuncia del giudice costituzionale sulla diversa volontà parlamentare, in modo da renderlo giuridicamente sanzionabile. In Colombia, ad es., la Costituzione dichiara che «art. 243.2: Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución». In Russia, l'art. 70 della Legge cost. sulla Corte afferma che la forza di legge passiva delle sue pronunce è tale da non poter essere superata dall'adozione di un nuovo atto col medesimo contenuto. In Mongolia, invece, il raccordo tra Parlamento e Corte è stato garantito attraverso il potere di veto. Prima che la sentenza del *Tsets* acquisti forza di giudicato, infatti, il Parlamento può rinviarla una volta alla Corte, che dovrà riesaminare il caso in composizione plenaria, stando su di esso in via definitiva (art. 66.3 Cost.).

La tensione che la giustizia costituzionale genera tra garanzia dei diritti e principio democratico in alcuni ordinamenti si risolve espressamente con la prevalenza del principio di superiorità del Parlamento: in Brasile, ad es., limitatamente all'istituto della *súmula* vincolante, è stato espressamente omesso l'organo legislativo parlamentare tra quelli da essa vincolati, per cui il legislatore è sempre in grado di ribaltare l'interpretazione conforme di una norma stabilita con *súmula*.

Secondo parte della dottrina (v. *supra*, Introduzione, § 4), utilizzando come elemento classificatorio la supremazia parlamentare, si può parlare di un modello *soft* o “debole” di giustizia costituzionale¹⁷⁵. Il sistema di riferimento è quello del Canada, dove la c.d. *notwithstanding clause* (sez. 33) permette al Parlamento di superare, seppur temporaneamente (5 anni, anche se il provvedimento è rinnovabile), una eventuale pronuncia di inconstituzionalità della Corte suprema, derogando alla Carta dei Diritti.

Il rapporto con la magistratura ordinaria viene invece disciplinato dichiarando le sentenze costituzionali definitive o con ef-

¹⁷⁵ Sui meccanismi di “sopportabilità” degli effetti indesiderati del *judicial review* S. Gerotto, *Le delayed e le general declaration of invalidity nell'ordinamento canadese: un caso paradigmatico per il diritto comparato*, in Butturini, Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti*, cit., 262 ss.

ficacia di giudicato, cioè non soggette a impugnazione. Tuttalpiù, è prevista la possibilità di correggere errori materiali. A questa regola, tuttavia, esistono diverse eccezioni. In Mongolia, l'art. 30 Cost. prevede tre circostanze per cui è possibile la riconsiderazione di un caso già giudicato dalla Corte: 1) qualora l'assemblea non accetti la sentenza; 2) quando la maggioranza dei membri della Corte voti a favore di una riconsiderazione del caso; 3) in base a nuove circostanze sopravvenute. Anche in Armenia si trova una disposizione particolare, che consente alla Corte di rivedere casi già decisi entro 7 anni dal giudizio, su istanza di parte, quando la disposizione su cui si basava la sentenza sia stata modificata; o quando emerga una nuova interpretazione della disposizione costituzionale usata come parametro, in grado di modificare il giudizio precedente, qualora la questione sia di importanza costituzionale e giuridica fondamentale (art. 14 l. TC). Simili disposizioni si trovano in Azerbaijan, dove la revisione della sentenza è possibile entro 5 anni, nei casi in cui la norma-parametro venga emendata, o nuove circostanze incidano sul contenuto del giudizio (art. 83 l. TC); in Kazakistan, per gli stessi motivi, nonché nell'interesse della tutela dei diritti fondamentali e per il mantenimento della sicurezza nazionale e della sovranità e integrità dello Stato (art. 36 l. TC); in Moldavia (art. 72 l. TC), Ucraina (art. 68 l. TC) e Uzbekistan (art. 28 l. TC), sempre per circostanze non considerate al momento della decisione¹⁷⁶. Anche in Lituania, la Corte può decidere di rivedere una propria decisione, qualora nuovi fatti sopravvenuti possano cambiare l'esito del giudizio, oppure qualora l'interpretazione della disposizione non sia stata emessa sulla base del suo contenuto vigente (art. 62 l. TC). In Bosnia-Erzegovina, la sentenza costituzionale può essere oggetto di revisione qualora sopravvengano fatti, di cui all'epoca né la Corte né le parti avrebbero potuto ragionevolmente avere conoscenza, che possano per loro natura produrre un'influenza evidente sull'esito del giudizio. In tale evenienza, le parti interessate hanno 6 mesi per chiedere la revisione del caso, e la Corte deve decidere entro un anno (art. 68 l. TC). In Serbia, il caso può essere riconsiderato se la decisione è stata presa sulla base di un'interpretazione

¹⁷⁶ L'uniformità della disciplina nell'area di influenza sovietica si giustifica per il fatto che la Comunità degli Stati Indipendenti (CSI) adotta modelli di legislazione uniforme, liberamente recepibili dagli Stati membri.

evidentemente sbagliata, non emendabile con la procedura di correzione materiale (art. 96 reg. TC).

9. La fase di esecuzione

La fase di esecuzione delle sentenze costituzionali non ha mai attirato l'attenzione dei giuristi, nemmeno dei comparatisti. Alcuni hanno studiato il c.d. "seguito" delle sentenze costituzionali, ossia come il loro contenuto venga recepito dagli altri giudici o dagli organi della Pubblica Amministrazione¹⁷⁷. Molto raramente, invece, fra i criteri proposti per la classificazione dei modelli di giustizia costituzionale viene incluso anche quello sull'ampiezza del potere delle Corti di seguire e verificare l'attuazione delle proprie sentenze¹⁷⁸. Una probabile spiegazione potrebbe riguardare il presunto carattere *self executing* di sentenze che hanno per oggetto l'annullamento o la disapplicazione di una disposizione o l'interpretazione di una norma. Tuttavia, anche nell'esercizio del controllo nomocratico, spesso le Corti intendono il loro ruolo come più attivo ed espansivo, nel senso di giungere a dover garantire l'attuazione effettiva del diritto oggetto della pronuncia. L'attenzione sarà dunque focalizzata, in questo paragrafo, sugli strumenti che la Corte può utilizzare per ristabilire il diritto violato, cercando di ordinare i sistemi di giustizia costituzionale proprio sulle analogie e divergenze nella fase di esecuzione della sentenza/attuazione del diritto.

Il diritto processuale civile distingue fra domanda autodeterminata ed eterodeterminata, in base alla natura del diritto vantato dall'attore. L'oggetto del processo determina la tipologia di risposta del giudice, che si pronuncerà, a seconda dei casi, con sentenza di accertamento, costitutiva o di condanna. Anche nel giudizio costituzionale l'oggetto (*recte*, la natura della norma violata) influenza le pronunce di costituzionalità. In particolare, si può distinguere il caso in cui, per eliminare la situazione di illegittimità, è sufficiente la dichiarazione di incostituzionalità dell'atto denunciato (in quanto l'oggetto del giudizio è rappre-

¹⁷⁷ In Italia, ad es., E. Lamarque, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 699-767.

¹⁷⁸ L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 603.

sentato da un diritto assoluto, di prima o seconda generazione); oppure quando è invece necessaria un'ulteriore attività "positiva" da parte dello Stato (poiché oggetto del giudizio è un diritto c.d. di prestazione). Per vero, anche questa distinzione sconta l'usura del tempo. È stato infatti sostenuto che tutti i diritti sono prestazionali, in quanto anche rispetto alle c.d. libertà negative, la mera astensione dall'ingerenza statale nella sfera privata non garantisce giustizia o eguaglianza nel godimento del diritto. Senza contare poi che, in molti casi, l'annullamento della normativa lascia lacune che non sempre possono essere colmate con l'interpretazione sistematica o per analogia.

È stato dimostrato che, anche rispetto a diritti assoluti per eccellenza, come il diritto alla vita, il diritto all'autodeterminazione o all'identità personale, o la libertà di coscienza, usati come parametri costituzionali in casi di aborto ed eutanasia, in alcuni sistemi le Corti non si siano limitate a dichiarare incostituzionali le norme impugnate, bensì si siano sostituite al legislatore, scrivendo la normativa transitoria applicabile. Si tratta di un fatto scontato per le Corti dei Paesi di *common law*, come la Corte suprema statunitense nel *leading case Roe v. Wade*¹⁷⁹, dove il giudice Blackmun elaborò il famoso test della *viability* del feto nei distinti trimestri, per modulare il *compelling state interest* dello Stato alla limitazione del diritto alla privacy della donna; appare invece straordinario nei sistemi di diritto continentale, come quello tedesco, dove, nella sentenza sulla legge in materia di aborto, del 25 febbraio 1975¹⁸⁰, il *Bundesverfassungsgericht* fece uso del potere di esecuzione *ex art. 35* della Legge sul Tribunale costituzionale, che gli consente di «specificare nella propria decisione chi deve eseguire la sentenza; in casi individuali può anche specificare il metodo di esecuzione»¹⁸¹, adottando la normativa transitoria da applicare in attesa dell'intervento del legislatore. Sia la Corte suprema statunitense che il Tribunale costituzionale tedesco hanno ritenuto necessario, oltre che dichiarare illegittima la norma, provvedere a dettare una disciplina co-

¹⁷⁹ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁸⁰ BVerfGG 39, 1. La versione inglese della sentenza è disponibile su <http://swiss.csail.mit.edu> e pubblicata su *The John Marshall Journal of Practice and Procedure* (Vol. 9:605).

¹⁸¹ «§ 35. The Federal Constitutional Court may specify in its decision who is to execute it; in individual cases it may also specify the method of execution».

stituzionalmente compatibile, attraverso gli strumenti tecnici previsti dai rispettivi ordinamenti, ritenendo che la mera dichiarazione di incostituzionalità della legge non assicurasse la tutela necessaria dei diritti in gioco. In Italia, ad es., in assenza di tale tipo di poteri, la Corte, nella storica pronuncia n. 27 del 1975, con una sentenza interpretativa di accoglimento, si è dovuta limitare a invitare il legislatore a normare la materia secondo i principi indicati nella motivazione della sentenza.

Nei casi in cui il parametro è costituito dal principio di eguaglianza o da libertà positive, come ad es. il diritto al lavoro, alla salute, all'assistenza, l'assenza di poteri di esecuzione spinge spesso le Corti a "creare" regole e strumenti processuali supplementari per garantire l'attuazione effettiva del diritto. Ancora nel caso italiano, sebbene la dottrina contesti la natura di fonte delle sentenze costituzionali diverse da quelle di accoglimento, ed escluda comunque che vi sia un vincolo all'interpretazione proposta nella motivazione, la Corte ha in più occasioni ribadito che i principi che essa detta entrano a pieno titolo fra le norme dell'ordinamento. Ad es., nella sentenza 28/2004 e nell'ord. 153/2004 si legge che «per effetto delle ricordate sentenze - ed in particolare della 477 del 2002 - risulta ormai presente nell'ordinamento processuale civile, fra le *norme generali* sulle notificazioni degli atti, il principio secondo il quale...» (corsivo nostro).

Dunque, dal punto di vista del potere di esecuzione, è possibile classificare gli ordinamenti in base all'ampiezza degli strumenti a disposizione delle Corti.

Nei sistemi a controllo diffuso, dove le Corti di vertice sono al contempo giudici supremi costituzionali e di merito, organi apicali del potere giudiziario, esse godono dei poteri di esecuzione tipici di qualsiasi altro giudice ordinario. Ad es., la Corte suprema statunitense è dotata di poteri di ingiunzione e di emanazione di ordini restrittivi (art. 65 *Federal Rules of Civil Procedure*). In India, la Corte suprema «shall have power to issue directions or orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, whichever may be appropriate, for the enforcement of any of the rights conferred by this Part [diritti fondamentali, n.d.a.]» (art. 32.2 Cost.), e il Parlamento può conferirle per legge altri poteri, al di fuori dell'ambito di applicazione della disposizione precedente (art. 139). Inoltre, «The Supreme Court in the exercise of its jurisdiction may pass such decree or make such order as is necessary for doing complete justice in any cause or matter

pending before it, and any decree so passed or order so made shall be enforceable throughout the territory of India in such manner as may be prescribed by or under any law made by Parliament and, until provision in that behalf is so made, in such manner as the President may by order prescribe» (art. 142).

In Brasile, sistema a controllo diffuso-concentrato, che in parte si è ispirato al modello statunitense, il STF è dotato di uno specifico strumento esecutivo, il *mandado de injunção*, utilizzabile ogni volta che l'incostituzionalità consegue a un'omissione legislativa, che perciò pregiudica un diritto fondamentale (*Lei 13.300/2016*).

Simili poteri sono assegnati anche in sistemi a giustizia costituzionale accentrata. Abbiamo già visto come in Germania la legge sul Tribunale costituzionale attribuisca all'organo ampi poteri di reintegrazione del diritto. Anche il TC spagnolo ha poteri analoghi. Nel giudizio di *amparo* l'art. 55, lett. c) LOTC prevede che con la sentenza si possa pronunciare il «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación», mentre per tutti i tipi di procedimento è comunque previsto all'art. 92 che «El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, revolver las incidencias de la ejecución». Infine, l'art. 38 riconosce che le sentenze del Tribunale «vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales», mentre la dottrina le riconosce come fonti del diritto¹⁸².

In molti ordinamenti le leggi attribuiscono alle Corti un generico potere di indicare gli organi e i mezzi necessari all'esecuzione della sentenza (Bolivia; Bosnia-Erzegovina; Croazia; Kazakistan; Kosovo; Moldavia; Repubblica dominicana; Slovenia; Ucraina). A volte, tali organi sono espressamente definiti dal legislatore. In Albania, ad es., la legge individua il Governo quale garante dell'esecuzione delle sentenze della Corte, attraverso gli organi della PA, anche se la Corte può stabilire chi deve eseguire le sue sentenze, e con quali mezzi (art. 81. 3) e il Presidente della Corte può multare chi disobbedisce a un provvedimento della Corte (art. 81. 4). In Bielorussia, la legge individua gli organi

¹⁸² V. J. Pérez Royo, *Las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1991, 44-51 e *ivi* i riferimenti a Aragón e Rubio Llorente.

tenuti ad implementare il giudizio della Corte, *in primis* l'Esecutivo, quando si tratta dell'incostituzionalità di norme di legge. L'organo deve presentare al Parlamento entro 3 mesi una proposta di modifica, integrazione o di ricognizione dell'invalidità o di nuova disciplina della materia (art. 86) ¹⁸³. Quando invece il provvedimento impugnato è di altra natura, l'esecuzione della sentenza compete all'organo che lo aveva emesso, questa volta entro 2 mesi. I tempi di esecuzione possono essere determinati dalla Corte, in accordo o meno con la maggioranza parlamentare, come avviene in Kazakistan, dove, quando la sentenza comporta diminuzione di entrata o aumento di spesa, la Corte fissa un termine per l'attuazione, di comune accordo con il Governo (art. 40.1).

Alla luce di quanto finora detto, il caso italiano dovrebbe essere classificato, almeno sulla carta, fra quelli a tutela minima, non essendo prevista alcuna norma sull'esecuzione delle sentenze. Per vero, il grado di effettività delle pronunce della Corte costituzionale è molto alto, anche se ciò è dovuto per lo più a “manovre” giurisprudenziali che, sulla base del potere della Corte di gestire il proprio processo (v. *supra*, § 5), creano nuove tipologie di sentenze (v. *supra*, § 6, in tema di tipologie delle sentenze sul caso Cappato, in materia di suicidio assistito, ord. 207 del 2018).

Infine, alla Corte può essere attribuito uno specifico potere di vigilanza sull'esecuzione delle proprie sentenze, che implica il controllo sull'assunzione di provvedimenti normativi da parte degli organi competenti (ad es., art. 87 l. TC Bielorussia) o quello sull'applicazione da parte degli organi giurisdizionali o amministrativi (ad es. in El Salvador, dove il giudice rischia un processo penale a causa dell'inadempimento, oltre alla sospensione dalle sue funzioni), o su entrambi (Macedonia; Panama).

In Ecuador, in considerazione della forza immediatamente precettiva della Costituzione e dell'obbligo di rispettarla e applicarla direttamente, che grava su tutti i pubblici funzionari, il sistema di «seguimiento de sentencias y dictámenes constitucionales» è istituzionalizzato presso la Corte con un ufficio apposito («Dirección técnica», art. 74 ss. reg. TC) ed è regolata un'azione specifica in caso di «incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales» (art. 162 ss. LOGCC). L'ordinamento propone

¹⁸³ V. artt. 82 l. TC Macedonia, 281 l. TC Moldavia, 80 l. TC Russia, 104 l. TC Serbia.

un sistema integrale di garanzie costituzionali, per cui ogni giudice è competente in materia, e gode di ampi poteri di esecuzione per la tutela dei diritti fondamentali¹⁸⁴. Quando invece si tratta di inadempimento di sentenze emesse direttamente dalla Corte, in esecuzione di procedimenti di sua esclusiva competenza, come nel caso del giudizio nomocratico, le parti del processo o del procedimento amministrativo interessate all'applicazione della sentenza, o la stessa Corte d'ufficio, possono iniziare un'azione di inadempimento (art. 164, n. 4). Durante il procedimento, l'art. 165 riconosce alla Corte gli stessi poteri attribuiti ai giudici ordinari per l'esecuzione delle loro sentenze. Una struttura simile, anche se meno articolata, si può trovare anche in Kosovo, dove la Corte può adottare una pronuncia di inadempimento e alla Cancelleria è affidato il compito di vigilare sull'implementazione delle sentenze costituzionali, eventualmente relazionando alla Corte in caso di ritardi od omissioni, in modo che il tribunale possa assumere i provvedimenti giuridici necessari (art. 63, n. 6-8 reg. TC).

¹⁸⁴ «Art. 21.- Cumplimiento. - La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional.

Durante esta fase de cumplimiento, la jueza o juez podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, podrá modificar las medidas.

La jueza o juez podrá delegar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio a la Defensoría del Pueblo o a otra instancia estatal, nacional o local, de protección de derechos. Estos podrán deducir las acciones que sean necesarias para cumplir la delegación. La Defensoría del Pueblo o la instancia delegada deberá informar periódicamente a la jueza o juez sobre el cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio.

El caso se archivará sólo cuando se haya ejecutado integralmente la sentencia o el acuerdo reparatorio».

PARTE II

LA FUNZIONE DI ARBITRATO
NELL'ESERCIZIO DEI POTERI SOVRANI

CAPITOLO IV

IL CONTROLLO DI SOVRANITÀ “FEDERALE”

Sommario: 1. L'arbitrato sulla ripartizione delle competenze come controllo di sovranità. – 2. Le classificazioni dicotomiche alla prova del controllo federale di sovranità. – 3. La prevenzione dei conflitti come forma di controllo di sovranità “federale”. – 4. Il controllo preventivo di sovranità “federale”: impugnative delle delibere legislative e *certification*. – 5. Il controllo successivo a tutela della gerarchia normativa. – 6. Il controllo arbitrale di sovranità federale.

1. L'arbitrato sulla ripartizione delle competenze come controllo di sovranità

Concluso l'esame del sindacato di costituzionalità esercitato nei confronti del potere legislativo, si analizza ora la prima fra le forme di controllo di sovranità: quella “federale”. Come s'è detto (v. *supra*, Introduzione, § 5), tale controllo realizza una funzione di arbitrato nell'esercizio dei poteri sovrani per la risoluzione di conflitti fra enti, organi, istituzioni e cittadini in relazione al tipo di Stato, alla forma di Stato e a quella di governo.

Non vi sono dubbi circa la configurabilità del sindacato su atti e comportamenti dei soggetti del pluralismo territoriale in termini di controllo di sovranità. I *federalising processes* ne realizzano una forma di articolazione su scala territoriale distribuendo il potere di produzione normativa fra più centri di decisione politica. Nella variante “esterna”, la sovranità è unificata, a fini di coordinamento, dallo Stato centrale (nazionale o federale); sul versante “interno”, essa si riparte su più livelli di governo, ciascuno dei quali opera nel rispetto delle attribuzioni conferite dalle disposizioni di rango costituzionale. La letteratura designa la ripartizione territoriale del potere politico con l'espres-

sione «tipo di Stato»¹. La sovranità interna è così distinta dalla nozione tradizionale di forma di Stato, che guarda, invece, alle relazioni tra autorità e libertà. Posto che forme di articolazione territoriale del potere politico si danno anche in altre forme di Stato (socialista e a basso/nullo grado di stabilizzazione democratica, come in Myanmar²), il “tipo” viene a sovrapporsi alle più varie “forme” di Stato. Ciò consiglia una trattazione separata del controllo di sovranità federale rispetto al sindacato sull’esercizio della sovranità interna (v. *infra*, Cap. IV).

Lo Stato composto (federale o regionale che sia) si caratterizza per una ripartizione delle competenze fra i soggetti del pluralismo affidata a un testo costituzionale non modificabile unilateralmente dal centro e/o dalle periferie. La garanzia delle sfere di attribuzione spetta alla «conclusive interpretation of an independent and tenured judiciary»³: la giustizia costituzionale «covers all aspects of the federal arrangement», potendo invalidare «legislation and executive action compelling the fulfilment of constitutional obligations»⁴.

Il controllo di sovranità è *anche* a garanzia del principio di gerarchia normativa. Il bene tutelato rimane sempre la supremazia della Costituzione, *justiciable* rispetto all’attività dei pubblici poteri. I caratteri della *Staatsgerichtsbarkeit* (arbitrato) non alterano la natura del controllo: oltre a dichiarare la spettanza delle competenze in contestazione, esso è preordinato a ripristinare l’integrità delle stesse secondo l’ordine stabilito in Costituzione. Rispetto al controllo nomocratico, tuttavia, l’arbitrato sulla so-

¹ Cfr. G. Ambrosini, *Un tipo intermedio di Stato tra l’unitario e il federale, caratterizzato dall’autonomia regionale*, Riv. dir. pubbl., Vol. 25, N. 1, 1933, 67 ss.; M. Volpi, *La distribuzione territoriale dei poteri: tipi di Stato e Unione Europea*, in Morbidelli, Pegoraro, Rinella, Volpi, *Diritto pubblico comparato*, cit., 359 ss.; F. Lanchester, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, LXIII, Milano, 1990, 799 ss.

² M. Brand, *Achieving ‘Genuine Federalism’? Myanmar’s Inexorable Path Towards Constitutional Devolution and Decentralised Governance*, in A. Harding (ed), *Constitutionalism and Legal Change in Myanmar*, Oxford and Portland, OR, 2017, 135 ss.

³ N. Aroney, *The Constitution of a Federal Commonwealth: The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge, 2009, 93. R. L. Watts, *Comparing Federal Systems*, Montreal, 2008³, 6.

⁴ N. Steytler, *The Constitutional Court of South Africa: Reinforcing an Hourglass System of Multi-Level Government*, in *Courts in Federal Countries*, cit., 332.

vrantà territoriale si realizza mediante attività e istituti ulteriori: la risoluzione dei conflitti di competenza legislativa è, come si vedrà, solo una delle forme in cui tale controllo si realizza.

Vi sono, peraltro, ipotesi nelle quali si danno sia la ripartizione delle competenze e sia l'organo arbitrale; manca però un testo costituzionale: è il caso dell'UE, o di una Costituzione sovraordinata alla legislazione ordinaria, come nel Regno Unito.

Quanto all'UE, nessuno dubita che il processo d'integrazione sovranazionale presenti i tratti dei *federalising processes*; né si è esitato a riconoscere alla Corte di Giustizia una funzione arbitrale fra Unione e Stati membri in relazione alla ripartizione delle competenze stabilite dai Trattati⁵. Nel Cap. VII si valuterà se la giurisdizione della Corte di Giustizia abbia natura “costituzionale”; sin da ora può affermarsi che essa ha avuto un ruolo centrale in relazione all'interpretazione delle norme dei Trattati sulla distribuzione delle competenze. Dovendo assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» (art. 19.1 TUE), la Corte ha contribuito a delineare un «constitutional framework for a federal-type structure»⁶, favorendo, in particolare, la “costituzionalizzazione” dell'ordinamento sovranazionale europeo⁷ e, per tale via, le analogie con i *federalising processes* statali.

Quanto al Regno Unito, la carenza di una Costituzione rigida richiede di accertare se i processi di *devolution* avviati nel 1998 in favore di Scozia, Irlanda del Nord e Galles possano considerarsi espressivi del tipo di Stato composto. Quel che si può dire con certezza è che il Regno Unito pratica un'articolazione

⁵ Nel senso che l'UE sia gradualmente divenuta «an entity whose closest structural model is no longer an international organization but a denser, yet non-unitary polity, principally the federal state» v. J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Oxford, 1998, 12. Cfr. già P. Taylor, *The Politics of the European Communities the Confederal Phase*, *World Politics*, Vol. 27, 1975, 346; W. Wallace, *Europe as a Confederation: The Community and the Nation-State*, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 21, 1982, 57; M. Forsyth, *Unions of States: The Theory and Practice of Confederation*, Leicester, 1981. Cfr. altresì *Federalismo*, Torino, 2009.

⁶ E. Stein, *Toward a European Foreign Policy? European Foreign Affairs System from the Perspective of the United States Constitution*, in M. Capelletti et al. (eds), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, Vol. 1, Berlino, 1986.

⁷ Weiler, *The Constitution*, cit., 19 s.

territoriale del potere politico altamente asimmetrica; in assenza di una Costituzione formalizzata e in presenza del principio di sovranità del Parlamento, tuttavia, la ripartizione delle funzioni tra aree devolute e Parlamento è contenuta nei *Devolution acts* approvati con legge ordinaria – e gli *acts* potrebbero astrattamente essere abrogati sempre con legge ordinaria del Parlamento⁸.

Al fine di trattenere il Regno Unito nel controllo di sovranità federale, può evidenziarsi che il principio di sovranità parlamentare opera come norma sulla produzione giuridica: per mezzo di questo, il Parlamento determina le sfere di attribuzione delle aree devolute e quelle a sé riservate. Per un verso, la legge approvata dal Parlamento britannico prevale su quella delle assemblee legislative; per altro verso, il sistema di ripartizione è integrato da meccanismi che, nel tentativo di prevenire i conflitti di competenza (si pensi alla *Sewell Convention: v. infra*, § 2), condizionano le modalità di esercizio della sovranità parlamentare. Infine, il *Constitutional Reform Act 2005* ha elevato ad arbitro dei conflitti tra Parlamento e aree devolute la *Supreme Court* – compito che in precedenza lo *Scotland Act 1998* aveva attribuito al JCPC.

La Corte suprema esercita la funzione di arbitro sulla ripartizione delle competenze, mediante controllo astratto e concreto. Il controllo astratto è attivato con impugnativa in via d'azione, successiva o preventiva⁹. Il controllo astratto preventivo assume la forma di una *reference* alla Corte suprema: ove la delibera legislativa sia dichiarata *ultra vires*, questa non otterrà il *Royal Assent*. Quanto al controllo successivo, i *devolution acts* ne prevedono uno astratto e uno concreto, con possibilità di rimettere a corti di grado superiore (e poi alla Corte suprema) le questioni relative alla ripartizione delle competenze (*devolution issues*) sorte nel corso di un giudizio: «devolution issues often arise in the course of proceedings between individuals, or between

⁸ Cfr. la sez. 28(7) *Scotland Act 1998*: «This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland».

⁹ *Anderson v. Scottish Ministers* [2002] UKPC D5; *DS v. HM Advocate* [2007] UKPC 36; *Whaley v. Lord Advocate* [2007] UKHL 53. R. Hazell, *Out of Court: Why Have the Courts Played No Role in Resolving Devolution Disputes in the United Kingdom?*, *Publius*, Vol. 37, 2007, 578; A. O'Neill, *Judicial Politics and the Judicial Committee: The Devolution Jurisprudence of the Privy Council*, *The Modern Law Review*, Vol. 64, N. 4, 2001, 603 ss.

an individual and a public body»¹⁰. In tutti questi casi, si tratta di «judicial controls which are closest to constitutional review»¹¹.

2. Le classificazioni dicotomiche alla prova del controllo federale di sovranità

Il sistema di controllo elaborato nel Regno Unito non si caratterizza solo per l'assenza di una Costituzione rigida; esso mescola modelli differenti di accesso alla giurisdizione “costituzionale”, affiancando agli strumenti processuali di risoluzione delle controversie meccanismi convenzionali volti a ridurre il rischio di conflitti di competenza.

Il *trend* è condiviso dalla maggioranza degli ordinamenti composti. Sempre più spesso l'arbitrato “giurisdizionale” sulla ripartizione delle competenze è integrato da strumenti che mirano a ridurre, risolvere e – se possibile – prevenire i conflitti di competenza tra i soggetti del pluralismo¹². Nelle dinamiche federali s'integra il più tradizionale controllo giurisdizionale con altri istituti che, con terminologia classica, definiremmo di tipo politico. L'espressione, ovviamente, va intesa in senso ampio: “politico” può essere l'organo che esercita il controllo – anzi: nel caso dell'utilizzo di moduli cooperativi per la composizione delle controversie, gli *adjudicators* sono le stesse parti –; politico è il ricorso a moduli informali di prevenzione e di risoluzione della controversia (gli accordi di cooperazione), così pure il controllo sulla gerarchia normativa, come nel caso della garanzia federale svizzera (v. *infra*, § 5).

Nell'esame della *judicial review on federal grounds*, appare opportuno completare la dicotomia controllo politico-giurisdizionale con altre (e più remunerative) proposte classificatorie. Queste restituiscono una visione della giustizia costituzionale “federale” più coerente con le dinamiche del federalismo, che

¹⁰ Sulle *devolution issues raised in courts v. Schedules 6* allo *Scotland Act 1998*, 8 al *Wales Act* e 10 al *Northern Ireland Act*. Cfr. P. Craig, *Constitutional and Non-Constitutional Review, Current Legal Problems*, Vol. 54, N. 1, 2001, 157.

¹¹ Craig, *Constitutional*, cit., 156.

¹² Cfr. Watts, *Comparing*, cit., 157; Aroney, *The Constitution*, cit., 2009, 17.

è un processo attivato dai soggetti del pluralismo e costantemente ridefinito dalle interpretazioni – spesso conflittuali – che i differenti livelli di governo offrono della ripartizione costituzionale delle competenze. Politico o giurisdizionale che sia, «[the] question of whether those limits have been transgressed becomes a legal [and constitutional] question»¹³.

Alla classificazione politico-giurisdizionale si affianca quella poggiante sul binomio “prevenzione-risoluzione dei conflitti”. La prima considera meccanismi e istituti volti ad assicurare cooperazione intergovernativa in aree affidate congiuntamente a più livelli: così la peculiare ripartizione competenziale adottata in Belgio ha suggerito l’adozione di “accordi obbligatori” per quelle materie conferite (v. *infra*, § 3). La prevenzione si realizza poi attraverso il controllo preventivo di legittimità sulle delibere legislative adottate dai livelli substatuali di governo. Nel caso degli statuti e delle Costituzioni degli enti substatuali, il controllo preventivo è detto *certification*. La prevenzione dei conflitti incrocia il controllo politico-giurisdizionale perché in Svizzera e Stati Uniti il controllo preventivo su questi è esercitato da organi politici.

Lo stesso dicasi per la risoluzione dei conflitti, tradizionalmente affidata a un *judicial adjudicator*. Il conflitto su atti legislativi e amministrativi può, infatti, essere attribuito a corti o, come in Etiopia, essere integralmente “politico” e affidato alla *House of Federation* assistita da un organo *ad hoc* con funzioni consultive, qual è il *Council of Constitutional Inquiry* (*supra*, Cap. II, § 9.3).

La risoluzione in via giurisdizionale dei conflitti prescinde dal carattere diffuso o accentrato del controllo nomocratico. L’arbitrato federale è tratto differenziale dei sistemi derivati dai prototipi statunitense e coloniale inglese (*supra*, Cap. II, §§ 9.2), sia di *common law* (Canada, Australia, Malesia, Nigeria e India), sia latinoamericani (Brasile, Argentina e Messico). Ma è pure carattere differenziale degli ordinamenti nei quali sono presenti giudici costituzionali *ad hoc*: Austria, Germania, Italia, Spagna e Belgio.

Tuttavia, anche l’opposizione accentrato-diffuso sembra

¹³ T. Blackshield, G. Williams, *Australian Constitutional Law and Theory: Commentary and Materials*, Annandale, 2010⁵, 3. V. anche Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., 15-2.

non riflettere le dinamiche degli ordinamenti federali: la Federazione di Russia ha adottato un sistema misto di giustizia costituzionale (*supra*, Cap. II, § 15.3); in Sudafrica, la XVII revisione costituzionale del 2012 (in vigore dal 2013) ha accentuato i tratti di diffusione della giurisdizionale costituzionale, dilatandola al di là delle *constitutional matters* (v. *supra*, Cap. II, § 15.4). Come si è avuto modo di evidenziare (v. *supra*, Cap. I, § 6), gli Stati Uniti – prototipo del controllo diffuso – coltivano, sin dalla loro creazione, meccanismi di *judicial review of legislation* concentrato per la risoluzione di *constitutional disputes*. Così, la *jurisdiction* su *cases and controversies* tra i soggetti della Federazione è, per volontà della stessa Costituzione, nelle mani di *una sola* Corte suprema: l'art. III, sez. 1, Cost., stabilisce che «In all Cases [...] in which a State shall be Party, the Supreme Court shall have original Jurisdiction».

Tale modalità di accesso alla Corte suprema è di per sé denotativa della complessità dei controlli di sovranità: il sindacato può essere concreto ma ad accesso in via principale; il giudizio arbitrale spesso si converte in giudizio sulla gerarchia normativa. D'altra parte, già in sede di esame dell'accesso alla giustizia costituzionale negli Stati di *common law* (*supra*, Cap. III, § 2.5) si era evidenziato come l'accesso incidentale e il giudizio concreto delle Corti siano variamente integrati da giudizi resi in via principale, a carattere sia concreto sia astratto e rispetto ai quali le Corti supreme hanno *original jurisdiction*: si pensi alle Corti supreme di Canada e India e alla *High Court* of Australia. Si tratta di modelli di risoluzione delle controversie non differenti dal giudizio in via principale nei sistemi accentrati, dove il controllo astratto sulle leggi è integrato da conflitti fra soggetti del pluralismo territoriale.

Combinazioni di modalità differenziate di esercizio del controllo di sovranità generano conseguenze di rilievo: la tutela della supremazia costituzionale si accompagna a una continua interpretazione dei cataloghi competenziali al fine di assicurare che questi sappiano rispondere ai continui mutamenti che caratterizzano le società federali contemporanee¹⁴. Ciò significa che l'esame del controllo di sovranità federale deve considerare anche gli esiti dei processi di prevenzione e risoluzione dei conflitti.

¹⁴ Watts, *Comparing Federal Systems*, cit., 160-161.

L'evoluzione degli assetti federali si realizza mediante strumenti processuali e pratiche d'interpretazione del testo costituzionale: si tratta, com'è evidente, di esaminare come la giustizia costituzionale faciliti, prevenga o generi mutamenti informali degli assetti territorialmente composti¹⁵.

3. La prevenzione dei conflitti come forma di controllo di sovranità "federale"

Con l'espressione "prevenzione dei conflitti" ci si riferisce a una pluralità di strumenti e meccanismi processuali che vanno ben oltre la modalità di controllo preventivo degli atti dei pubblici poteri territoriali innanzi agli organi di giustizia costituzionale. Un primo gruppo di tali strumenti genera un controllo preventivo rispetto allo stesso contenzioso costituzionale: si tratta dei meccanismi a garanzia del *principio di leale collaborazione* fra livelli di governo. Il controllo è politico, perché la prevenzione del conflitto è assicurata dagli stessi soggetti del pluralismo.

V'è poi il controllo preventivo sulla legislazione, attraverso cui gli organi di giurisdizione costituzionale accertano se la delibera sottoposta a sindacato sia conforme alla ripartizione delle competenze o ecceda le sfere di attribuzione costituzionalmente stabilite. Una variante di tale controllo è il processo di *certification*: solitamente riservato, come già detto, agli statuti-Costituzioni substatuali, esso può essere attribuito o agli organi politico-rappresentativi federali o alle corti: anche in tali ipotesi, va accertato se, nell'esercizio dell'autonomia costituzionale, gli enti sub-statali abbiano rispettato la Costituzione nazionale e le clausole di omogeneità ivi contenute¹⁶.

Va evidenziato che i meccanismi di prevenzione (siano essi di tipo politico o giurisdizionale) non escludono l'attivazione di controlli giurisdizionali successivi su atti già sottoposti a sindacato preventivo. Così accade, per le Costituzioni cantonali in Svizzera e negli Stati Uniti¹⁷, e nel Regno Unito per gli atti nor-

¹⁵ Il ricorso a tecniche interpretative è evidente negli Stati Uniti: v. J. E. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, 1980.

¹⁶ Sulle quali v. G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, 106.

¹⁷ Art. 189 Cost. Svizzera; art. III(1)(2) Cost. USA; art. 123 Cost. Italia.

mativi delle autorità devolute (v. *supra*, § 2). In Italia, il controllo preventivo sugli statuti regionali nella forma del giudizio in via principale (art. 123.2 Cost.) non preclude il controllo successivo in via incidentale¹⁸.

La prevenzione e composizione dei conflitti in sede politica mira primariamente a dipanare i cataloghi delle competenze contenuti nei testi costituzionali. L'area di sovrapposizione – che, dunque, richiede coordinazione – di maggior rilievo è quella dove si esercita la potestà legislativa di tipo concorrente, considerata un tratto distintivo del modello “europeo” di articolazione del potere politico federale-regionale¹⁹. Non che gli assetti poggiati sul c.d. *dual federalism* – fra questi, gli ordinamenti federali anglosassoni²⁰ – non conoscano la forma tipologica della potestà legislativa concorrente. Essa può essere stabilita in Costituzione, come in Canada²¹; o costituire l'esito della *constitutional interpretation* delle Corti che esercitano la *constitutional adjudication on federal grounds*, nonché essere conseguenza dell'incidenza del modello costituzionale “sociale” sull'articolazione federale e regionale del potere politico, come in Australia²².

La composizione/prevenzione dei conflitti si articola, pertanto, mediante «institutions and processes for intergovernmental collaboration» che svolgono due funzioni importanti: «conflict resolution and a means of adapting circumstances»²³. Vi sono così aree nelle quali la cooperazione è costituzionalmente prevista come istituto di prevenzione mediante interventi legislativi. La sez. 93 del *Constitution Act 1867* canadese stabilisce che, in caso di mancato rispetto da parte della legge provinciale

Per gli USA v. US Court of Appeals for the Tenth Circuit, *Awad v. Zirriax* 670 F.3d 1111 (2012) US App. Cfr. J. R. Long, *State Constitutions as Interactive Expressions of Fundamental Values*, *Albany Law Review*, Vol. 74, 2011, 1739.

¹⁸ Art. 134.1 Cost. e art. 1 l. Cost. n. 1/1948. Cfr. A. Cardone, *La 'terza via' al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio del controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Milano, 2007, 467 s.

¹⁹ A. Reposo, *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino, 2005², 55 ss.

²⁰ L'espressione *dual federalism* fu utilizzata per la prima volta da E. S. Corwin, *The Passing of Dual Federalism*, *Virginia Law Review*, Vol. 36, N. 1, 1950, 1 ss.

²¹ Cfr. le sezz. 92A (risorse naturali non rinnovabili, foreste ed energia elettrica), 94A (pensioni di anzianità e previdenza complementare) e 95 (immigrazione) del *Constitution Act, 1867* canadese. Cfr. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., 15-44 ss.

²² Cfr. Blackshield, Williams, *Australian Constitutional Law*, cit., 212 ss.

²³ Watts, *Comparing Federal Systems*, cit., 117.

della libertà di istituire scuole confessionali, il Parlamento federale può emanare *remedial Laws*.

Strumenti di cooperazione in aree di legislazione concorrente si danno altresì in Svizzera: Confederazione e Cantoni hanno l'obbligo costituzionale di cooperare e «le controversie tra i Cantoni o tra i Comuni e la Confederazione vanno composte per quanto possibile con il negoziato e la mediazione» (art. 44.3 Cost.); «il Consiglio federale cura le relazioni tra la Confederazione e i Cantoni e collabora con questi ultimi» (art. 186.3, Cost.) e approva gli atti normativi dei Cantoni laddove l'esecuzione del diritto federale lo richiede²⁴.

Non diversamente, in Belgio, il federalismo cooperativo contribuisce a precisare responsabilità e competenze dei livelli di governo: a fronte di una ripartizione competenziale particolarmente complessa, si sono introdotti numerosi istituti di collaborazione. L'art. 143.2 e 3 Cost. assegna al Senato la risoluzione di conflitti di interesse (di merito) fra livello federale, regionale e comunitario. Il controllo, di tipo politico e preventivo, si applica all'attività legislativa di tutti i soggetti della Federazione e a tutti gli ambiti di competenza, con l'eccezione delle competenze legislative in materia fiscale, che, si è detto, sono attribuite alla *Cour constitutionnel*²⁵. Vi sono poi gli accordi previsti dall'art. 92bis della *Loi spéciale de réformes institutionnelles* (1980), che dà attuazione al principio di lealtà federale (art. 143.1 Cost.)²⁶: quelli facoltativi (art. 92bis.1) e quelli obbligatori per le relazioni finanziarie intergovernative e la politica estera²⁷. Infine, ai sensi dell'art. 92bis. 5-6, si prevede la possibilità di impugnare gli strumenti di cooperazione innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

In Spagna, meccanismi cooperativi integrano l'impugnativa in via principale delle leggi substatali (art. 161.1.a Cost. e artt.

²⁴ J.-F. Aubert, *Art. 44*, in J.-F. Aubert, P. Mahon (eds), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Basel, 2003, 399-401; P. Mahon, *Art. 186*, *ivi*, 1408-1416.

²⁵ Cfr. l'art. 143.4, introdotto con la revisione costituzionale del 2014. M. Verdussen, *Conflits d'intérêts*, in M. Uyttendaele, M. Verdussen (eds), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'Etat*, Bruxelles, 2014, 250-251.

²⁶ Cfr. P. Minsier, M. Uyttendaele, *Accords de coopération*, in Uyttendaele, Verdussen (eds), *Dictionnaire*, cit., 13-29.

²⁷ Cfr. poi la lista di accordi obbligatori di cui all'art. 92bis, cc. 2-4undecies: autostrade, sicurezza sociale, ecc.

31-34 LOTC). Questa deve avvenire entro 3 mesi dalla loro pubblicazione. Il termine è prorogato fino a 9 mesi se, nelle more dell'impugnativa, si riunisce una commissione bilaterale Stato-Comunità Autonoma per negoziare un accordo²⁸.

Del Regno Unito si è evidenziata la pluralità di meccanismi di risoluzione dei conflitti di sovranità federale. Anzi: la relativa bassa conflittualità va certamente attribuita ai meccanismi di cooperazione: si pensi agli *intergovernmental concordats*, «informal, mostly bilateral, agreements between the Westminster government and the devolved administration»²⁹; o quei meccanismi di composizione politica che evitano il ricorso alle corti, quali il *Joint Ministerial Committee* (JMC), che riunisce Primo Ministro e Ministri devoluti.

Un accordo politico è richiesto per codificare la ripartizione di competenze tra Westminster e la Scozia di cui alla sez. 30 dello *Scotland Act 1998*: l'accordo modificativo del riparto è poi emanato con *order in council*³⁰. Vi sono altresì *conventions of the Constitution* nell'area della prevenzione dei conflitti: ad es., la *Sewel Convention*, così chiamata dal nome del suo ideatore, Lord Sewel e trasfusa nel *memorandum of understanding* tra i governi del Regno Unito, Scozia e Irlanda del Nord. Lo *Scotland Act 2016* ha inserito la convenzione al c. 8 della sez. 27: «But it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament»³¹.

²⁸ V. Ferreres Comella, *The Constitution of Spain: A Contextual Analysis*, Oxford, 2013, 220; J. M. Castellà Andreu, *Estado autonómico: pluralismo e integración constitucional*, Barcelona, 89-90 e bibliografia *ivi* citata.

²⁹ P. Leyland, *The Multifaceted Dynamics of U.K. Devolution*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, 2001; R. Rawlings, *Concordats of the Constitution*, *Law Quarterly Review*, Vol. 116, 2000, 257.

³⁰ La sez. 63 dello *Scotland Act 1998* richiede che l'attribuzione di ulteriori competenze amministrative all'Esecutivo scozzese avvenga sulla base di accordi tra il Gabinetto e il Governo devoluto.

³¹ Secondo M. Elliott, *The United Kingdom Constitution*, in R. Masterman, R. Schütze (eds), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge, 2019, 76, la *convention* è «unenforceable, ... the balance of power between national and territorial tiers of government remains an ultimately politica matter».

4. Il controllo preventivo di sovranità “federale”: impugnative delle delibere legislative e *certification*

Nell'esaminare le forme di controllo di sovranità federale affidate agli organi di giustizia costituzionale, converrà muovere dai controlli attivati in via principale, che possono essere di tipo preventivo o successivo.

Il controllo preventivo sulle delibere legislative è tradizionalmente considerato tratto distintivo degli ordinamenti federali. Non è un caso che, prima della revisione della Costituzione italiana avvenuta con l. cost. n. 3/2001, l'art. 127 Cost. stabilisse che le delibere legislative approvate dai Consigli regionali fossero trasmesse al Governo nazionale. Questo esercitava un controllo politico: poteva rinviare le leggi ai Consigli regionali perché apportassero le modifiche indicate; se i Consigli avessero riapprovato a maggioranza assoluta dei suoi componenti la delibera, il Governo della Repubblica era abilitato, nei quindici giorni dalla comunicazione, a promuovere la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, o quella di merito per contrasto di interessi davanti alle Camere (non diversamente da quanto accade ancora oggi in Belgio: v. *supra*, § 3) o davanti alla Corte costituzionale per questioni di legittimità costituzionale. La revisione del 2001 ha eliminato il controllo preventivo sulle delibere legislative regionali (con eccezione delle delibere statutarie). Leggi statali e regionali sono ora impugnabili entro 60 giorni dalla loro pubblicazione (art. 127 Cost.). Non diversamente, in Spagna, gli statuti di autonomia sono impugnabili davanti al TC prima della loro entrata in vigore³².

Va precisato che controlli preventivi sulla legislazione sub-statale sono esercitabili anche in Austria e Australia³³. In Austria è la Corte costituzionale a stabilire in via preventiva se l'organo legislativo (federale o regionale) ha competenze per l'adozione di un atto normativo (artt. 138a e 140a Cost.). Così facendo, la Corte precisa il significato della ripartizione di competenze tra *Bund* e *Länder*³⁴. Se è vero che in Australia il controllo di

³² Cfr. la LO n. 12/2015 che ha modificato la LOTC.

³³ Non in Germania: «mere proposals for legislation are not usually subject to judicial review; only adopted statutes are after promulgation»: W. Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis*, Oxford, 2010, 172.

³⁴ Cfr. M. Stelzer, *The Constitution of the Republic of Austria: A Contextual Analysis*, Oxford, 2011, 198-99.

sovranità federale è di solito esercitato, nella forma del sindacato incidentale, dai giudici comuni nell'ambito di un giudizio che si svolge innanzi a loro, è anche vero che controlli preventivi possono essere attivati dopo l'approvazione della delibera legislativa ma prima della sua promulgazione. La *High Court* ha stabilito rigorosi criteri di legittimazione: così l'impugnativa è ammessa anche da parte di individui «whose interests are or in the immediate future probably will be affected by the legislation»³⁵.

Anche i meccanismi di *Devolution* nel Regno Unito consentono l'impugnativa preventiva delle delibere legislative del Parlamento scozzese e dell'Assemblea gallese. Il controllo sul rispetto della ripartizione delle competenze da parte della *devolved legislation* può essere attivato mediante *reference* della delibera legislativa alla *Supreme Court* (sez. 35 dello *Scotland Act 1998* e sez. 112(1) del *Government of Wales Act 2006*)³⁶.

Anche gli ordinamenti multinazionali conoscono impugnative legislative preventive a tutela dei gruppi etnici. In Belgio, tre quarti dei membri di un gruppo linguistico rappresentato nel Parlamento federale possono bloccare un disegno di legge che pregiudichi le relazioni fra gli stessi gruppi (*sonnette d'alarme*: art. 54 Cost). In Italia, meccanismo simile è previsto a tutela della parità fra i gruppi ladino, tedesco e italiano nel Consiglio regionale del Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e della Provincia autonoma di Bolzano e può tradursi in una impugnativa della delibera legislativa (art. 56 St. T-AA).

In Bosnia-Erzegovina, l'art. IV. 3. Cost. prevede che una delibera legislativa può essere dichiarata contraria agli interessi di uno dei tre gruppi etnici costitutivi, con il voto della maggioranza dei delegati di tale gruppo presenti nella Camera delle Nazioni. Uno degli altri gruppi etnici, sempre a maggioranza, può opporsi all'applicazione della lett. e. In tal caso viene costituita una commissione con un delegato per ciascuno dei tre gruppi etnici per risolvere il conflitto. Se entro 5 giorni non si è arrivati a una soluzione, la questione viene devoluta alla Corte costituzionale

³⁵ C. Saunders, *The Constitution of Australia: A Contextual Analysis*, Oxford, 2010, 80. Cfr *Croome v. Tasmania* (1997) 191 CLR 119.

³⁶ Il primo caso di *reference* è relativo all'*Agricultural Sector (Wales) Bill* - Reference by the Attorney-General for England and Wales [2014] UKSC 43.

che giudica in via preferenziale sulla regolarità del procedimento seguito.

Al *genus* dei controlli preventivi va ascritto anche il procedimento di *certification*, mediante il quale si verifica la compatibilità fra Costituzioni e statuti degli enti substatuali, da un lato, e clausole di omogeneità (federale e regionale) contenute nelle Costituzioni nazionali, dall'altra³⁷.

Il rispetto delle clausole di omogeneità federale è variamente declinato: mentre talune Costituzioni delineano con formule volutamente ampie il generale dovere di rispetto da parte degli enti sub-statali (così l'art. IV, § 4, Cost. USA), altre (ad es.: artt. 51-52 Cost. Svizzera, 28 GG e 99 Cost. Austria) dettagliano i principi al rispetto dei quali sono tenuti i "costituenti" subnazionali.

Quanto alle modalità di *certification*, esse possono essere di tipo politico o giudiziario, in ragione dell'organo incaricato del controllo.

La più classica forma di *political certification* si dà negli Stati Uniti, dove l'art. IV.4 Cost. stabilisce il seguente principio di omogeneità federale³⁸: «[t]he United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government». La formula sembra alludere a un sistema costituzionale poggiante sui principi della sovranità popolare, di istituti di rappresentanza politica e diretta, volti ad assicurare la genuinità della volizione popolare nei processi di decisione politico-normativa e la tutela dei diritti fondamentali. La disposizione costituzionale detta pertanto una *guarantee clause* la cui *justiciability* e il cui *enforcement* sono attribuiti agli organi politico-rappresentativi della Federazione – rispetto ai quali, dunque, la Corte suprema esercita *judicial self-restraint*. Una delle ragioni addotte è che la *judicial review of legislation* ha natura successiva e concreta: la *judicial certification* avverrebbe al di fuori del requisito della presenza di una controversia tra parti processuali. Inoltre, la Corte suprema, desiderosa di non interferire con scelte politicamente impegnati-

³⁷ Sulle clausole di omogeneità federale v. Delledonne, *L'omogeneità*, cit., 142 ss.

³⁸ C. O. Lerche Jr, *The Guarantee Clause in Constitutional Law*, *The Western Political Quarterly*, N. 2, 1949, 358. A. Bonfield, *Baker v Carr: New Light on the Constitutional Guarantee of Republican Government*, *California Law Review*, Vol. 50, 1962, 245.

ve adottate dai legislativi degli Stati, è propensa a riportare la *certification* entro i margini della *political question doctrine*: i conflitti connessi alla *Guarantee Clause* presentano *political questions* che competono alle *political branches* (Congresso e Congresso). L'applicazione costante della *doctrine* dal caso *Luther v. Borden*³⁹ non significa il venir meno della gerarchia normativa: le Costituzioni degli Stati membri sono tenute a rispettare la Costituzione federale. Lo afferma la Corte suprema in *Baker v. Carr* 84 US 691 (1962), at 231: «it is insulated from federal judicial review. But such insulation is not carried over when state power is used as an instrument for circumventing a federally protected right»⁴⁰.

Non diversamente funziona la *political certification* in Svizzera, dove è l'Assemblea Federale ad approvare le Costituzioni cantonali. Se il controllo sul rispetto della gerarchia normativa dà esito positivo, l'Assemblea concede la c.d. garanzia federale (artt. 51.2 e 172.2 Cost.)⁴¹. Diversamente da quanto accade negli Stati Uniti, la *political certification* è incompatibile con il sindacato astratto. Con un'eccezione, anche di recente ribadita dal Tribunale federale: se, a seguito della concessione della garanzia federale, vi è stata una modificazione della legislazione federale, «questa evoluzione deve essere presa in considerazione, per cui il Tribunale federale ... esamina se [l'ambito materiale] disciplinato nelle caratteristiche fondamentali nella Costituzione cantonale è compatibile» con la Costituzione federale⁴².

La *certification* giudiziale è variamente articolata a seconda della natura dell'organo di giustizia costituzionale. Nei sistemi diffusi con accentramento nelle mani delle Corti supreme, la *certification* si svolge con modalità analoghe alla *judicial review*

³⁹ See *Luther v. Borden*, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849); *Texas v. White*, 74 US (7 Wall.), 700 (1869), *Pacific States Telephone and Telegraph Company v. Oregon* 23 US 118 (1912).

⁴⁰ Sul rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti da parte delle Costituzioni federali v. *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. 291 (2014) e *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission et al.*, 576 US 2015.

⁴¹ See A. Ruch, Art. 53, in B. Ehrenzeller et al. (eds), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zürich, 2008, 943 ss.

⁴² Così Corte suprema federale, *Walker versus Regierungsrat des Kantons Appenzell A.R.*, 26 Settembre 2014, ATF 140 I 394, 399, n. 7.2. V. già *X. versus Kantonsgericht Appenzell I.R.*, 27 Novembre 1985, ATF 111 Ia 239, 324, n. 3.

of legislation on federal grounds. Così in Australia, dove alcune delle disposizioni delle Costituzioni statali godono di copertura nella Costituzione federale. Il controllo di gerarchia normativa dà prevalenza a queste sulle altre mediante il controllo diffuso. Va peraltro evidenziato che le Costituzioni degli Stati australiani hanno rango legislativo ordinario e sono assoggettate alla Costituzione federale per sua statuizione espressa (sez. 106 Cost.). E, forse, sono tenute a rispettare anche la legislazione federale «although it remains unclear whether this is a general rule or whether it is confined to the relatively unusual circumstances in which the question has so far arisen»⁴³.

In Canada la stessa nozione di Costituzione provinciale «is not to be found in a comprehensive, written instrument called a constitution», essendo quella contenuta in una pluralità di atti normativi, adottati da vari soggetti e a vari livelli di efficacia: leggi imperiali, federali, provinciali, cui si aggiungono «the rules of the common law, developed or recognized over the years by the courts. Many of these common law rules concern the royal prerogative»⁴⁴. Fra i vizi evocabili in giudizio vi sono quelli formali; in particolare, il mancato rispetto delle procedure di revisione costituzionale stabilite alle sezz. 44 e 45 del *Constitution Act 1982*.

Anche in Germania la *certification* si realizza mediante gli ordinari strumenti di impugnazione delle leggi innanzi al Tribunale costituzionale federale⁴⁵. Le Costituzioni statali sono tenute al rispetto della clausola di omogeneità federale (art. 28 GG) cui accede la tutela dei diritti fondamentali (art. 79.3 GG). Lo conferma l'art. 142 GG: «e norme delle Costituzioni dei Länder restano in vigore per quanto garantiscono i diritti fondamentali previsti negli articoli» (1-18 GG). Anche in Spagna il controllo sugli statuti segue le ordinarie vie d'impugnazione: in quanto legge organica, contro la legge di approvazione dello statuto può essere proposto ricorso di incostituzionalità ai sensi dell'art. 162 Cost.

⁴³ *Port Macdonnell Professional Fishermen's Association Inc v. South Australia* (1989) 168 CLR 340; *A-G (WA) v. Marquet* (2003) 217 CLR 545. C. Saunders, *The Constitutional Credentials of State Constitutions*, *Rutgers Law Journal*, Vol. 42, 2001, 865.

⁴⁴ *Ontario (Attorney General) v. OPSEU*, [1987] 2 SCR 2, 83-84.

⁴⁵ BVerfGE 6, 104.

In Italia, la revisione costituzionale del 2001 ha introdotto un controllo preventivo sugli statuti regionali: il Governo è abilitato a ricorrere alla Corte in via principale entro 30 giorni dalla pubblicazione notiziale dello stesso sul Bollettino ufficiale della Regione. In Sudafrica, la delibera provinciale di adozione o revisione della propria Costituzione, approvata a maggioranza dei due terzi dei componenti il Legislativo (sez. 142) va trasmessa dallo *speaker* alla Corte costituzionale per la *certification* (sez. 114.1).

5. Il controllo successivo a tutela della gerarchia normativa

La risoluzione dei conflitti di sovranità federale innanzi agli organi di giurisdizione costituzionale rappresenta la forma più classica e tradizionale di sindacato della legislazione – federale/nazionale e sub-statale – in relazione alla ripartizione delle competenze stabilite in Costituzione. Il sindacato cui ci si riferisce è quello di tipo giudiziario e successivo del quale già si è evidenziato essere uno dei tratti tipici degli ordinamenti politicamente composti.

Va peraltro evidenziato che forme di sindacato a tutela della gerarchia normativa non caratterizzano solo gli Stati federali-regionali. È la presenza di tratti federalistici a richiedere, pur in assenza di una Costituzione in senso proprio, la presenza di un *final adjudicator on federal grounds*. Si sono già esaminate due ipotesi: l'UE (v. *supra*, § 1) e l'Impero britannico (v. *supra*, Cap. I, § 8): tanto nei confronti delle colonie statunitensi, quanto degli altri territori assoggettati al dominio britannico, il *Privy Council*, prima, e il JCPC, poi, esercitava la *judicial review of legislation* rispetto alla legislazione delle assemblee locali, essendo il parametro la legge del Parlamento inglese. Non è un caso che proprio nell'Impero si siano formate le più importanti federazioni oggi esistenti: la presenza di una pluralità di livelli di governo e di centri di produzione normativa, le cui competenze erano definite e rese *justiciable* da parte del JCPC ha certamente favorito il formarsi e il permanere di una cultura federalistica nei rapporti centro-periferia negli Stati Uniti, Canada, Australia, India, Nigeria e Malesia. Il JCPC ha, peraltro, operato, nel periodo coloniale, anche come *adjudicator* nei rapporti interni alle colonie/*dominions* federali: l'indipendenza – e la progressiva limitazione della giurisdizione coloniale – ha certamente favorito l'at-

tribuzione del controllo di sovranità alle Corti supreme nazionali, che hanno così raccolto e sviluppato il legato giuridico-culturale del JCPC.

Come controllo di sovranità federale, la *judicial review of legislation* si realizza attraverso numerosi congegni normativi, chiamati a risolvere i conflitti di competenza legislativa tra centro e periferia. Anche in tali ipotesi, elemento unificante è la funzione esercitata: come controllo sulla spettanza della competenza – che è gerarchicamente stabilita dalla norma di rango superiore –, non si guarda al soggetto che esercita il sindacato. Non è questione di esercitare in forma diffusa o concentrata il giudizio: se, in un ordinamento politicamente composto la legislazione di un livello di governo eccede la sfera di attribuzioni che gli sono attribuite, la violazione della ripartizione competenziale è anche contrasto con la Costituzione; la Corte – suprema o costituzionale che sia – ha l'obbligo di dichiarare l'atto costituzionalmente illegittimo.

In prospettiva storico-comparatistica, il prototipo del controllo di legittimità federale è quello esercitato dalla Corte suprema degli Stati Uniti, poi in Svizzera, e diffusosi altresì in America Latina e – nella mediazione del controllo coloniale – negli stati federali anglosassoni (Canada, India, Australia e Nigeria). In Australia, «[r]eview was assumed by the framers of the Constitution, either as a consequence of the status of the Constitution ... or as a necessary incident of federation or both»⁴⁶. Sia la legislazione substatale, sia quella della Federazione sono tenute al rispetto della Costituzione – con la sola eccezione della Svizzera dove, come s'è visto, il sindacato sulla legge federale è limitato alle ipotesi di contrasto con il diritto internazionale (artt. 189.a e 190 Cost.: v. *supra*, Cap. II, § 4).

Anche negli ordinamenti a controllo federale di sovranità di tipo diffuso, si registra la tendenza a un accentramento del controllo nelle mani delle Corti supreme. La centralizzazione si dà, ad es., anche nel submodello concentrato-diffuso, come in Sud Africa: «while all levels of the courts ... are active in the project of constitutional review, it is only the Constitutional Court that has the ultimate power to overturn a legislative act»⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. Blackshield and Williams, *Australian Constitutional Law*, cit., 3.

⁴⁷ H. Klug, *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*, Oxford and Portland (OR), 2010, 223.

Non solo vi concorre il precedente vincolante (ove previsto); ma è la stessa modalità dell’accesso a favorire un accentramento del controllo nelle corti di ultimo grado. Si pensi, infatti, che l’accesso in via principale nei conflitti di competenza legislativa è, secondo costituzione, affidato alla *original jurisdiction* delle Corti supreme – e ciò riduce le distanze tra la resa istituzionale del modello americano e di quello kelseniano.

La Corte suprema USA, ai sensi dell’art. III.1.2 Cost. esercita un vero controllo di legittimità costituzionale⁴⁸ per le *federal controversies* – cioè, le «[c]ontroversies between two or more States»: «[i]n all Cases ... in which a State shall be Party, the Supreme Court shall have original Jurisdiction». Come già si è rilevato (v. *supra*, Cap. I, § 6), il costituente aveva probabilmente considerato come concentrato il controllo di sovranità federale.

L’accesso alle Corti costituzionali e supreme è, di là della natura accentrata o diffusa del controllo, strutturato in via d’azione o di eccezione. In altri termini: il controllo nomocratico di sovranità si esercita secondo i moduli del sindacato concreto e accentrato⁴⁹.

S’è già avuto modo di analizzare l’accesso incidentale (v. *supra*, Cap. III, § 2.5); e la declinazione di questo nell’*adjudication on federal grounds* non si discosta da quello su ordinarie questioni di costituzionalità, neppure per l’applicazione dello *standing* delle parti. Il controllo di sovranità è, pertanto concreto: nei sistemi accentrati, i giudici *a quibus* rimettono alle Corti questioni di legittimità costituzionale di leggi nazionali e substatuali se ritenute lesive del riparto di competenze⁵⁰. Nei sistemi diffusi avviene lo stesso. Rispetto a Canada e Australia, nei quali esso è applicato in modo da dilatare l’accesso alla giurisdizione costituzionale, la Corte Suprema degli Stati Uniti interpreta la *case or controversy clause* (Art. III Cost.) applicando una nozione ristretta e rigorosa di *standing* nei processi costituzionali, in generale, e di sovranità federale, in particolare. Infatti, «All of the doctrines that cluster about Article III – not only standing

⁴⁸ Tribe, *American Constitutional Law*, cit., 207 s.

⁴⁹ M. C. Dorf, *Abstract and Concrete Review*, in V. Amar, M. Tushnet (eds), *Global Perspectives on Constitutional Law*, Oxford, 2009, 3.

⁵⁰ Heun, *The Constitution*, cit., 171; Ferreres Comella, *The Constitution*, cit., 222 s.

but mootness, ripeness, political question, and the like – relate in part, and in different though overlapping ways, to an idea, which is more than an intuition but less than a rigorous and explicit theory, about the constitutional and prudential limits to the powers of an unelected, unrepresentative judiciary in our kind of government»⁵¹.

In forza della stringente portata dell'art. III Cost. USA, «abstract review is forbidden in the federal courts of the United States»⁵². Il controllo astratto di sovranità è praticato nei sistemi concentrati (Austria, Germania, Italia e Spagna). In Austria, s'è già visto, le leggi federali sono impugnate innanzi alla Corte costituzionale federale dagli Esecutivi e Legislativi dei *Länder* (art. 140.3 l. TC), quelle regionali sono impugnate dal *Nationalrat* (la Camera bassa del Parlamento federale) se ritenute contrastanti con la ripartizione costituzionale delle competenze⁵³. Il giudizio astratto è spesso attivato da minoranze parlamentari per sindacare la legislazione approvata dalla maggioranza. In Germania, il controllo astratto di sovranità federale è attivato dai Governi del *Bund* e dei *Länder*, e da un terzo dei componenti il *Bundestag* (art. 93.2 GG). Sempre in Germania, l'art. 93.2a GG consente di impugnare le leggi federali in materia di legislazione concorrente. Su domanda del *Bundesrat*, di un Governo di un *Land* o della rappresentanza popolare di un *Land*, il Tribunale costituzionale federale accerta se, nell'ambito della competenza legislativa concorrente, sussistano i presupposti costituzionalmente stabiliti, per l'intervento della Federazione: questa può infatti legiferare quando e nella misura in cui la realizzazione di equivalenti condizioni di vita nel territorio federale o la tutela dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato nel suo complesso, rendano necessaria una disciplina legislativa federale. In Spagna, il *recurso de inconstitucionalidad* può essere promosso dal Presidente del Governo, da 50 senatori o 50 depu-

⁵¹ *Vander Jagt v. O'Neill*, 226 US App DC 14, 26-27, 699 F.2d 1166, 1178-79 (1983) (Bork, J, concurring). *Allen v. Wright* 468 US 737, 770 (1984). Cfr. Tushnet, *The Constitution*, cit., 148 s.; H. Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and the When*, *Yale Law Journal*, Vol. 82, 1973, 1363.

⁵² *Dorf, Abstract and Concrete*, cit., 3. Cfr., tuttavia, l'art. LXXXV Cost. Massachusetts, che assegna alla Corte suprema il sindacato preventivo e astratto sulle delibere legislative.

⁵³ Cfr. M. Stelzer, *The Constitution*, cit., 199.

tati (dei partiti d’opposizione) e dal *Defensor del Pueblo* entro tre mesi dalla pubblicazione della legge; Esecutivi e Legislativi delle *Comunidades Autónomas* sono parimenti legittimati. Controlli astratti di sovranità federali si danno in Italia, Messico, Svizzera e Russia⁵⁴.

I controlli astratti spesso introducono asimmetrie processuali a vantaggio del livello nazionale di governo. In Spagna, l’impugnativa delle leggi nazionali da parte delle *Comunidades Autónomas* non è ragione di sospensione della legge statale (art. 161.2 Cost.), ma può essere concessa se lo Stato impugna una legge substatale (artt. 161.2 Cost. e 30 LOTC). Asimmetrie si danno in Italia: l’art. 127 Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale, limita i vizi evocabili dalle Regioni e dalle Province autonome alla sola violazione della ripartizione delle competenze, consentendo allo Stato di impugnare la legislazione regionale (e provinciale) per la violazione di qualsiasi disposizione della Costituzione⁵⁵.

6. Il controllo arbitrale di sovranità federale

S’è più volte ripetuto che il controllo nomocratico non esaurisce le forme di sindacato sull’esercizio federale della sovranità. Esso è integrato dalla tradizionale funzione di arbitraggio che le giurisdizioni costituzionali esercitano per dirimere i conflitti intersoggettivi generati da atti e comportamenti di pubblici poteri non riportabili all’attività legislativa. Nuovamente, il modello è rappresentato dall’art. III Cost. USA: la *case and controversy clause*, infatti, assegna *original jurisdiction* alla Corte suprema quale che sia l’attività in contestazione. La Svizzera segue il modello statunitense, assegnando al Tribunale federale competenza sui conflitti tra Federazione e Cantoni⁵⁶: così pure fanno la Nigeria e la Malesia; benché a ogni giudice competa interpretare la Costituzione, «the Federal Court alone enjoys the power to de-

⁵⁴ Rispettivamente: art. 127 Cost. Italia; 115(II)(d) Cost. Messico; art. 189.1, lett. a) ed f) Cost. Svizzera; art. 155.4 Cost. Russia.

⁵⁵ Cfr., da ultimo, M. Nicolini, *Litigating Regionalism in Italy: the Constitutional Court and the Dynamics of the Territorial Constitution*, *Jahrbuch des Föderalismus*, Vol. 21, 2020, 93-106.

⁵⁶ Lienhard et al., *The Federal Supreme Court of Switzerland*, cit., 415.

cide on issues arising between the Federation and a State, or between States»⁵⁷.

Anche India, Argentina, Brasile e Messico seguono il prototipo USA; e i *cases and controversies* cui le disposizioni costituzionali e legislative fanno riferimento sono ‘ordinari’ giudizi di parti, occasionati dall’attività legislativa, regolamentare, amministrativa e contrattuale dei pubblici poteri che vengono incardinati, a titolo di *original jurisdiction*, presso la Corte suprema. Il modello è stato oggetto di circolazione sia in America Latina, sia presso le *ex* colonie inglesi. L’art. 102(I) Cost. Brasile, ad es. assegna al STF la protezione della Costituzione e, a titolo di *original jurisdiction*, la risoluzione delle controversie tra Federazione e Stati, fra Stati tra loro, fra Stati, Federazione e Distretto Federale. Analogamente, in India, la Corte suprema «shall, to the exclusion of any other court, have original jurisdiction in any dispute ... (b) between the Government of India and any State or States on one side and one or more other States on the other; or (c) between two or more States» (art. 131 Cost).

In tutte queste ipotesi, il conflitto non è solo su atti legislativi, ma si estende ad altri atti e/o comportamenti dei pubblici poteri, solitamente qualificati come parte della funzione arbitrale delle Corti supreme. Si pensi nuovamente alla Corte suprema degli Stati Uniti, che risolve controversie tra «States via its power to hear cases of original jurisdiction. Here, the States may petition the Court directly, as the Court alone may provide a remedy in cases involving disputes between them»⁵⁸.

Più articolato il sistema australiano: alla *High Court* competono, a titolo di *original jurisdiction* le controversie «relating to the same subject-matter claimed under the laws of different States» (sez. 75 iv Cost.). Il Parlamento federale può integrare la giurisdizione della Corte ai sensi della sez. 76 (iv), assegnandole la risoluzione dei conflitti «between States, or between residents of different States, or between a State and a resident of another State».

⁵⁷ A. Harding, *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis*, Oxford, 2013, 199. Per la Nigeria v. R. T. Suberu, *The Supreme Court of Nigeria: An Embattled Judiciary More Centralist*, in *Courts in Federal Countries*, cit., 290.

⁵⁸ C. Punia, *Kansas v Nebraska and Colorado: Keeping Equity Afloat in the Republican River Dispute*, *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy Sidebar*, Vol. 10, N. 1, 2014, 1.

Non diversamente accade nei modelli accentrati: gli artt. 93(I)(3) e 93(I)(4) GG assegnano al Tribunale costituzionale federale la risoluzione dei conflitti tra *Bund* e *Länder* (*Bund-Länder-Streitigkeiten*) e tra *Länder* (*föderative Streitigkeiten*); così pure l'art. 134 Cost. Italia e gli artt. 131.1, n. 3 e 138 Cost. Austria.

Parenteticamente, vien fatto di notare che, quale che sia la natura del sindacato (diffuso o accentrato), la funzione arbitrale è sempre assegnata in prima e unica istanza alle Corti costituzionali e supreme.

CAPITOLO V

CORTI E FORMA DI STATO

Sommario: 1. Il modello pantocratico come forma di controllo sulla sovranità “in senso ampio”. – 2. Il controllo sulle elezioni. – 3. Il controllo sui partiti. – 4. Il controllo sulla legislazione popolare e sui referendum. – 5. La funzione di arbitrato del pluralismo giuridico. – 6. Il controllo sull'autonomia locale. – 7. Il ricorso diretto individuale per violazione di diritti costituzionali: origini storiche. – 8. Il modello (tendenzialmente) “concentrato” di ricorso diretto individuale. – 9. Il modello (tendenzialmente) “diffuso” di *amparo*. – 10. Il controllo sull'esercizio dei diritti individuali in *common law*. – 11. Il controllo sulle omissioni costituzionali. – 12. Il controllo sugli stati di eccezione. – 13. Il controllo sulle revisioni costituzionali.

1. Il modello pantocratico come forma di controllo sulla sovranità “in senso ampio”

Nel proseguire l'esame del controllo di sovranità, il presente capitolo si concentra sugli istituti di giustizia costituzionale che realizzano una funzione di arbitrato fra i poteri che articolano i rapporti tra autorità e libertà, riportabili alla nozione di “forma di Stato”¹. Si tratta di istituti in parte già esaminati in relazione al controllo di sovranità “federale” e che, negli ordinamenti pluralistici contemporanei, sono altresì posti a presidio di quella che ben può definirsi come la sovranità “in senso largo”.

A fini di unificazione e proiezione della soggettività internazionale e sovranazionale del proprio ordinamento (*sovranità*

¹ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1976⁹, 135. Sulle forme di Stato: C. Tilly (ed.), *La formazione degli stati nazionali nell'Europa occidentale*, Bologna, 1984; M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2016⁶.

in senso stretto), allo Stato-persona è conferita la funzione di coordinamento dei soggetti del pluralismo sociale, politico, territoriale (*sovranità in senso largo*). Questi costituiscono la «faccia interna della sovranità»²: un'articolazione del potere politico che si accompagna alla distribuzione e al rilascio di "quote" di sovranità agli stessi soggetti del pluralismo unificati dallo Stato-persona. Ciò che distingue la sovranità "federale" dalla sovranità "in senso ampio" è la natura dei soggetti del pluralismo. Mentre il controllo di sovranità federale guarda alla ripartizione del potere – in primo luogo, di produzione normativa – fra gli enti politici territoriali intermedi tra il livello nazionale, il controllo di sovranità in senso ampio presidia la relazione tra organizzazione del potere e pluralismo anche diffuso che vertebrata la comunità. Da una parte, l'*adjudication* si dà tra *forme di organizzazione* della sovranità "soggettivate" poiché riportabili a precise tipologie di soggetti-potere (Stato centrale/nazionale ed enti substatali); dall'altra, il controllo opera in relazione allo Stato-comunità come *modalità di esercizio* della sovranità medesima. Quest'ultima non necessariamente assume la forma di soggetti-potere in grado di strutturare le istanze del pluralismo – cosa che, invece, sempre si dà in relazione agli enti sub-statali³.

Poiché non è sempre facile l'attribuzione di un sistema di controllo all'uno o all'altro modello, questa avviene sulla base di un giudizio di prevalenza di una funzione rispetto all'altra. A voler tracciare una distinzione, può evidenziarsi che il controllo di sovranità federale guarda principalmente alla produzione politico-normativa la cui ripartizione fra differenti centri di potere a carattere *territoriale* avviene secondo il criterio della *competenza*. Detto altrimenti: il pluralismo territoriale è modalità di organizzazione della sovranità cui si rilasciano quote di autonomia politica e legislativa. Il controllo sulla sovranità in senso ampio non guarda solo alle *forme* di organizzazione della sovranità (come nell'ipotesi dei giudizi a tutela dell'autonomia locale: v. *infra*, § 6); esso s'interessa altresì della produzione normativa, se diffusa nella società (garanzia del pluralismo giuridico e revisioni costituzionali: v. *infra*, rispettivamente, §§ 5 e 13) e dei

² G. Berti, *sub Art. 5*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 286.

³ Cfr. F. Palermo, M. Nicolini, *Il Bicameralismo. Pluralismo e limiti della rappresentanza in prospettiva comparata*, Napoli, 2013, 14.

metodi di esercizio della sovranità: si pensi alle elezioni (§ 2), alla costituzionalità dei partiti come strumento per la determinazione della politica nazionale (§ 3) e alle forme di legislazione popolare (§ 4); per spingersi sino ad assicurare protezione alle aree di libertà rilasciate agli individui, singoli e associati, per l'esercizio dei diritti fondamentali, anche in caso di omissioni costituzionali o di stati di emergenza (§§ 7-12).

Il controllo di sovranità “in senso ampio” è un controllo pantocratico e raccoglie la maggior parte dei giudizi che altre proposte classificatorie qualificano come “altre funzioni” delle giurisdizioni costituzionali⁴. Avendo assunto a criterio pertinente di classificazione del sistema pantocratico il pluralismo delle funzioni, ne viene che queste non possono più qualificarsi quali «ancillary powers», come poteva farsi agli albori del millennio: se, infatti, esse sono un “modo di essere” della giustizia costituzionale, tali funzioni non alterano «the status and effectiveness of the bodies»⁵; al contrario, integrano pienamente le corti all'interno dello Stato democratico-pluralista. Se così è, gli «ancillary powers of constitutional courts» non sono solo le funzioni «that fall outside the prototypical constitutional-review function», ma assicurano garanzia alle posizioni giuridiche individuali⁶.

Rimane evidenziata la *ratio* del controllo pantocratico. In un sistema costituzionale non è sempre facile l'attribuzione di tali funzioni a uno dei suoi organi; pertanto, la presenza di un *adjudicator in constitutional issues* circondato di guarentigie lo candida *naturalmente* a esercitare anche tale articolata pluralità di competenze.

Non è infine estranea all'indagine la seguente notazione: molte Costituzioni annoverano i titolari delle funzioni di giurisdizione fra gli organi cc.dd. di sovranità per la loro appartenenza all'ordine giudiziario – soggetto titolare, appunto, di una delle

⁴ Cfr. S. Baldin, *Le “altre funzioni” delle Corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell'Europa centro-orientale*, Trieste, 2000; Id., *Il rilievo giurisprudenziale delle funzioni sussidiarie delle corti costituzionali in Europa centrale e orientale*, *Rev. Gen. Der. Públ. Comp.*, N. 13, 2013; G. F. Ferrari, *Le forme di costituzionalità anomale*, *DPCE*, N. 1, 2000, 351 ss.

⁵ T. Ginsburg, Z. Elkins, *Ancillary Powers of Constitutional Courts*, *Texas Law Review*, Vol. 87, 2008, 1431.

⁶ *Ibidem*.

funzioni sovrane⁷. Anche ove il tribunale/corte sia istituito *ad hoc*⁸, non se ne può negare la qualificazione come organo di sovranità. Sia perché le Corti costituzionali realizzano l'indirizzo politico-costituzionale⁹; sia perché la funzione pantocratica si sviluppa attorno alla nozione di Costituzione come atto *justicia-ble* ed *enforceable* nei confronti dei pubblici poteri. Se, infatti, «the power of the people is superior ... and ... the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter, rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental»¹⁰.

2. Il controllo sulle elezioni

Fra le competenze in cui si articola il controllo di sovranità v'è il sindacato sulle elezioni. Si tratta di una delle attribuzioni più delicate degli organi di giustizia costituzionale. Tramite le elezioni si attiva il circuito democratico rappresentativo e si realizza la più rilevante modalità di esercizio della sovranità. Se nelle forme di Stato democratico-liberali il potere è tale perché consentito¹¹, è evidente che si pone in massimo grado l'esigenza di preservare la corrispondenza tra volontà dei governati (l'area di libertà) e dei governanti (l'area della autorità) nonché la genuinità del processo di conversione del suffragio nella selezione dei governanti (elezioni in senso stretto) e nella partecipazione ai processi decisionali. D'altra parte, tale partecipazione incide sulla produzione politico-normativa: è l'ipotesi del popolo legislatore, della quale si tratterà più oltre (§ 4).

Va poi precisato come il controllo non riguardi solo la proclamazione degli eletti: pur centrali, i giudizi sulla contestazione del risultato elettorale non esauriscono le ipotesi di contenzioso

⁷ Ad es, artt. 110, 209 e 220 Cost. Portogallo; art. 100 Cost. Grecia; art. 92 GG; sez. 166 Cost. Sudafrica.

⁸ Weber, *La jurisdicción constitucional*, cit., 56-57.

⁹ P. Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1978, 236.

¹⁰ H. Hamilton, No. 78, in *The Federalist (The Gideon Edition)*, ed. da George W. Carey e James McClellan, Indianapolis, 2001, 404.

¹¹ Cfr. L. Ward, *The politics of liberty in England and revolutionary America*, Cambridge 2004, 48.

affidato agli organi di giustizia costituzionale. Un ruolo di rilievo assumono sia l'organizzazione della procedura elettorale, sia le modalità di espressione del suffragio: entrambe richiedono di essere circondate da cautele al fine della loro piena regolarità. Non va poi dimenticato che le elezioni degli organi rappresentativi sono il momento più saliente fra le modalità di esercizio della sovranità, ma non l'unico: operazioni elettorali consentono anche la selezione dei rappresentanti 'territoriali' – e, nell'UE, dei membri del Parlamento europeo¹²–; nelle forme di governo presidenziali le elezioni consentono la selezione del Presidente, per cui il procedimento di elezione è tanto centrale quanto delicata modalità di esercizio della sovranità e strumento di determinazione dell'indirizzo politico.

Volendosi qui esaminare il contenzioso elettorale, le Costituzioni possono: *a*) trattenerlo in capo alle assemblee legislative¹³; *b*) trasferire la competenza a giurisdizioni specializzate (giunte elettorali) o ad apposite *Election Courts* composte da magistrati, che in America latina compongono un nuovo e autonomo potere dello Stato, il *poder electoral*¹⁴; *c*) attivare la competenza di Corti supreme/Tribunali costituzionali¹⁵; infine, *d*) conferirla sia alle Assemblee sia alle Corti costituzionali. Quest'ultima ipotesi

¹² Cfr. l'art. 141.1.a-b Cost. Austria: la Corte costituzionale è competente per controversie elettorali locali, provinciali ed europee.

¹³ Art. 1, sez. 5, al. 1, Cost. USA e 65 Cost. Italia; art. 76 Cost. Slovacchia. Originariamente, questa era una garanzia d'indipendenza dell'organo: v. G. Jellinek, *Una Corte costituzionale*, cit., 56-57. L'A. ricorda come la competenza sia stata trasferita dai Parlamenti ai giudici già nel XIX secolo nel Regno Unito (1868) e Svezia (1866-1876). Cfr. altresì G. Pavani, *Introducción. Centralismo y crisis de los Parlamentos occidentales en tema de control de las elecciones*, in L. Pegoraro, G. Pavani (eds.), *El Guardián de las elecciones. El control electoral en perspectiva comparada*, Bogotá, 2015, 71 ss.

¹⁴ Cfr., sull'idea originaria di Simón Bolívar, E. Roza Acuña, *Bolívar y la Organización de Los Poderes Públicos*, Bogotá, 1988; M. Iacometti, *Considerazioni "minime" su alcuni aspetti del pensiero costituzionalistico di Simón Bolívar*, in Bagni, Figueroa Mejía, Pavani (coords), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., tomo I, 1055 ss. Sul potere elettorale come autonoma funzione dello Stato: J. de J. Orozco Henríquez, *Justicia electoral comparada de América Latina*, Ciudad de México, 2019, in part. Cap. 4; C. Astudillo Reyes, *Estudio electorales*, Ciudad de México, 2019, 226; J. Chávez Molina, *El poder electoral, Ius et Veritas*, N. 9, 1994, 123 ss. L'*Election Court* è prevista per il contenzioso elettorale relativo alla Camera dei Rappresentanti dall'art. 51 Cost. Bahamas.

¹⁵ Ad es., l'art. 54 Cost. Vanuatu riserva alla Corte suprema il contenzioso elettorale. In Giamaica v. la sez. 44 Cost., per l'India l'art. 50 Cost., per il

(c.d. controllo misto o condiviso) caratterizza la Germania: l'art. 41.1 GG assegna la verifica delle elezioni e dei poteri al *Bundestag*; tuttavia, ai sensi del c. 2, la decisione del *Bundestag* è ricorribile innanzi al Tribunale costituzionale federale¹⁶. Oggetto dell'impugnazione è la decisione del *Bundestag* stesso, che è ricorribile sia dal parlamentare non convalidato, sia dai gruppi parlamentari, sia da individui il cui intervento innanzi all'organo parlamentare sia stato rigettato. Il controllo verte su regolarità e validità dell'elezione, intesa non come diritto ad essere eletto ma come processo elettorale che ha prodotto la selezione, oggetto di contestazione, del candidato eletto¹⁷. È comunque possibile eccepire, nel corso del giudizio, l'illegittimità costituzionale della legge elettorale, questione che la Corte solleverà pertanto innanzi a sé¹⁸. I controlli possono poi essere condivisi tra i tribunali elettorali e le Corti costituzionali, come in Croazia. L'art. 87 Cost. assegna alla Corte costituzionale sia il controllo sulla costituzionalità e regolarità delle elezioni, sia il contenzioso in appello avverso le decisioni della commissione elettorale¹⁹.

Negli anni più recenti si è dilatata l'attribuzione del controllo sulle elezioni agli organi di giustizia costituzionale – una scelta già adottata dal costituente austriaco nel 1920²⁰. Ciò integra, nella prospettiva delle assemblee costituenti e dei revisori costituzionali, una garanzia più intensa ed equilibrata delle procedure elettorali. Non è casuale che le Costituzioni assegnino il controllo sulle elezioni parlamentari alle sole Corti costituzionali²¹ e, in taluni casi, anche sulla *prorogation* e sullo scioglimento dell'organo rappresentativo²². Le attribuzioni, poi, comprendono

Mozambico l'art. 6.2 Cost.; per il Belize la sez. 86.1 Cost.; per il Gambia l'art. 49. Per le Corti costituzionali v. *infra*, nel testo.

¹⁶ Analogamente dispongono gli artt. 87.1 Cost. ceca. e 82 Cost. Slovenia.

¹⁷ Cfr. altresì M. de Visser, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, London, 2014, 169. Il carattere oggettivo del giudizio è stato confermato da BVerG 1, 208 (1952).

¹⁸ Cfr. BVerG, 2 BvC 1/07 7 (2008), citato e discusso da M. de Visser, *Constitutional Review*, cit., 170, nota 480.

¹⁹ Così pure l'art. 48.2 Cost. Ghana e l'art. 83 Cost. Liberia.

²⁰ Cfr. l'art. 141.1.a-b Cost.: la Corte costituzionale è competente per controversie elettorali per le elezioni: del Presidente, dei membri del *Nationalrat* e *Bundesrat*.

²¹ Ginsburg, Elkins, *Ancillary Powers*, cit., 1452. Cfr. l'art. 66 Cost. Albania; art. 35 Cost. Gibuti; l'art. 100.1.c Cost. Grecia; 73 Cost. Armenia; art. 54 Cost. Azerbaigian; art. 25 Cost. Cambogia; art. 89.1 Cost. Georgia; art. 66 Cost. Bulgaria; art. 146.1.f Cost. Romania.

²² Per la *prorogation* cfr. la recente *R (on the application of Miller)* (Ap-

anche la convocazione di referendum, nonché l'elezione, cessazione e dichiarazione di decadenza dei Presidenti²³.

L'ordinamento più strutturato è quello francese – cui, ovviamente, si affiancano gli ordinamenti che ne hanno recepito il sistema regolativo²⁴. La Costituzione francese assegna al *Conseil* il controllo su tutti i possibili procedimenti elettorali. Il contenzioso riguarda le elezioni presidenziali (art. 58), dell'Assemblea Nazionale e senatoriali (art. 59), e la regolarità delle procedure referendarie, delle quali proclama i risultati (art. 60 Cost.).

Il controllo si dà in tutte le fasi elettorali. Nel contenzioso parlamentare (deputati e senatori), il processo è analogo al contenzioso amministrativo²⁵: gli elettori iscritti nelle liste elettorali sono i ricorrenti, il candidato è il controinteressato. Il *Conseil* si è riservato di estendere il controllo anche agli atti preliminari (decreti che convocano i comizi) se la loro invalidità può incidere sulla regolarità delle intere operazioni elettorali²⁶.

In caso di elezioni presidenziali, esso interviene: a titolo consultivo per l'organizzazione delle elezioni – e a seguito delle elezioni accerta se i suoi pareri siano stati rispettati; a titolo di organo quasi-amministrativo, per la formazione delle liste; a titolo di organo giurisdizionale, sui finanziamenti, sulla campagna elettorale, sugli esiti. Va evidenziato che, a garanzia della genuinità della volizione popolare, sono legittimati ai ricorsi gli elettori nel cui distretto è avvenuta l'elezione contestata. La decisione, pubblicata sul *Journal Officiel*, non può essere impugnata²⁷.

pellant) v. *The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v. Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41. Sullo scioglimento v. l'art. 104 Cost. Marocco (2011); art. 133 Cost. Ruanda; art. 92 Cost. RD Congo.

²³ Art. 141 Cost. Armenia; art. 107 Azerbaijan; art. 140 Cost. Kenya; art. 17 l. TC Kazakhstan; art. 135.1.e Cost. Moldavia.

²⁴ Cfr. l'art. 163 Cost. Algeria; l'art. 49 Cost. Benin; gli artt. 10, 11, 83 e 84 Cost. Gabon; art. 29 ss. Cost. Senegal; art. 161 Cost. RD Congo; artt. 12, 13, 31 e 32 Cost. Ciad; l'art. 31 assegna al *Conseil Constitutionnel* del Ciad il compito di ricevere le candidature alla Presidenza della Repubblica, ratificando la lista dei candidati. Analogamente dispone l'art. 6.c Cost. Mozambico.

²⁵ In Portogallo non sono giurisdizionali le funzioni in materia elettorale e referendaria (art. 223.2, lett. c, f) e quella di controllo delle elezioni realizzate in seno al Parlamento (art. 223.2, lett g).

²⁶ CC 11 giugno 1981, *Delmas*.

²⁷ Art. 58.2; art. 3-III *loi* 6 nov. 1962; art. 50 *ordonnance* 58-1964. Cfr. de Visser, *Constitutional Review*, cit., 171.

3. Il controllo sui partiti

Connessa alle modalità di esercizio della sovranità popolare è l'attribuzione agli organi di giustizia costituzionale del controllo sui (e della dichiarazione di incostituzionalità dei) partiti politici²⁸. Si tratta di tipo di giudizio che è previsto da parte di un numero crescente di Costituzioni per ragioni che si sono già esposte nel § 1: l'esercizio della libertà di associazione consente agli individui di organizzarsi in partiti politici al fine – come afferma l'art. 49 Cost. italiana – di determinare la politica nazionale²⁹.

Lo stesso esercizio del diritto di voto conosce la mediazione partitica. Partiti, movimenti, liste, ecc. sono certamente la più tradizionale modalità di esercizio collettivo di libertà individuali che attivano i circuiti democratico-rappresentativi, aggregano gli elettori sulla base di un indirizzo politico che verrà immesso nelle sedi di decisione nelle quali si forma la politica nazionale.

Tuttavia, i partiti possono veicolare programmi politici anche in forme non compatibili con l'assetto costituzionale democratico: vuoi perché le loro organizzazioni interne non consentono o non realizzano un effettivo pluralismo; vuoi perché non concorrono con metodo democratico alla determinazione della politica nazionale; vuoi perché si propongono finalità ideologiche non compatibili con il quadro dei valori costituzionali. Nelle democrazie militanti le Costituzioni vietano che determinati principi e valori possano essere propagati, applicati e veicolati dai partiti, stabilendosi, in tali ipotesi forme di controllo e sanzione a carico dell'organizzazione politica³⁰.

Numerosi ordinamenti costituzionali limitano o proibiscono la costituzione di partiti che propagano ideologie o metodi di lotta politica incompatibili con il metodo democratico³¹. Tali disposizioni spesso si coniugano con l'obbligo di dotare i partiti medesimi di una organizzazione e di processi decisionali interni

²⁸ L. Pegoraro, *Para una clasificación "ductil" de "democracia militante"*, *Estado Constitucional*, N. 6, 2012, 119-144; de Visser, *Constitutional Review*, cit., 176.

²⁹ Cfr. Ginsburg, Elkins, *Ancillary Powers*, cit., 1447; de Visser, *Constitutional Review*, cit., 176.

³⁰ Cfr. A. Sajó (ed), *Militant Democracy*, Utrecht, 2004.

³¹ XII Disp. trans. Cost. italiana.

anch'essi a carattere democratico³². L'organo chiamato a vegliare sull'applicazione di questi disposti è usualmente il giudice ordinario – con la possibilità, come in Spagna, di impugnare la sentenza sullo scioglimento del partito davanti al giudice costituzionale mediante giudizio di *amparo*³³. Con l'approvazione del GG tedesco nel 1949, tuttavia, si trasferì definitivamente tale competenza alla giurisdizione del Tribunale costituzionale federale, abilitato a dichiarare l'incostituzionalità dei partiti politici. La previsione di tale funzione si spiega indubbiamente alla luce dell'ascesa al potere del partito nazionalsocialista mediante libere elezioni. Ciò nonostante, secondo le parole oggi utilizzate dall'art. 21.2 GG, quel partito, per «finalità o per il comportamento dei loro aderenti» mirava ad «attentare all'ordinamento costituzionale democratico e liberale, o di sovvertirlo, o di mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica federale tedesca».

A seguito di un procedimento giudiziale attivato dal Governo federale, dal *Bundestag*, dal *Bundesrat* – o dal Governo di un *Land*, se l'attività del partito è limitata alla sua circoscrizione territoriale³⁴ –, il Tribunale costituzionale federale può dichiarare incostituzionale il partito che sovverta tale ordine, oggi integrato dagli artt. 1 (dignità), 20 (modalità di esercizio della sovranità) e 79.3 GG (limiti alla revisione: diritti fondamentali, articolazione territoriale, diritti di partecipazione dei *Länder*). Segue lo scioglimento dello stesso, la confisca dei beni e la decadenza dal mandato rappresentativo dei suoi membri eventualmente eletti. Ciò avvenne nel 1952 nei confronti del rinato partito nazista e nel 1954 in relazione al partito comunista. In anni più recenti, il Tribunale costituzionale federale ha respinto la richiesta del *Bundesrat* (1994 e 2017) e del Governo federale (2003) di scioglimento *ex art.* 21 GG del partito di estrema destra NPD³⁵.

³² Cfr., ad es., l'art. 21.1 GG (per il quale i partiti devono rendere altresì conto pubblicamente della provenienza e dell'utilizzazione dei loro mezzi finanziari e dei loro beni); l'art. 4 Cost. francese 1958; l'art. 29 Cost. greca; l'art. 6 Cost. spagnola; l'art. 10.2 Cost. portoghese.

³³ Per l'Italia v. l'art. 5 l. n. 645/1952; per i Paesi Bassi l'art. 20 c.c.; per la Francia, art. 3 l. primo luglio 1901; per la Spagna l'art. 11 LO 6/2002 sui partiti politici. Cfr. L. Turano, *Spain: Banning Political Parties as a Response to Basque Terrorism*, *ICON*, 2003, 1, 730 ss.

³⁴ Cfr. l'art. 43 l. TC.

³⁵ Cfr. BVerG 2,1 (1952) (Partito socialista del *Reich*); BVerG 5, 85 (1956) (Partito comunista). Le decisioni del 1994 sono BVerG 91, 276 (1994) (Partito dei liberi lavoratori tedeschi) e BVerG 91, 262 (1992) (lista na-

Il controllo e la dichiarazione di incostituzionalità dei partiti si ricollega, per un verso, all'adozione di istituti di democrazia militante³⁶. Se, infatti, la Costituzione vieta determinate ideologie e/o metodi di confronto politico (che sono dunque "incostituzionali") agli organi di giustizia compete accertare la violazione di tali divieti. Per altro verso, l'introduzione del controllo di costituzionalità si ricollega, nella maggior parte dei casi, a transizioni costituzionali nei quali un partito aveva instaurato o conseguito il potere generando un ordinamento autoritario, a partito unico, dominante o unanimista³⁷. Si spiega così la previsione del controllo in Portogallo – che si estende altresì alle denominazioni, sigle e simboli³⁸ – in Turchia³⁹, negli ex Paesi del blocco comunista⁴⁰, negli ordinamenti americani, africani e asiatici⁴¹.

4. Il controllo sulla legislazione popolare e sui referendum

Oltre al compito di vigilare sul regolare svolgimento delle elezioni⁴², molti ordinamenti assegnano alla giustizia costituzionale anche il controllo sull'indizione di referendum e/o consul-

zionale). Per il 2003 BVerG, 2 BvB 1/01 (2003) (NPD). Per il 2017 BVerG, 2 BvB 1/13. Cfr. S. Lorentz, *Bans on political parties – The limitation of free political competition by the German Federal Constitutional Court*, *Ritsumeikan Law Review*, Vol. 31, 2014, 181 ss.; A. Zei, *La nuova giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht sull'incostituzionalità dei partiti politici: a volte la democrazia non si difende*, *Nomos*, N. 1, 2017, 1.

³⁶ M. Morlok, *Parteiverbot als Verfassungsschutz*, *NJW*, 2001, 2934.

³⁷ Sull'aggettivo unanimista v. R. Orrù, *I Paesi dell'Africa subsahariana*, in Carrozza, Di Giovine, Ferrari (coords), *Diritto costituzionale comparato*, cit., I, 574-575 per designare ordinamenti in cui il partito unico era il rappresentante della comunità tradizionale.

³⁸ Art. 223.e Cost., e art. 9 l. TC.

³⁹ Art. 69.6 Cost.

⁴⁰ Art. 149.5 Cost. bulgara (e art. 12.1.5 l. TC); art. 129.4 Cost. slovacca; art. 160 Cost. slovena (e art. 68 l. TC); art. 129 Cost. Croazia; art. 5 Cost. ceca (e artt. 4-5 l. sui partiti politici del 1991); art. 188.4 Cost. polacca (e art. 2.1.6 l. TC); art. 146.1.k Cost. Romania; art. 80 l. TC Armenia; art. 89.1.c Cost. Georgia; art. 131.1.e Cost. Albania. Cfr. *amplius* de Visser, *Constitutional Review*, cit., 176-179.

⁴¹ In America latina v. l'art. 93.1.10 Cost. cilena. In Asia v. l'art. 8.4 Cost. Corea del Sud. In Africa v. l'art. 72 Cost. Madagascar; l'art. 156 Cost. Burkina Faso; l'art. 180.1.c Cost. Angola; art. 6.1 legge Mozambico.

⁴² V., ad es.: Algeria, Armenia, Azerbaijan, Bulgaria, Cambogia, Ciad, Cipro, Croazia, Estonia, Francia, Georgia, Germania, Gibuti, India, Iran, Kazakistan, Libano, Lituania, Mali, Marocco, Mauritania, Moldavia, Mongolia,

tazioni popolari. Così accade, ad es., in Iran, Mongolia e Montenegro; in Francia, che è stata seguita da numerose *ex* colonie (Algeria, Ciad, Gibuti, Mali, Marocco, Mauritania); e un gruppo di Paesi della Comunità degli Stati indipendenti (Armenia, Georgia, Kazakistan, Russia, Tagikistan, Ucraina).

La funzione di controllo su referendum, plebisciti e altri tipi di consultazioni popolari assegnata alle Corti costituzionali può essere considerata sia attraverso la lente dei rapporti fra organi costituzionali, sia come garanzia della forma di Stato democratica. Ciò dipende innanzitutto dal tipo di consultazione popolare ammessa dall'ordinamento. Quando si tratta di referendum consultivi o confermativi, indetti dagli organi politici espressione del mandato rappresentativo, il controllo che la Corte è chiamata a svolgere è sulla regolarità della procedura di indizione, e quindi sulla competenza dell'organo⁴³. Si tratta dunque di un tipo particolare di conflitto inter-organico.

Diverso è il caso dei rapporti tra potere legislativo popolare e giustizia costituzionale. L'attribuzione di potere normativo ai cittadini implica non solo l'attribuzione del diritto di iniziativa (ampiamente diffusa in molti ordinamenti), ma soprattutto quello di approvazione diretta di progetti di legge o referendum abrogativi, senza passare attraverso le Camere. Tale ruolo di *law-making* è sempre stato considerato un'eccezione al principio rappresentativo. Tuttavia, la crisi di legittimazione che ha investito il sistema politico di molti Paesi occidentali, nonché le rivendicazioni di settori della popolazione a lungo marginalizzati dal sistema rappresentativo (come le popolazioni indigene e contadine in America latina) hanno contribuito a far emergere un forte movimento di partecipazione popolare diretta alla vita politica, senza intermediazioni partitiche.

La partecipazione popolare alle funzioni statali non è in contrasto con la democrazia rappresentativa: lo stesso Kelsen considerava «la partecipazione al governo, vale a dire alla creazione e all'applicazione delle norme generali e individuali dell'ordinamento sociale che costituiscono la comunità, come la caratteristica essenziale della democrazia»⁴⁴. Il ruolo fundamenta-

Montenegro, Mozambico, Niger, Paraguay, Portogallo, Romania, Senegal, Serbia, Slovenia, Ucraina.

⁴³ Si vedano i casi di Belgio, Cile, Ecuador, Georgia, Kazakistan, Mozambico, Portogallo, Russia, San Marino, Tagikistan, Ucraina.

⁴⁴ H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, 1995, 195. Sul concetto di popolo

le che essa assume in alcuni ordinamenti porta addirittura a ipotizzare un'evoluzione della forma di Stato democratica⁴⁵. In America latina, la partecipazione affonda le sue radici nella *plurinacionalidad*, quale forma ideale del nuovo Stato *emancipador*, che nel processo di decolonizzazione riconosce tra le componenti sociali della Nazione in senso classico, la molteplicità dei popoli originari, meticci e afrodiscendenti⁴⁶. Si arriva a giustificare la creazione di un nuovo potere dello Stato⁴⁷: in Bolivia, la funzione di partecipazione e controllo sociale (art. 241 ss.); in Ecuador, la funzione di trasparenza e controllo sociale⁴⁸; in Venezuela, il *poder ciudadano*⁴⁹.

Anche in Italia, dove i cittadini possono esercitare potere legislativo tramite referendum, il comitato promotore del referendum è stato riconosciuto “potere” dello Stato (*ex pluribus*: sent.

e sulla compatibilità fra istituti di partecipazione popolare e principio di rappresentanza v. anche C. Mortati, *Studi sul potere costituente e sulla riforma dello Stato. Raccolta di scritti*, I, Milano, 1972, 63 ss.

⁴⁵ Bolivia, Colombia, Ecuador e Venezuela si auto-definiscono “democrazie partecipative”: artt. 1 e 11 Cost. Bolivia; art. 1 Cost. Colombia; artt. 1 e 95 Cost. Ecuador; art. 1 Cost. Venezuela.

⁴⁶ Il legame intrinseco tra movimenti indigeni, Stato plurinazionale e democrazia partecipativa rappresenta la tesi di fondo del volume di A. Acosta, E. Martínez (comp.), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, 2009.

⁴⁷ L'idea del *poder ciudadano* come istituzione dello Stato si può ritrovare già nel pensiero politico di Simón Bolívar: cfr. E. Roza Acuña, *Bolívar y la Organización de Los Poderes Públicos*, Bogotá, 1988, 22, 78, 96. Nel dibattito costituente francese del 1793 si ritrova la proposta della creazione di un potere di controllo e sorveglianza popolare, una sorta di coscienza morale del politico: cfr. P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, 2000, 71.

⁴⁸ Si esercita attraverso il Consiglio di partecipazione cittadina e controllo sociale, diretta espressione della cittadinanza, il Difensore del popolo, il Revisore generale dello Stato e le soprintendenze (art. 204). Nel titolo IV «Partecipazione e organizzazione del potere» si introduce anche il concetto di «poder ciudadano», che si esprime nelle forme e secondo i principi della partecipazione alla definizione, pianificazione e controllo delle politiche pubbliche (art. 95 ss.). Infine, la *Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social*, contiene un titolo-articolo unico sul «poder ciudadano», definito come il risultato delle pratiche partecipative individuali e collettive negli ambiti individuati dalla legge.

⁴⁹ Il *poder ciudadano* è costituito dal Consiglio morale repubblicano, dal *Defensor del pueblo*, dall'Avvocato generale dello Stato e dal Controllore dei Conti e ha il compito di vigilare sulla correttezza, imparzialità, moralità, legalità dell'azione dei pubblici poteri, prevenendo, ed eventualmente sanzionando, azioni contrarie all'etica del buon governo.

69/78), ai fini della legittimazione al conflitto di attribuzioni. Si è inoltre discusso, senza tuttavia arrivare a una pronuncia a riguardo, sulla medesima natura del “corpo elettorale”⁵⁰.

Il quesito referendario o l’iniziativa legislativa popolare possono essere soggetti a: un controllo di legittimità, in relazione al rispetto della procedura prevista per la presentazione dell’iniziativa e la raccolta delle firme; un controllo preventivo di ammissibilità sul rispetto di eventuali limiti di materia sanciti in Costituzione; un controllo, preventivo e/o successivo, sul testo dell’iniziativa rispetto alla sua generale conformità con la Costituzione. Quest’ultima tipologia rientra nella forma nomocratica di giustizia costituzionale. Un caso particolare è quello delle leggi referendarie francesi che, pur avendo lo *status* di leggi ordinarie, sono state sottratte dal *Conseil* al controllo di costituzionalità⁵¹. Nella decisione n. 62-20 DC del 6 novembre 1962 relativa alla legge referendaria di approvazione della procedura di elezione diretta del Presidente della Repubblica, infatti, il *Conseil* affermò che la competenza attribuitagli dalla Costituzione non copre le leggi referendarie, in quanto «constituent l’expression directe de la souveraineté nationale».

Il medesimo argomento fu riproposto nella decisione n. 92-313 DC del 23 settembre 1992, sulla legge di autorizzazione alla ratifica del TUE⁵². Sulla base dell’art. 3.1 Cost. Francia («La souveraineté nationale appartient au peuple qui l’exerce par ses représentants et par la voie du référendum») il *Conseil* considera il controllo di costituzionalità come mera fase del proce-

⁵⁰ Zagrebelsky, Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., 432.

⁵¹ Cfr., fra i tanti, R. Capitant, *Démocratie et participation politique dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris-Bruxelles-Montréal, 1972, 157 ss.; F. Hamon, *L’extension du référendum: donnés, controverses, perspectives*, *Pouvoirs*, N. 77, 1996, 122; D. Rousseau, *L’équivoque référendaire*, <https://www.college-de-france.fr>; L. Favoreu, *Le problème du contrôle du référendum en France*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998, 263 ss.; G. Conac, J. Le Gall, *Article 11*, in F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot, *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 3^e éd., Paris, 2008, 427 e 433; M. Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Paris, 2004, 43-46.

⁵² Un’ampia bibliografia di commento alle due decisioni è segnalata sul sito del *Conseil constitutionnel* a margine di entrambi i testi delle sentenze: www.conseil-constitutionnel.fr. Cfr. in particolare Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle*, cit., 55 ss.

dimento legislativo parlamentare, nel rispetto del principio di assoluta prevalenza della volontà generale sugli altri poteri costituiti⁵³. Ciò equipara di fatto l'esercizio di potere normativo diretto da parte del popolo alla funzione di revisione costituzionale, per cui sarebbero autorizzati soltanto controlli sul procedimento, e non sul contenuto. Marthe Fatin-Rouge Stéfanini sottolinea invece come dai lavori parlamentari sul processo costituente emerga che, fin dal principio, la possibilità del controllo di costituzionalità sulle leggi referendarie era stata esclusa per garantire equilibrio alla forma di governo, essenzialmente al fine di evitare un controllo giurisdizionale sui poteri propri del Presidente della Repubblica, e non tanto, come di solito si ritiene, per rispetto della sovranità popolare⁵⁴. A sostegno ulteriore di tale argomentazione, l'A. nota come le leggi referendarie, escluse dal controllo di costituzionalità, sono invece sottoposte a quello di convenzionalità, come emerge dall'*arrêt Sarran* del 30 ottobre 1998, pronunciato dal Consiglio di Stato. Nella motivazione si sottolinea la differente prospettiva da cui muovono le due forme giurisdizionali di controllo, rispetto all'esercizio di sovranità da parte del popolo: il controllo di costituzionalità è limitato espressamente alle leggi parlamentari ed è coerente con il ruolo del *Conseil* quale organo regolatore dei poteri pubblici; il controllo di convenzionalità diffuso si esercita indistintamente su tutte le fonti primarie, per la supremazia riconosciuta dalla Costituzione alle fonti internazionali.

Il controllo preventivo sul rispetto dei limiti di materia e degli altri requisiti sostanziali della proposta integra una fattispecie di controllo pantocratico, in quanto la Corte diventa arbitro fra due "poteri" dello Stato, contribuendo a definire il concetto e i limiti della forma di Stato democratica. Il giudizio di ammissibilità è infatti in grado di comprimere o allargare la portata della legislazione popolare nell'ordinamento, influenzando quindi tanto la forma di Stato quanto quella di governo. L'interpretazione più o meno restrittiva delle «materie escluse» può di fatto vanificare la previsione degli istituti di legislazione popolare, soprattutto rispetto a clausole vaghe, come quelle che si riferiscono

⁵³ Cfr. M. Gallagher, *Popular Sovereignty and Referendums*, in A. Auer, M. Bützer (eds), *Direct Democracy: The Eastern and Central Europe Experience*, Aldershot-Burlington-Singapore-Sydney, 2001, 230.

⁵⁴ Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle*, cit., 58-61.

genericamente a «diritti e libertà fondamentali», in quanto potenzialmente ogni progetto di legge potrebbe esservi incluso.

Il controllo preventivo in relazione ai limiti di materia costituzionalmente previsti è obbligatorio e affidato alla Corte costituzionale in Albania, Bolivia, Bulgaria, Ecuador, Italia; è soltanto eventuale, in Croazia, Serbia, Slovacchia, Ungheria.

Anche il controllo preventivo di costituzionalità sul progetto di legge di iniziativa popolare o sul quesito referendario (Albania, Bolivia, Ecuador, Togo) può a volte diventare esercizio di funzione arbitrare tra poteri dello Stato, e non mera garanzia dei diritti fondamentali. Per questo motivo è poco diffuso e, ove previsto, le Corti sono restie a porre un freno preventivo all'esercizio della volontà popolare⁵⁵. In Italia, il controllo della Corte è limitato alla verifica dei limiti di forma e di materia previsti dall'art. 75 Cost. Tuttavia, a partire dalla sent. n. 16/1978, la Corte ha introdotto ulteriori condizioni di ammissibilità del quesito: il carattere omogeneo, a tutela della libertà del voto; il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e delle leggi costituzionalmente necessarie. Di conseguenza, il giudizio di ammissibilità si è via via trasformato in un controllo di costituzionalità preventivo sulla normativa di risulta, come nel caso del referendum sulle leggi elettorali⁵⁶. In Bulgaria, Croazia, Serbia e Slovacchia il sindacato è solo eventuale, su ricorso; in Ungheria, la sez. 33.3 della Legge CLI del 2011 sulla Corte costituzionale, approvata dopo la revisione costituzionale del medesimo anno, vieta espressamente alla stessa di svolgere un controllo di merito sul quesito referendario⁵⁷.

⁵⁵ L. Morel, *Referendum*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2019, 523. V. anche Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle*, cit., 236 e 243.

⁵⁶ Sent. n. 47/1991. Riconoscono la trasformazione da controllo dei requisiti di ammissibilità a verifica anticipata della costituzionalità, tra gli altri, M. Luciani, *Il nuovo referendum elettorale fra sindacato di ammissibilità e controllo di costituzionalità*, in R. Bin (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino, 1999, 130, nonché L. Carlassare, B. Caravita, R. Nania, V. Baldini in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 luglio 1996*, Milano, 1998, rispettivamente 136, 156, 215 e 245. V. anche A. Pertici, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, *passim*, in part. 230.

⁵⁷ «(3) The Constitutional Court shall not examine the merits of such pe-

5. La funzione di arbitrato del pluralismo giuridico

Il riconoscimento statale di un certo grado di pluralismo giuridico è oggi un fatto abbastanza diffuso. In America latina, Asia e Africa, i cicli costituzionali della decolonizzazione e le spinte derivanti dalle convenzioni e dichiarazioni internazionali sui diritti dei popoli indigeni hanno portato a inserire nelle Costituzioni clausole di riconoscimento del diritto delle comunità autoctone all'autogoverno, al mantenimento della loro identità e alla pratica del loro diritto ancestrale. Ugualmente, le Costituzioni di alcuni Stati caratterizzati da un forte pluralismo culturale a base etnico-religiosa, come l'India, o da *enclaves* minoritarie, come la comunità musulmana in Tracia, o le comunità non ebraiche in Israele, permettono a ciascun gruppo di applicare il proprio diritto in delimitati ambiti (in genere, il diritto di famiglia e successorio). Il pluralismo giuridico può essere forte o debole (egualitario o unitario, per Hoekema⁵⁸), a seconda di come viene regolata la convivenza fra le sue diverse componenti e di chi sia l'arbitro fra di esse in caso di conflitto. In senso forte, il riconoscimento in Costituzione del pluralismo giuridico dovrebbe implicare una equivalenza sostanziale fra i diversi complessi di norme. Ulteriore conseguenza dovrebbe essere la reciproca convivenza, con libertà di scelta in capo al singolo circa quale diritto scegliere per la disciplina dei propri rapporti giuridici, a seconda della specifica situazione in cui si trova (*forum shopping*). Infine, in situazioni di contenzioso, l'organo deputato a sciogliere la controversia dovrebbe essere un terzo imparziale, indipendente da ciascuno degli ordinamenti in causa, o a composizione mista, come in una sorta di arbitrato internazionale⁵⁹.

Il pluralismo forte non si è imposto in alcun ordinamento giuridico esistente. Tutti subordinano il diritto non statale (quello tradizionale, come quello religioso) ai limiti sostanziali posti in Costituzione, e attribuiscono il potere ultimo di dirimere

titions in which the petitioner refers to constitutional concerns regarding the content of the question or the authentication». Cfr., per una dettagliata cronaca sulla quarta revisione, Lubello, *Ungheria*, cit.

⁵⁸ A. J. Hoekema, *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, *El otro derecho*, N. 26-27, 2002, 70-71, www.ilsa.org.co.

⁵⁹ R. Molina Rivero, *Los derechos individuales y colectivos en el marco del pluralismo jurídico en Bolivia*, in E. Córdor Chuquiruna (coord.), *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, La Paz, 2011, 61.

eventuali conflitti a un organo dello Stato, sia esso una corte appartenente alla giurisdizione costituzionale, dove prevista, o a quella ordinaria. Si pensi nuovamente al Canada per il Québec, oppure a Israele rispetto agli Statuti personali, o al *Conseil constitutionnel* e al *Conseil d'État* (a seconda del parametro) per le leggi della Nuova Caledonia, o anche alla giurisdizione coloniale del JCPC, ieri e oggi (v. *supra*, Cap. I, § 8; Cap. II, §§ 9.2-9.4).

Secondo il modello debole di pluralismo giuridico, il criterio interpretativo che la Corte competente a risolvere i conflitti applica è quello dell'assoluta primazia dei valori e principi costituzionali (che incorporano la cultura maggioritaria, solitamente quella occidentale) su quelli degli altri sistemi giuridici in competizione. Sul lungo termine, ciò porta inevitabilmente a una compressione dei caratteri originari della cultura subalterna, fino a una sua completa sussunzione nella struttura propria del diritto statale⁶⁰. A ciò si aggiunga che normalmente, l'organo che esercita il controllo è formato da esperti del diritto di origine statale, che ignorano completamente i principi applicativi e interpretativi delle tradizioni "altre".

A metà strada fra le due posizioni, in una sorta di tentativo di conciliazione, si è imposto il concetto di "plurinazione". Bolivia ed Ecuador sono i primi due Stati al mondo ad essersi proclamati "plurinazionali" e "interculturali" (art. 1 Cost.).

Il concetto di "plurinazione" discende dall'incontro, in sede costituente, della tradizione giuridica occidentale (basata sull'idea monolitica di Stato-nazione di origine vestfaliana, per cui a uno Stato corrisponde un popolo insediato su un territorio, con unità di caratteri etnici, linguistici e culturali) con la volontà di intraprendere un processo di decolonizzazione, attraverso il riconoscimento paritario delle diverse nazionalità e culture che compongono le rispettive società⁶¹. Tale concetto non si lascia sussumere totalmente in categorie maggiormente note alla tradizione giuridica occidentale, quali quella di Stato decentrato

⁶⁰ A.C. Diala, *Our laws are better than yours: the future of legal pluralism in South Africa*, *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, N. 2, 2019, in part. 18.

⁶¹ R. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, 2011, 197; A. Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, 2012, 95; Acosta, Martínez (cur.), *Plurinacionalidad*, cit.; R. Prada Alcoreza, *Descolonización y transición*, Quito, 2014.

(*autonómico* in Spagna) federale o regionale. Le forme di auto-governo dei popoli e delle comunità indigene, così come il riconoscimento dei loro modelli di giustizia, costituiscono soluzioni originali a problematiche di convivenza, adatte ai contesti culturali e sociali locali, secondo una visione sinceramente comparatistica, che impone di andare oltre le categorie giuridiche occidentali⁶². Contemporaneamente, esse pongono interrogativi circa l'effettiva capacità di integrazione di modelli organizzativi i cui presupposti culturali sono radicalmente diversi.

In entrambi gli Stati, l'incorporazione della plurinazione in Costituzione è avvenuta attraverso la partecipazione attiva e l'ascolto, in sede costituente, di rappresentanti di popoli e comunità indigeni⁶³. Per questo motivo, il riconoscimento dell'autonomia indigena convive con l'unità territoriale dello Stato. Vengono previste nuove forme di organizzazione decentrata, basate sull'elemento personale (l'appartenenza al popolo/comunità indigena), e non esclusivamente su quello territoriale (la residenza su una determinata porzione di territorio). Allo stesso modo, lo Stato riconosce l'esistenza di un ordine giuridico in competizione con quello prodotto dai propri organi e dalle proprie istituzioni, che ha la propria fonte di legittimazione al di fuori della Costituzione, nella tradizione storico-culturale di quei popoli. Tuttavia, a questo nuovo quadro istituzionale non è corrisposta una forma originale di risoluzione dei conflitti nascenti dalle inevitabili intersezioni dei diversi sistemi.

In Bolivia, le comunità indigene possono applicare il proprio diritto, nei casi che riguardano i loro membri, con l'unico limite del rispetto della Costituzione (artt. 2 e 30.I.14 Cost.). Inoltre, la funzione giurisdizionale è unica: ciò significa che anche la giustizia indigena è parte dell'apparato giurisdizionale dello Stato, e non c'è gerarchia fra questa e la giustizia ordinaria (art. 179.II Cost.). Spetta tuttavia al Tribunale costituzionale plu-

⁶² L. Pegoraro, *Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità (Riflessioni dopo vent'anni di DPCE)*, *DPCE Online*, N. 1, 2020, www.dpceonline.it; Id., *Blows against the empire. Contro la iper-costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso*, *Ann. Dir. Comp. St. Leg.*, 2020, 447 ss.

⁶³ Prada Alcoreza, *Descolonización*, cit.; G. Leonel Júnior, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Un estudio sobre Bolivia*, La Paz, 2017, 103; A. Acosta, *Buen Vivir, plurinacionalidad y Derechos de la Naturaleza en el debate constituyente*, www.rebellion.org.

rinazionale (TCP) la competenza esclusiva a definirne i confini⁶⁴.

L'art. 171 Cost. Ecuador disciplina la giustizia indigena, ossia l'esercizio di funzioni giurisdizionali da parte delle autorità indigene, che applicano il proprio diritto ancestrale per la risoluzione di conflitti dentro i rispettivi territori. Il diritto indigeno deve essere conforme alla Costituzione e ai diritti umani riconosciuti nel diritto internazionale. Per questo, le decisioni della giustizia indigena sono sottoposte al controllo di costituzionalità. La Costituzione rinvia invece a una legge la disciplina dei meccanismi di coordinazione e cooperazione fra giurisdizione indigena e ordinaria. Tale legge in Ecuador non è ancora stata adottata; in cambio, in Bolivia la materia è disciplinata dalla *Ley 073/2010 de Deslinde jurisdiccional*, che ha sollevato molte critiche in ragione della sua eccessiva rigidità e dell'effetto palesemente restrittivo dell'autonomia indigena⁶⁵.

Riassumendo. In entrambi i Paesi, l'applicazione del diritto indigeno è subordinata alla sua compatibilità con la Costituzione, con i diritti umani internazionali e in particolare con i diritti delle donne, dei bambini e degli adolescenti, in Ecuador (art. 57, n. 10 e 171 Cost.); alla Costituzione e alla legge, in Bolivia (art. 2 Cost.). Limiti che vengono giudicati dall'organo statale di giustizia costituzionale. Dunque, una forma di pluralismo declamato forte, ma costruito debole⁶⁶. Ciò che dovrebbe differenziare l'operato di queste Corti costituzionali rispetto ai modelli consolidati di controllo di "sovranità federale" (v. *supra*, cap. IV) è l'approccio "interculturale". Tale concetto, costituzionalizzato al pari della plurinazione all'art. 1 Cost., si caratterizza per andare oltre la mera presa d'atto di arcipelaghi di differenza, propugnando un metodo epistemologico fecondo, finalizzato a co-

⁶⁴ Art. 202 Cost., N. 8 «Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto», nonché «11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental».

⁶⁵ Cfr. A. Grijlva Jiménez, J. L. Exeni Rodríguez, *Coordinación entre justicias, ese desafío*, in B. de Sousa Santos, J. L. Exeni Rodríguez (eds), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, La Paz, 2012, in part. 723 ss.

⁶⁶ E. Buono, *Lo Stato plurinazionale. Percorsi di ingegneria costituzionale interculturale*, tesi dottorale XXXI ciclo, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", aa. 2017/2018, 130 s.

struire ponti fra le isole della diversità e generare ibridi. I Tribunali costituzionali, nell'esercizio delle loro funzioni, devono ricercare un'interpretazione "interculturale" del diritto o, come lo ha definito de Sousa Santos, un processo di convivialità ed ecologia di saperi giuridici⁶⁷.

Nella sentenza 008-09-SAN-CC del 9 dicembre 2009, sull'istituzione dell'*Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas* "Amawtay Wasi", la Corte costituzionale ecuadoriana enuncia i principi per una interpretazione interculturale del diritto: la continuità storica, ossia la preesistenza dei popoli originari che hanno mantenuto un proprio sistema di regole e valori; la diversità culturale, ossia la molteplicità delle nazionalità all'interno dello Stato e degli stessi popoli indigeni; l'interculturalità, ossia il dialogo epistemico fra le culture; l'interpretazione interculturale, ossia l'uso di nuovi approcci nell'applicazione delle norme statali a seconda del contesto culturale in cui vengono implementate. In Bolivia, il TCP ha identificato il fondamento dell'interpretazione interculturale nel paradigma del *vivir bien*, che impone di verificare la conformità a Costituzione della norma ctonia secondo i principi di: a) armonia assiomatica; b) decisione conforme alla propria cosmovisione; c) armonia rituale con i procedimenti e le norme tradizionalmente usati secondo la cosmovisione di ciascuna nazione o popolo indigeno; d) proporzionalità e stretta necessità⁶⁸.

Altre previsioni normative contribuiscono alla garanzia di

⁶⁷ B. de Sousa Santos, *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, in de Sousa Santos, Grijalva (eds), *Justicia indígena*, cit., 38.

⁶⁸ «[...] fundamentar el paradigma del vivir bien, como pauta específica de interpretación intercultural de derechos fundamentales. En efecto, a la luz de los principios de interculturalidad, complementariedad y descolonización, los derechos fundamentales vigentes para los miembros de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, no pueden seguir las mismas pautas de interpretación ni pueden contener los mismos elementos configurativos propios de los núcleos duros de derechos fundamentales en contextos diferentes a la jurisdicción indígena originario campesina. En esta perspectiva, el paradigma del vivir bien, se configura como una verdadera pauta de interpretación inter e intra cultural de derechos fundamentales, a partir de la cual, los valores plurales supremos irradian de contenido los actos y decisiones que emanan de la justicia indígena originaria campesina, constituyendo además una garantía plural destinada a evitar decisiones desproporcionadas y contrarias a las guías axiomáticas del Estado Plurinacional de Bolivia» (SCP 1422/2012, del 24 settembre 2012, f.j. IV.5).

amministrazione della giustizia costituzionale in prospettiva interculturale. Relativamente alla composizione dell'organo, in Bolivia si garantisce che esso sia rappresentativo anche delle comunità e dei popoli indigeni originari. Il TCP è composto da magistrati eletti tramite votazione popolare, fra ventotto preselezionati dall'Assemblea nazionale, «con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino» (art. 197.I Cost.). La legge sul Tribunale stabilisce che almeno due magistrati su sette debbano provenire dal sistema indigeno originario contadino, per auto-identificazione (art. 13 l. TC) e che tutti debbano parlare almeno due lingue riconosciute, sicché almeno una lingua indigena oltre al castigliano. Inoltre, per la valutazione di merito, si tiene conto dei ruoli di autorità originaria svolti dal candidato, secondo il proprio sistema di giustizia, e si ammette che i candidati possano essere proposti da nazioni e popoli indigeni.

Quanto ai mezzi di prova e conoscenza, entrambi questi tribunali possono richiedere perizie antropologiche al fine di meglio comprendere il diritto indigeno applicabile al caso.

Va da sé che la giurisprudenza delle Corti non sempre è in linea con il dettato costituzionale. L'esempio più eclatante in Ecuador è il caso *La Cocha*⁶⁹, nel quale la Corte ha sottratto alla giurisdizione indigena la giurisdizione penale per i reati di lesione del bene della vita e dell'integrità personale, giustificando tale provvedimento sulla base di una contestata interpretazione di incompatibilità del diritto penale indigeno con il diritto internazionale.

Anche in altri ordinamenti, le Corti costituzionali o supreme svolgono di fatto un ruolo arbitrale tra diritto statale e diritto indigeno o religioso, applicando in alcuni casi criteri interpretativi ispirati all'interculturalità (Colombia⁷⁰, Perù); in altri, privilegiando, in modo strategico e a seconda dei casi, un'interpretazione universalizzante dei diritti umani, piuttosto che una interpretazione "laica" del diritto tradizionale o religioso (India)⁷¹;

⁶⁹ Sentenza N. 113-14-SEP-CC del 30 luglio 2014.

⁷⁰ Si v. la sentenza T-496/96, del 26 settembre, giudice relatore Carlos Gaviria Díaz. R. Ariza Santamaría, *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, San José, C.R., 2010.

⁷¹ Per la prima ipotesi, si v. il famosissimo caso *Shah Bano (Mohd. Ahmed Khan v. Shah Bano Begum* [1985 (1) SCALE 767]); per la seconda situazione, la giurisprudenza in materia religiosa, ad es. il riconoscimento di dei,

in altri ancora, denunciando la necessità di un'interpretazione non etnocentrica del diritto tradizionale (Sudafrica)⁷².

Dunque, almeno sulla carta, la funzione che questi Tribunali svolgono in merito alla soluzione di conflitti fra il diritto statale e ordinamenti a legittimazione tradizionale o religiosa va ben al di là dell'originaria funzione del controllo nomocratico. Le Corti sono qui chiamate a svolgere un ruolo arbitrale tra distinti ordinamenti giuridici, alla ricerca di soluzioni di coordinamento e integrazione, che dovrebbero rendere sostenibile il pluralismo giuridico e la diversità culturale⁷³. La loro giurisprudenza dovrebbe supportare il processo di effettiva decolonizzazione del diritto in contesti storicamente caratterizzati dall'imperialismo culturale occidentale; oppure, aiutare nella costruzione di relazioni interculturali in società "pluridiverse", tanto che, in certi casi, ciò caratterizza la forma di Stato come multiculturale o interculturale⁷⁴. Come abbiamo visto, spesso le Corti falliscono in questo compito, disattendendo il mandato costituzionale in tema di pluralismo giuridico. Assumono invece il ruolo di garanti della cultura dominante, identificata nella maggioranza dei valori espressi in Costituzione.

Per le ragioni sopra esposte, tale competenza è da annoverare nel modello pantocratico di giustizia costituzionale, nonostante a volte tale funzione venga svolta attraverso il normale procedimento di controllo di costituzionalità normativo.

idoli o elementi naturali come soggetti di diritto (ad es. *Sabarimala case (Indian Young Lawyers Association & Ors. v. The State of Kerala & Ors.*, 2018). Cfr. G. Poggeschi, *I diritti fondamentali in India fra Costituzione, Corte suprema e diritto tradizionale*, e F. Alicino, *Libertà religiosa e principio di laicità in India*, entrambi in D. Amirante, C. Decaro, E. Pföstel (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Torino, 2013, rispettivamente 170 e 204 ss.

⁷² Si v., ad es., il caso *Alexkor Ltd and Another v. The Richtersveld Community and Others* [2003] ZACC 18, 2004 (5) SA 460 (CC), che, riferendosi al diritto indigeno, afferma «these rights must be considered in their own terms and not through the prism of the common law».

⁷³ S. Baldin, *Lo statuto costituzionale dei popoli autoctoni in Bolivia con particolare riguardo alla giustizia indigena*, *Federalismi.it*, N. 24, 2015, 33.

⁷⁴ D. Amirante, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, Bologna, 2014; S. Bagni, *Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria*, in Bagni, Figueroa Mejía, Pavani (coords), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, 137-190.

6. Il controllo sull'autonomia locale

Non diversamente dal controllo sulla ripartizione delle competenze degli enti sub-statali, anche le modalità mediante le quali si realizza il controllo a tutela del principio di autonomia locale potrebbero qualificarsi fra i modelli di sindacato federale della sovranità. Da una parte, il principio costituzionale di autonomia locale opera a protezione di enti territoriali che, non diversamente, dagli enti sub-statali, sono riportabili a precise tipologie di soggetti-potere. Dall'altra, anche il controllo esercitato a protezione del principio di autonomia locale è un giudizio su competenze: non solo perché talune disposizioni costituzionali (ad es., l'art. 114 Cost. Italia e l'art. 1 Cost. Brasile) annoverano fra gli enti costitutivi della comunità statale anche gli enti territoriali minori; quanto – e soprattutto – perché la piena realizzazione del principio di autonomia locale si realizza mediante l'esercizio delle funzioni loro attribuite e da questi esercitate, appunto, in attuazione di un'autonomia che è, in primo luogo, *politica*.

Tuttavia, a giustificare il controllo a tutela sull'autonomia locale contribuisce la circostanza per cui le attribuzioni sono esercitate mediante una varietà di atti (amministrativi, normativi, ecc.) non riportabili alla (sola) funzione normativa. L'ambito delle attribuzioni di tali soggetti non è, nella maggior parte dei casi, individuato direttamente in Costituzione: questa enuncia e difende il principio di autonomia locale, rilasciando al legislatore nazionale – e, negli ordinamenti federali, a quello sub-statale – la definizione *in concreto* dell'autonomia locale. L'interposizione del legislatore non è necessaria per stabilire la qualità dell'autonomia, bensì la sua portata nelle relazioni con gli altri soggetti che delinearono, dilatandola o limitandola, la portata delle attribuzioni locali. Ai giudici costituzionali spetterà accertare, pertanto, se Stato ed enti sub-statali, nell'esercizio delle proprie attribuzioni di definizione *in concreto* del principio di autonomia locale, ne abbiano procurato violazione alcuna.

Proprio poiché il principio di autonomia locale va individuato in relazione ad atti che, in positivo o in negativo, disegnano la sfera delle attribuzioni di ciascun ente locale (variamente denominati: comuni, province, consorzi, ecc.), la tutela dell'autonomia locale assume tradizionalmente la forma del conflitto. Mediante questo, la giurisdizione accerta la coerenza con il principio costituzionale di autonomia di atti puntuali di altri soggetti del pluralismo (segnatamente, statali e sub-statali); e giudica se

questi atti abbiano interferito, menomandola, sulla sfera costituzionalmente attribuita agli enti minori. Tuttavia, poiché l'autonomia locale deve contenersi nei limiti delle leggi che ne precisano la portata, il controllo si rivela essere ancipite: esso è sì a tutela dell'autonomia locale ma pure sulle modalità di esercizio della stessa. Non mancano, infatti, ipotesi in cui il controllo è espressamente deputato ad accertare se gli atti degli enti locali eccedano la portata del principio così come precisato in concreto dai legislatori statale e sub-statale⁷⁵.

Quanto al primo conflitto (protezione dell'autonomia locale), gli enti territoriali minori sono abilitati a esperire un'azione direttamente innanzi alla giurisdizione costituzionale. Il tono della controversia deve essere, ovviamente, costituzionale: deve, cioè, tradursi, come recita l'art. 93.1.4b GG, in una «lesione del diritto di autoamministrarsi»⁷⁶; non sempre, infatti, una lesione della sfera di attribuzioni locale integra una violazione del principio costituzionale di autonomia. Tale violazione può discendere, ad esempio, da questioni finanziarie: lo conferma l'art. 137 Cost. Austria, ai sensi della quale la Corte di giustizia costituzionale decide sui diritti patrimoniali vantati nei confronti della Federazione e dei *Länder*, da Distretti, Comuni e Consorzi dei Comuni. In tale ipotesi, non solo il giudizio non segue logiche impugnatorie (esso è dichiarativo delle pretese patrimoniali), ma è sussidiario, poiché la giurisdizione della Corte è attivabile solo se le controversie non possono essere trattate dai giudici ordinari o in sede amministrativa.

Il carattere sussidiario del ricorso dà conto della scelta di non attribuire agli enti locali, pur in presenza di una lesione che ridondi in una violazione del principio costituzionale di autonomia, un'azione diretta, conservando la giurisdizione ordinaria e/o amministrativa. Così in Belgio, Francia e Italia, la competenza dei giudici comuni e amministrativi è la regola. In altri ordinamenti, la logica rimediale sussidiaria di tali forme di conflitto a tutela dell'autonomia locale permea le scelte del legislatore. In Spagna, ad es., il conflitto a difesa dell'autonomia locale

⁷⁵ Art. 119a Cost. Austria; 36 Cost. Ungheria; art. 160.7 Cost. Slovenia. Cfr. de Visser, *Constitutional Review*, cit., 161.

⁷⁶ Così, ad es., si esprime espressamente l'art. 93.1.4b GG e l'art. 91 BVergGG; art. 99 Cost. Rep. Ceca; art. 36.1 Cost. Croazia; art. 160.4 Cost. Slovenia; Cap. 10 Cost. Ucraina; art. 54 l. TC Albania.

è stato introdotto con fonti di rango sub-costituzionale, con LO 7/1999 a tutela del principio di autonomia locale previsto all'art. 137 Cost. La LO 2/2010, poi, ha introdotto un conflitto a tutela dei diritti forali delle *Diputaciones* della Navarra e dei Paesi Baschi.

Ovviamente, il problema non si pone per gli *adjudicators* di tipo diffuso, laddove la controversia promossa dall'ente locale sarà sempre portata alla cognizione del giudice costituzionale.

Parzialmente diversa è la posizione di taluni ordinamenti federali classici, nei quali la potestà ordinamentale sugli enti locali è attribuita, a titolo di competenza esclusiva, agli Stati membri. Se è pur vero che la competenza legislativa dell'ente sub-statale è comunque tenuta a rispettare il principio di autonomia, è altrettanto vero che la sussidiarietà gioca in favore sia delle autorità giudiziarie ordinarie/amministrative, sia della giustizia costituzionale sub-statale, se esistente⁷⁷. I ricorsi avverso gli atti del livello intermedio di governo saranno presentati al giudice costituzionale federale (ad es., art. 189.1.e Cost. Svizzera) solo se non esista un giudice costituzionale sub-statale. In Germania, il ricorso presentato dai comuni o da loro associazioni può essere sollevato innanzi al Tribunale costituzionale federale solo se i comuni non possono adire la giurisdizione del Tribunale costituzionale del *Land* medesimo (art. 93.1.4b GG)⁷⁸.

7. Il ricorso diretto individuale per violazione di diritti costituzionali: origini storiche

Abbiamo più volte sottolineato, tanto nell'Introduzione quanto nell'analisi dei modelli euristici (v. *supra*, Cap. I), che la giustizia costituzionale nasce nomocratica, ossia in funzione di garanzia dei rapporti di gerarchia e competenza fra la Costituzione e le fonti primarie emanate dal Parlamento, dal Governo e dalle Assemblee legislative degli Stati membri nelle Federazioni. Tuttavia, a partire dalla seconda metà del Novecento, il baricentro della giustizia costituzionale si sposta verso un'altra funzione prevalente: la tutela dei diritti costituzionali degli indi-

⁷⁷ Art. 50 Cost. Svizzera; art. 28 GG.

⁷⁸ A Gunlicke, *Constitutional Law and the Protection of subnational Governments in the United States and West Germany*, *Publius*, Vol. 18, 1988, 150-151.

vidui, lesi dall'esercizio illegittimo dei pubblici poteri⁷⁹. Il modello di giustizia costituzionale diventa, come abbiamo visto, pantocratico, e il controllo viene esteso, ed esercitato in modo prevalente, verso atti amministrativi e giurisdizionali.

Le origini storiche di tale funzione di garanzia risalgono a istituti nati nel XIX secolo, ben prima dell'affermazione del costituzionalismo democratico-sociale e della diffusione mondiale della giustizia costituzionale: il ricorso di *amparo* messicano e la *Verfassungsbeschwerde* tedesca.

L'*amparo* (letteralmente "difesa", "protezione") appare per la prima volta nella Costituzione dello Yucatan del 1841. All'origine della sua introduzione, tuttavia, si possono citare alcuni istituti esistenti nel diritto coloniale spagnolo, applicato in Messico e in altri vicereami latinoamericani, quali *peticiones* e relativi *mandamientos de amparo* promossi alla *Real Audiencia de México* o direttamente al *Virrey*, prevalentemente in nome delle popolazioni indigene, a difesa delle loro terre⁸⁰. A loro volta, questi istituti trapiantati nelle colonie rinviavano al diritto forale spagnolo medievale, quali rimedi processuali contro violazione di diritti specifici⁸¹. Altro antecedente storico che sicuramente influenzò l'introduzione dell'*amparo* in Messico fu la Costituzione di Cadice. Vigente in Spagna tra il 1812 e il 1815, essa fu modello per la Costituzione dell'indipendenza del 1824, e all'art. 373 riconosceva a tutti gli spagnoli la legittimazione a reclamare presso le *Cortes*, o direttamente al Re, qualsiasi tipo di violazione della Costituzione. Le *Cortes* erano tenute a prendere in considerazione il reclamo e a valutarne i rimedi (art. 372)⁸².

L'*amparo* nasce come strumento processuale di giurisdizione ordinaria promosso di fronte a qualsiasi giudice contro la violazione, da parte di funzionari pubblici o magistrati, dei diritti fondamentali stabiliti in Costituzione⁸³. La Costituzione preve-

⁷⁹ Si vedano, in particolare, l'introduzione e le conclusioni di M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano, 1955.

⁸⁰ G. Eto Cruz, *Teoría del amparo*, Lima, 2016, 9.

⁸¹ *Ibid.*, 47.

⁸² N. P. Sagüés, *El Derecho Procesal Constitucional en la Constitución de Cádiz. Una mirada desde su bicentenario*, *Ius et Veritas*, N. 46, 2013, 68-76.

⁸³ Diritto alla libertà personale, al giusto procedimento in caso di deten-

deva inoltre un *amparo contra leyes*, che chiunque poteva proporre direttamente alla Corte suprema, per violazione dei propri diritti da parte di leggi, decreti o provvedimenti del Governatore locale, assunti in violazione della Costituzione (art. 62.1).

L'*amparo* fu poi recepito nella Costituzione federale messicana attraverso l'*Acta constitutiva y de reformas* del 1847, grazie al *voto particular* del congressista Mariano Otero. L'istituto prendeva il nome dall'antico diritto forale spagnolo, poi trasfuso nel diritto "indio" applicato dalla Spagna nelle colonie; ma si ispirava altresì alla *judicial review* statunitense, attribuendo a tutti i tribunali della Federazione la competenza a decidere circa la violazione di diritti costituzionali dei singoli da parte di atti dei pubblici poteri, con esclusione di quello giudiziario (art. 25)⁸⁴. L'efficacia della pronuncia era *inter partes*, posto che la Costituzione vietava ai giudici di pronunciarsi in via generale sulle leggi. Tale meccanismo di tutela giurisdizionale individuale conviveva con una forma politica di controllo di costituzionalità, sia verso le leggi statali che quelle federali. La competenza a decidere dell'incostituzionalità di una legge spettava infatti al Congresso, in caso di leggi statali, e alla maggioranza delle Assemblee legislative statali, nei confronti di leggi federali (artt. 22-24).

Quasi contemporaneamente, nell'Impero tedesco, il progetto di Costituzione di *Paulskirke* (1849), mai entrata in vigore, prevedeva per la prima volta in Europa un ricorso diretto dei cittadini per violazione dei loro diritti costituzionali, da promuovere al costituendo Tribunale del *Reich*⁸⁵. Già nelle Costituzioni dei *Länder* della Baviera e del Baden (1818) era stata prevista una forma di ricorso (*Beschwerde*) per violazioni della Costituzione perpetrate da autorità pubbliche. Tuttavia, in Baviera poteva essere promosso soltanto da membri degli Stati Generali direttamente al Re. Egli poteva provvedere direttamente o trasmet-

zione, al giudice naturale stabilito per legge, alla libertà di espressione e parola, alla proprietà, all'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza (artt. 8 e 9).

⁸⁴ Sulle origini dell'*amparo* messicano resta fondamentale l'opera di ricerca del maestro H. Fix Zamudio, raccolta nel volume *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 1993 e 2003².

⁸⁵ § 126, lett. g: «Klagen deutscher Staatsbürger wegen Verletzung der durch die Reichsverfassung ihnen gewährten Rechte» (Ricorsi di cittadini tedeschi contro violazioni dei diritti garantiti loro dalla costituzione dell'Impero), testo e traduzione da Archivio delle costituzioni storiche, www.dircost.unito.it.

tere il ricorso al Consiglio di Stato o al Tribunale supremo. In Baden, i cittadini, dopo aver esaurito le vie ordinarie di reclamo, potevano rivolgere un ricorso alle Camere, che a loro volta potevano decidere di presentarlo al Granduca.

Una vera e propria *Verfassungsbeschwerde* venne disciplinata dal § 93 della Costituzione dello Stato libero della Baviera (1919), che attribuiva a ogni cittadino bavarese, o persona giuridica stabilita sul territorio, il diritto di proporre un ricorso alla Corte di Giustizia dello Stato per violazione dei propri diritti da parte di un'autorità pubblica, a condizione di aver già esperito tutti gli altri ricorsi amministrativi o giurisdizionali disponibili.

Kelsen, nella parte de *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* dedicata all'oggetto del controllo di costituzionalità, suggerisce di non includere gli atti giuridici individuali. Gli atti dei tribunali sono esclusi in modo assoluto; gli atti amministrativi non vengono considerati, al fine di non creare sovrapposizione con le competenze dei giudici amministrativi; gli atti degli altri organi costituzionali, che non abbiano la forma della legge o dell'atto normativo generale, non sono considerati in quanto categoria residuale e irrilevante. Nel prosieguo della trattazione, descrivendo le modalità di accesso al Tribunale, rileva che, qualora il costituente gli abbia affidato la decisione sulla regolarità degli atti amministrativi, gli individui sono doppiamente beneficiati, in quanto attraverso il ricorso individuale possono sia sindacare l'atto amministrativo, che sollevare al Tribunale la questione relativa alla costituzionalità della legge in base alla quale è stato adottato l'atto⁸⁶.

La genealogia del ricorso diretto per violazione di diritti costituzionali si sviluppa dunque in parallelo su due rami distinti: quello latino-americano e quello germanico-europeo. Nel primo, l'*amparo* è costituzionale nel suo oggetto, in quanto il ricorso si esperisce per la tutela di diritti costituzionali; ordinario come procedimento, nel senso che nasce come via processuale preferenziale, proponibile di fronte a qualsiasi giudice, per proteggere il cittadino nei suoi diritti fondamentali da abusi dei pubblici poteri (§ 9). Diversamente, in Europa la *Verfassungsbeschwerde* nasce come azione di tutela sussidiaria, direttamente esperibile innanzi al supremo Tribunale dello Stato, una volta esauriti gli

⁸⁶ Kelsen, *La garanzia*, cit., risp. 182 e 197.

altri mezzi ordinari disponibili, per ottenere soddisfazione del proprio diritto. Fuori dall'area germanofona, la *Verfassungsbeschwerde* (in inglese *constitutional complaint*) trova diffusione dapprima in Spagna, poi in molti Paesi dell'Europa centro-orientale e balcanica (Albania, Kosovo, Macedonia, Polonia, Repubblica ceca, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Ungheria), in Russia e nelle Repubbliche dell'ex Unione sovietica (Armenia, Azerbaïjan, Estonia, Georgia, Kazakistan, Kirghizistan, Lettonia, Lituania dal 2019, Tagikistan, Ucraina), e ancora in Iraq, Somalia, Sud Sudan, Turchia (v. *infra*, § 8).

Nei Paesi di *common law*, dove i diritti nascono dal riconoscimento di *writs*, ossia di specifiche e tassative azioni processuali, l'idea di una generica *constitutional complaint* esperibile per qualunque diritto non trova fondamento giuridico. Ciò che si trova, e che ha origini molto antiche, precisamente nella *Magna Carta* del 1215, è il *writ of habeas corpus*, ossia un'azione processuale ordinaria a garanzia di uno specifico diritto, quello alla libertà personale e ad esserne privato solo per i motivi previsti dalla legge, secondo un giusto processo. La legittimazione a ricorrere alla Corte suprema, di solito tramite *writ of certiorari*, può trasformarsi, per prassi e giurisprudenza, in un'azione a tutela dei diritti costituzionali, come negli Stati Uniti. Fanno eccezione le Filippine, dove è prevista un'azione generale a tutela dei diritti costituzionali. Nonostante l'influenza anglosassone, esse rappresentano un ordinamento misto, con un forte retaggio spagnolo, tanto che la Corte suprema ha adottato il 16 ottobre 2007 la *Rule on the writ of amparo*, una procedura generale e ordinaria per violazione dei diritti alla vita, alla libertà e alla sicurezza, rispetto alla quale la Corte suprema è competente in via di appello⁸⁷.

In molte *ex* colonie caraibiche⁸⁸, in Guyana e Sudafrici-

⁸⁷ La sez. V.5 dell'art. VIII attribuisce alla Corte suprema il potere di adottare norme per la protezione e attuazione dei diritti costituzionali e impone a tal fine l'istituzione di una procedura semplificata ed economica uguale per tutte le corti. La legge sul *writ of amparo* attua appieno il dettato costituzionale.

⁸⁸ Cfr. § 8. La *ratio* va cercata nella presenza di *Bills of Rights* nei rispettivi testi costituzionali, ispirati alla Convenzione europea dei diritti umani: cfr. M. Demerieux, *The Common Law and the Litigation of Fundamental Rights and Freedoms Before the Privy Council*, in T. S. Robinson, D. S. Berry (eds), *Transitions in Caribbean Law: Law-Making, Constitutionalism and*

ca⁸⁹ e altri Paesi africani, in alcuni Paesi del sud-est asiatico, quali India, Nepal e Pakistan⁹⁰, è possibile un ricorso individuale diretto per *redress* alla Corte suprema o alla *High Court*, in caso di violazione dei diritti costituzionali, senza pregiudizio di altre azioni ugualmente esperibili (v. *infra*, § 10).

Il prestigio dell'*habeas corpus* è alla base della sua diffusione anche al di là degli ordinamenti influenzati dal diritto britannico. Qui, esso convive con forme generiche di *amparo* o *constitutional complaint*, anche in ordinamenti di *civil law* (Argentina, Bolivia, Brasile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perù).

In tempi recenti, si sono aggiunte altre azioni costituzionali speciali, a tutela di diritti specifici, come l'*habeas data*, per la garanzia del diritto alla riservatezza (Argentina, Bolivia, Brasile, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perù)⁹¹.

the Convergence of National and International Law, Kingston, 2013, 179-198; F. Phillips, *Commonwealth Caribbean Constitutional Law*, London, 2002, 37-38.

⁸⁹ Anch'esso ordinamento misto, che nel processo costituente ha subito una forte contaminazione dal modello tedesco. Come nelle Filippine, l'art. 167.6 Cost. prevede che per legge o regolamento della Corte costituzionale venga riconosciuta a ciascuna persona legittimazione a sottoporre casi o ad impugnare sentenze direttamente alla Corte, nell'interesse della giustizia e con il consenso della Corte. L'accesso diretto alla Corte è previsto all'art. 18 delle *Rules of the Court*, mentre l'appello per motivi costituzionali di sentenze che ledono la parte è previsto all'art. 19.

⁹⁰ In India, la Corte suprema decide casi di violazione dei diritti elencati negli artt. da 12 a 35 Cost., da parte di ogni potere dello Stato (art. 32 Cost.). In Nepal, l'art. 133 Cost. prevede la competenza della Corte suprema a giudicare "void" leggi o parti di legge incompatibili con la Costituzione, sulla base di una "petition" proposta da un cittadino, i cui diritti fondamentali siano stati irragionevolmente compressi dalla norma impugnata; inoltre, la Corte ha una "extra-ordinary jurisdiction" legata all'attuazione dei diritti fondamentali e di ogni altro diritto per cui non è previsto un rimedio, o qualora il rimedio esistente sia insufficiente. Infine, in Pakistan, oltre all'*habeas corpus*, è prevista un'azione generica e sussidiaria, esperibile presso una *High Court*, per l'attuazione di qualsiasi altro diritto fondamentale previsto dal capitolo 1 della Seconda Parte della Costituzione (art. 199 Cost). L'art. 184.3 attribuisce la medesima competenza in tema di tutela dei diritti fondamentali anche alla Corte suprema.

⁹¹ In Ecuador, le azioni costituzionali a garanzia dei diritti fondamentali sono divise in *acción de protección*, che è quella generale, e *hábeas corpus*, *acceso a la información pública*, *hábeas data*, *por incumplimiento*, *extraordinaria de protección* e *extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena*, che sono speciali.

8. Il modello (tendenzialmente) “concentrato” di ricorso diretto individuale

Il modello (tendenzialmente) “concentrato” di ricorso diretto per violazione di diritti costituzionali ha origine tedesca e si è diffuso prevalentemente nell’Europa centro-orientale e in alcune *ex* Repubbliche sovietiche. In America latina, adottano tale modello Costa Rica, El Salvador (dove la competenza a ricevere ricorsi di *amparo* spetta in via esclusiva alla *Sala constitucional* della Corte suprema) e Nicaragua, dove il ricorso viene proposto prima alla Corte di appello territorialmente competente, che si occupa dell’ammissione e dell’eventuale sospensione dell’atto impugnato; successivamente, passa il ricorso alla Corte suprema, per il giudizio nel merito. In Ecuador, l’azione straordinaria di protezione si affianca a quella ordinaria diffusa, creando un modello “duale” nel quale la Corte costituzionale è contemporaneamente giudice di revisione in sede di *amparo* ordinario e giudice unico e originario in sede di ricorso straordinario.

L’analisi dei singoli ordinamenti verrà condotta prendendo in considerazione i seguenti elementi: legittimazione; tipologia degli atti impugnabili; sussidiarietà o meno del ricorso; estensione del parametro costituzionale; termini di proponibilità dell’azione; effetti delle decisioni.

In generale, il ricorso diretto per violazione di diritti costituzionali può essere proposto dalle persone fisiche. Alcuni ordinamenti indicano categorie particolari di ricorrenti: in Angola e Venezuela, ad es., le sentenze possono essere impugnate sia dal pubblico ministero che dalla parte legittimata a interporre ricorso ordinario (art. 50 l. TC). In alcuni casi, il ricorso è proponibile anche dalle persone giuridiche (Armenia, Bielorussia, Nicaragua, Repubblica dominicana, Taiwan, Venezuela). Il difensore del popolo, ove istituito, è spesso tra i soggetti legittimati ad agire (Ecuador, Georgia, Montenegro, Repubblica dominicana, Slovenia, Spagna, qui anche su iniziativa del pubblico ministero, Tajikistan). In Guatemala, oltre alle persone fisiche, possono proporre ricorso il pubblico ministero e il procuratore per i diritti umani, la procura della Repubblica, e i titolari di diritti collettivi e diffusi, incluso le comunità indigene. La Turchia è un caso interessante, perché esclude espressamente le persone giuridiche e gli stranieri dalla legittimazione ad agire, eccetto nel caso in cui il diritto violato riguardi espressamente la persona giuridica.

In Belgio, l’art. 141 Cost. afferma che la Corte costituziona-

le può essere adita «par toute personne justifiant d'un intérêt». Si tratta quindi di un ricorso individuale, non assimilabile a una *actio popularis*, dovendo il ricorrente dimostrare un proprio interesse personale ad agire. Tuttavia, non coincide totalmente nemmeno con un ricorso individuale per violazione dei diritti costituzionali, potendo il ricorso in annullamento essere richiesto per qualunque motivo, anche per vizio di competenza, e senza necessità di una causa pendente o dell'esaurimento previo delle vie giurisdizionali ordinarie⁹².

In Bielorussia, il ricorso individuale non è diretto, ma proponibile agli organi legittimati a sollevare un ricorso alla Corte costituzionale (art. 22 l. TC)⁹³.

La *causa petendi* è sempre la violazione di diritti e libertà costituzionali. Il parametro può essere tuttavia ristretto solo ad alcuni⁹⁴, tra i diritti elencati in Costituzione, specificamente a quelli dichiarati "fondamentali" o "umani" (ad es., Costa Rica, Croazia, Lettonia, Montenegro, Repubblica dominicana, Serbia, Slovenia, Turchia)⁹⁵. Il caso più noto è sicuramente quello spagnolo, che limita i diritti "amparabili" all'art. 14 (eguaglianza), alla libertà di obiezione di coscienza *ex* art. 30 e ai diritti stabiliti nella sezione I del capitolo II (diritti fondamentali e libertà pubbliche), escludendo così i diritti economico-sociali. In Germania, il § 90 indica come parametro i diritti fondamentali, più quelli *ex* artt. 20(4), 33, 38, 101, 103 e 104 Costituzione⁹⁶. In India, la Costituzione indica gli articoli da 12 a 35, ossia i «fundamental rights», mentre restano esclusi dall'azione le situazioni soggettive riconosciute nella parte successiva, dedicata ai princi-

⁹² M. Calamo Specchia, *La Cour constitutionnelle belge: dall' "arbitro federale" alla giustizia costituzionale*, in Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli*, cit., II, 163.

⁹³ «President of the Republic of Belarus, the House of Representatives, the Council of the Republic, the Supreme Court of the Republic of Belarus, the Supreme Economic Court of the Republic of Belarus, the Council of Ministers».

⁹⁴ Nel § 8 abbiamo accennato al fatto che alcuni diritti godono di un procedimento speciale di tutela, come l'*habeas corpus* per la libertà personale o l'*habeas data* per il diritto alla riservatezza dei dati personali.

⁹⁵ Alcuni diritti vengono espressamente menzionati: in Croazia, i diritti al «local and regional self-government»; in Serbia, i diritti delle minoranze.

⁹⁶ Diritto di resistenza, diritti politici e di eguale trattamento di fronte alla PA, diritto di voto attivo e passivo, divieto di istituire corti speciali, diritto al giusto processo e diritto alla libertà personale.

più direttivi della politica pubblica, fra cui compaiono diversi diritti economico-sociali. C'è tuttavia da ricordare come l'introduzione pretoria della *public interest litigation* sia in grado di compensare la limitazione procedurale rispetto alla *constitutional complaint*. In Macedonia solo alcuni diritti costituzionali sono oggetto di ricorso⁹⁷.

In El Salvador, la *Sala Constitucional* ha stabilito che l'*amparo* è uno strumento di garanzia costituzionale esperibile anche per la tutela di diritti collettivi o diffusi (*Sobreseimiento* del 2-XII-1998).

L'oggetto del ricorso può essere più o meno ampio. Tra i sistemi "completi", ossia che ammettono il ricorso contro tutte le tipologie di atti (normativi, amministrativi e giudiziari) troviamo: Albania⁹⁸, Azerbaijan, Germania, Kosovo, Lettonia, Macedonia, Tajikistan. In alcuni casi, l'oggetto si estende anche ad atti commessi da privati, a volte limitatamente al caso in cui esercitino funzioni di pubblico servizio (Costa Rica).

Spesso è la "legge" (latamente intesa come qualsiasi atto di natura normativa) ad essere esclusa come oggetto dell'impugnazione, sia perché si privilegia la via del controllo nomocratico, sia in quanto è difficile che un atto normativo generale e astratto sia in grado di danneggiare in modo diretto e immediato i diritti di un individuo. In Spagna, ad es., l'*amparo* è ammissibile solo contro atti amministrativi e giurisdizionali. Il ricorso è limitato alle sentenze e agli atti amministrativi anche in Angola, Repubblica Ceca e Turchia. Al contrario, in Russia, Georgia e Ucraina è possibile proporre un *constitutional claim/appeal* solo contro atti normativi.

In Armenia, il ricorso individuale è proponibile solo come forma di impugnazione delle sentenze che hanno risolto un caso sulla base di una norma ritenuta incostituzionale dalla parte (art. 69 l. TC). In Bosnia, la Corte è competente solo a giudicare

⁹⁷ Art. 110.3: «[...] protects the freedoms and rights of the individual and citizen relating to the freedom of conviction, conscience, thought and public expression of thought, political association and activity as well as to the prohibition of discrimination among citizens on the ground of sex, race, religion or national, social or political affiliation».

⁹⁸ Tuttavia, affinché sia ammissibile un ricorso contro un atto normativo, la lesione del diritto deve essere conseguenza diretta e immediata dell'applicazione della legge alla persona (art. 49, n. 3 l. TC).

l'impugnazione di sentenze (art. VI.3.b), così come in Ecuador, nel caso dell'azione straordinaria di protezione.

In altri paesi, è solo il potere amministrativo che viene sanzionato (ad es. in Serbia e Slovenia). In Austria, il ricorso è proponibile solo contro provvedimenti (*Bescheide*) delle autorità amministrative direttamente lesivi di diritti costituzionali o applicativi di leggi o regolamenti incostituzionali. Lo stesso avviene in Costa Rica, dove è espressamente esclusa la possibilità di impugnare atti del potere giudiziario (come anche in Nicaragua e Venezuela), nonché leggi o norme, salvo nel caso vengano impugunate congiuntamente con il provvedimento che dà loro esecuzione⁹⁹.

Il comportamento lesivo può sostanzinarsi sia in atti (Albania, Angola, Azerbaijan, Bosnia, Kosovo, Repubblica Ceca) che in omissioni (Costa Rica, El Salvador, Nicaragua).

Il ricorso diretto per violazione di diritti costituzionali è solitamente concepito come uno strumento straordinario e sussidiario di tutela. Per questo, la principale condizione di ammissibilità richiesta è l'esaurimento previo dei mezzi ordinaria di impugnazione¹⁰⁰. Tale condizione può essere superata nel caso in cui i tempi dei ricorsi ordinari non garantiscano la tutela immediata della situazione giuridica, ovvero in caso di serio e irrimediabile danno al ricorrente (Azerbaijan, Croazia, El Salvador, Lettonia), o se la questione è di interesse generale (Lettonia, Repubblica Ceca, Slovenia).

Alcuni ordinamenti, al fine di limitare l'eccessivo numero

⁹⁹ In Croazia, una *constitutional complaint* è prevista contro atti delle pubbliche amministrazioni statali o locali, enti esercenti un pubblico servizio (lo stesso in Montenegro), o rispetto ad accuse penali. In Estonia, solo contro risoluzioni del Parlamento, della sua Presidenza nonché del Presidente della Repubblica. Anche in Brasile la Costituzione elenca espressamente una serie di atti contro cui è possibile promuovere il *mandado de segurança* (del Presidente della Repubblica, della Presidenza delle Camere, del Tribunale dei Conti, del Procuratore generale della Repubblica e dello stesso Tribunale supremo). In El Salvador, l'*amparo* è ammesso contro atti normativi, amministrativi, di privati, ma per quanto riguarda le sentenze, soltanto quelle amministrative, con esclusione della materia civile e penale. In Ungheria, la Costituzione prevede la possibilità di proporre *constitutional complaint* contro atti normativi e sentenze (art. 24 (2), lett. c e d).

¹⁰⁰ Albania, Angola, Austria, Azerbaijan, Bolivia, Bosnia, Croazia, Germania, Kosovo, Lettonia, Macedonia, Montenegro, Nicaragua, Polonia, Repubblica Ceca, Serbia, Slovenia, Taiwan, Turchia, Ungheria.

di ricorsi proposti ogni anno alla Corte, hanno introdotto un'ulteriore condizione di ammissibilità, che si traduce di fatto in uno strumento discrezionale di selezione dei casi. Si tratta della valutazione della "particolare rilevanza costituzionale" del caso presentato alla Corte. Ancora una volta, l'ordinamento spagnolo è emblematico. La riforma dell'*amparo*, avvenuta con LO 2007, ha richiesto la giustificazione della «especial transcendencia constitucional del recurso» (art. 49 LOTC) come requisito di ammissibilità. La Sezione valuta l'importanza del caso rispetto all'interpretazione e applicazione della Costituzione o alla determinazione del contenuto di diritti fondamentali. Il Tribunale costituzionale con la propria giurisprudenza, e in particolare con la sent. 155/2009¹⁰¹, ha stabilito un elenco aperto, non esaustivo, di situazioni nelle quali si presume il carattere di "especial transcendencia". In Germania, il caso è ammissibile «in so far as it has general constitutional significance» (§ 93a, 2(a))¹⁰². In Austria, il ricorso è inammissibile se il caso non presenta sufficienti chances di successo o se la decisione non porta a chiarire una questione di rilievo costituzionale, salvo che alla parte non sia negato ricorso alla Corte suprema amministrativa. In Turchia, la Corte può dichiarare inammissibile un ricorso, qualora non sia rilevante per l'applicazione della Costituzione o la definizione di un diritto, solo nel caso in cui l'individuo non abbia subito danni significativi (art. 48 l. TC). In Ungheria la questione deve essere di "importanza fondamentale" (art. 29 l. TC).

In alcuni casi è previsto un termine entro cui proporre il ricorso, che solitamente viene computato dal momento in cui si è prodotta la violazione del diritto. La lunghezza del termine di impugnazione determina la maggiore o minore apertura del sistema alla garanzia del diritto¹⁰³. Un'eccezione in tal senso è

¹⁰¹ F. J. Díaz Revorio, *Tribunal constitucional y procesos constitucionales en España: algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007*, *Estudios Constitucionales*, Año 7, n. 2, 2009, 81-108, in part. 101.

¹⁰² P. Häberle, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000, 59 s.

¹⁰³ In Angola il termine è di soli 8 giorni contro le sentenze, oppure di 60 giorni dalla conoscenza dell'atto amministrativo. In Nicaragua, Serbia, Spagna, Turchia, 30 giorni dalla notifica dell'atto definitivo; in Austria, 6 settimane dall'emanazione del provvedimento; in Bosnia 60 giorni, come in Macedonia, Montenegro, Slovenia e Ungheria. In Albania e Kosovo, il termine di 4 mesi decorre dalla violazione o dalla conoscenza dell'atto; in Armenia, Azer-

la Costa Rica, dove l'*amparo* è ammissibile finché dura la violazione, perturbazione, restrizione o minaccia al diritto, e fino a due mesi dopo la sua cessazione.

Gli effetti della pronuncia sono generalmente limitati al reintegro del diritto della persona lesa, attraverso l'annullamento dell'atto illegittimo o il suo compimento in caso di omissione. In Bosnia, qualora una corte non adempia al dettato della Corte costituzionale, questa può avocare a sé il giudizio e provvedere direttamente. Chiunque sia stato leso dal provvedimento giudicato illegittimo potrà richiedere, sulla base della decisione, il rinnovo del procedimento nei suoi confronti e la sua armonizzazione con il giudizio della Corte (art. 65 l. TC). In Armenia, dove il ricorso individuale è di fatto un'impugnazione straordinaria della norma applicata per risolvere il caso, l'accoglimento del ricorso implica la revisione della sentenza secondo le indicazioni fornite dalla Corte (annullamento della norma o sua interpretazione costituzionalmente conforme).

9. Il modello (tendenzialmente) “diffuso” di *amparo*

Come accennato nel § 7, l'*amparo* “latinoamericano” consiste in un'azione di garanzia costituzionale esperibile di fronte a qualsiasi giudice. Laddove l'ordinamento non prevede una Corte costituzionale accentrata, la Corte suprema è competente in appello o in revisione, secondo quanto previsto dal diritto processuale interno (Argentina; Brasile; Honduras; Messico¹⁰⁴; Panama; Paraguay). In Perù, sistema a controllo di costituzionalità duale, il Tribunale costituzionale è invece competente in ultima istanza sui ricorsi ordinari di *amparo*, rappresentando l'unico procedimento costituzionale in cui giurisdizione costituzionale

baijan, Lettonia, Taiwan e Tajikistan, 6 mesi dall'esaurimento dei ricorsi ordinari per l'impugnazione. In Germania, un mese dalla notifica dell'atto, o dalla sua conoscenza da parte dell'interessato; per ricorsi contro leggi, entro un anno dalla loro entrata in vigore.

¹⁰⁴ In Messico la Corte suprema è competente nei casi di *amparo* indiretto, nonché in via di avocazione sull'*amparo* diretto, d'ufficio o sulla base di una richiesta di revisione proveniente dai tribunali di appello, che la Corte può valutare discrezionalmente, in considerazione della rilevanza costituzionale della questione. Sulla complessa disciplina dell'*amparo* in Messico, fra l'enorme numero dei contributi disponibili, si segnalano quelli in E. Ferrer MacGregor, A. Herrera (coords), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*, 2 voll., México, 2017.

diffusa e concentrata condividono competenze. Anche in Guatemala, la Corte costituzionale ha giurisdizione di appello sulle sentenze di *amparo*. Ad essa tuttavia spetta anche una competenza originaria straordinaria nei giudizi di *amparo* contro atti della Corte suprema, del Congresso, del Presidente e del Vice-Presidente.

In Cile, l'*acción de amparo* corrisponde in realtà a quello che ovunque viene definito *habeas corpus*¹⁰⁵. Il corrispondente dell'*amparo* è l'*acción de protección*, considerata, come nella gran parte dell'America latina, come un'azione di garanzia rapida ed efficace, per la tutela dei diritti costituzionali stabiliti dall'art. 20 Cost., contro atti od omissioni di tipo amministrativo. L'azione non è esperibile né contro sentenze né per dichiarare l'incostituzionalità di norme. La competenza spetta alle Corti di appello, entro 30 giorni dall'esecuzione dell'atto o dall'omissione. L'eventuale impugnazione si propone alla Corte suprema. Il Tribunale costituzionale non ha dunque competenza, eccetto per il caso particolare del controllo di costituzionalità sugli *autos acordados* adottati dalla Corte suprema per la regolazione dei processi, nel caso tali norme violino diritti fondamentali di una parte (art. 93, inc. 3 Cost.).

Nelle Filippine, l'*amparo* è un *writ*, proponibile a qualunque giudice, inclusa la Corte suprema.

In alcuni Paesi, la Corte costituzionale esercita una funzione di revisione dei casi risolti dalle corti ordinarie, al fine di garantire uniformità giurisprudenziale in materia costituzionale.

In Bolivia, il giudice competente in un procedimento di garanzia costituzionale (*Acciones de Libertad, Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, de Cumplimiento y Popular*), entro 24 ore dall'emanazione della pronuncia, deve inviarla d'ufficio al TCP. Nei successivi 10 giorni, il caso viene assegnato a una Commissione di ammissione, la quale sorteggia il giudice relatore competente a decidere il caso nella *Sala*. In Bolivia, dunque, tutte le pronunce dei giudici ordinari su azioni di garanzia costituzionale sono oggetto di revisione.

In Colombia, il decreto n. 2591/1991 definisce l'azione di tutela come un procedimento preferenziale e sommario per reclamare di fronte a qualsiasi giudice la protezione immediata

¹⁰⁵ G. García Pino, P. Contreras Vásquez, V. Martínez Placencia, *Diccionario constitucional chileno*, Santiago, 2016, 25.

dei propri diritti fondamentali, contro violazioni da parte di atti od omissioni di autorità pubbliche o di individui, nei casi particolari stabiliti dalla legge. Tutte le sentenze di tutela non più impugnabili vanno inviate a cura del giudice competente alla Corte costituzionale. *Ex art. 33 del Decreto*, la Corte designa due dei suoi magistrati, affinché si occupino di selezionare, fra le sentenze di tutela di volta in volta pervenute e senza alcun obbligo di motivazione, quelle che saranno oggetto di revisione. Le sentenze che entro 30 giorni dal loro arrivo in cancelleria non saranno escluse, verranno revisionate dalla Corte nei successivi 3 mesi. La Corte istituisce una sala specializzata di 3 magistrati per i giudizi di revisione dei casi di tutela. L'accordo n. 2/2015 di modifica del Regolamento definisce i criteri orientativi non vincolanti di selezione dei casi da revisionare, includendo fra essi la necessità di unificare la giurisprudenza, la novità del problema, il rischio di violazione di un precedente orientamento della Corte, ecc. La norma ribadisce il carattere discrezionale della selezione, nonché l'inesistenza di un diritto soggettivo a veder selezionato il proprio caso e il carattere meramente esemplificativo e non tassativo dell'elenco. Dunque, solo alcuni casi di tutela sono oggetto di revisione, quelli che la Corte reputa di "maggiore rilevanza costituzionale".

L'Ecuador segue l'esempio colombiano. Tutte le sentenze di protezione vanno inviate alla Corte costituzionale entro 3 giorni dal momento in cui diventano esecutive. La Corte sceglie quali saranno oggetto di revisione, entro 20 giorni dal loro arrivo, in via del tutto discrezionale, non dovendo motivare il rifiuto. Nella scelta, la Corte dovrà tenere conto della gravità del caso, della sua novità o dell'inesistenza di un precedente giudiziale, della violazione di precedenti già decisi dalla Corte, della sua rilevanza o trascendenza nazionale (art. 25 l. TC). Il procedimento di revisione non sospende gli effetti della sentenza impugnata. Nel caso ecuadoriano, la giurisprudenza emessa dalla Corte è vincolante *erga omnes*.

Nella Repubblica dominicana, tutte le sentenze di *amparo* sono suscettibili di revisione da parte del Tribunale costituzionale, sulla base della speciale trascendenza o rilevanza costituzionale della questione. Essa si valuta considerando l'importanza che riveste rispetto alla garanzia di efficacia della Costituzione, alla determinazione del contenuto fondamentale di un diritto costituzionale, o alla sua concreta protezione (art. 100 l. TC).

Infine, in Argentina sussiste una forma di *amparo* per vio-

lazione di diritti collettivi, proponibile dalle associazioni esponenziali di tali interessi, oltre che dalle persone direttamente lese, e si esercita contro qualunque forma di discriminazione, nonché per diritti in materia ambientale, di concorrenza, dei consumatori e ogni altro diritto a incidenza collettiva. L'*amparo* a garanzia del diritto all'ambiente e/o di altri interessi diffusi esiste anche in Bolivia, Brasile, Guatemala e Messico.

Anche all'interno dei sistemi che prevedono l'*amparo* come azione diffusa di garanzia costituzionale è possibile proporre classificazioni in base ai parametri già analizzati per i sistemi a controllo accentrato.

L'*amparo* si propone contro azioni od omissioni, dei poteri pubblici, ma anche dei privati (Cile, Bolivia, Paraguay, Perù, Repubblica dominicana), a volte solo qualora svolgano un servizio pubblico (Brasile, Colombia, Guatemala, Messico), quando restringano o sopprimano diritti costituzionali, o minaccino di farlo. In Cile, Paraguay, Repubblica dominicana, l'azione di protezione si esercita solo contro atti amministrativi o di privati. In Argentina, l'*amparo* è escluso per atti del potere giudiziario, come in Ecuador, dove tuttavia è prevista un'autonoma azione di protezione straordinaria contro le sentenze, esperibile in via diretta alla Corte costituzionale. A Panama, l'*amparo* si propone contro atti amministrativi e contro atti giurisdizionali, esclusi quelli del Tribunale elettorale e della Corte suprema. In Honduras e in Messico, l'*amparo* è proponibile per atti emanati da tutti i poteri.

In Messico, si distingue tra *amparo* diretto (contro atti giurisdizionali definitivi) e indiretto (contro norme generali, atti od omissioni dei pubblici poteri, eccetto contro provvedimenti che risolvano giudizi, e altri casi speciali).

In Ecuador l'oggetto della protezione costituzionale è più ampio che negli altri paesi, visto che è possibile impugnare, oltre ad atti e omissioni di un'autorità pubblica, politiche pubbliche nazionali o locali, atti di prestatori di pubblico servizio, nonché atti di persone fisiche o giuridiche, qualora emanati nell'esercizio di un servizio pubblico improprio, o nell'interesse pubblico, o che provocano un danno grave, o perché la persona a cui l'atto è diretto si trova in uno stato di subordinazione o senza difesa di fronte a un potere economico, sociale, culturale, religioso o di altro tipo, nonché per qualsiasi atto discriminatorio (art. 42 l. TC).

Quanto alla legittimazione attiva, oltre che ai singoli indivi-

dui lesi, l'ordinamento può riconoscere l'azione anche a soggetti particolari: in Bolivia, il difensore del popolo (anche nella Repubblica dominicana), il pubblico ministero (anche in Guatemala, Messico, Perù), il procuratore generale dello Stato e il difensore dei bambini e degli adolescenti; in Colombia il difensore del popolo e i rappresentanti municipali. Nelle Filippine, la legge provvede ad estendere la legittimazione a familiari diretti, ascendenti, discenti o collaterali, e financo a qualsiasi cittadino, organizzazione o istituzione interessata, qualora il ricorrente sia impossibilitato ad agire personalmente. In Paraguay, sono legittimati a proporre *amparo* anche partiti politici e sindacati.

Come nel modello tendenzialmente concentrato, anche qui l'azione può avere un parametro più o meno esteso. In Cile, il parametro è costituito dai soli diritti costituzionali elencati all'art. 20. In Colombia, la Costituzione parla di diritti costituzionali fondamentali. Tuttavia, il decreto 2067/1991, regolando l'azione di tutela, la estende anche a diritti non espressamente riconosciuti come tali, ma la cui natura permetta una tutela in casi concreti. In Guatemala, si parla di diritti garantiti dalla Costituzione e dalla legge, con una formula per la quale non esiste ambito non coperto da *amparo* (lo stesso avviene in Bolivia, Honduras, Messico, Perù, Repubblica dominicana). All'estremo opposto, ad es. nelle Filippine, l'*amparo* è ristretto soltanto alla violazione dei diritti alla libertà, alla vita e alla sicurezza.

L'esaurimento dei mezzi ordinari di impugnazione è richiesto in Bolivia, dove il ricorso è esperibile entro 6 mesi dalla notifica dell'ultimo provvedimento o dalla commissione della violazione; in Guatemala, dove il termine per proporre l'azione è di 30 giorni dalla notifica o conoscenza dell'atto; in Messico, in via generale entro 15 giorni dalla notifica o conoscenza dell'atto, ma solo per l'*amparo* diretto; a Panama, ma solo per l'*amparo* contro atti giurisdizionali; in Perù e Repubblica dominicana, dove il termine è di 60 giorni. In Argentina, l'esistenza di vie ordinarie di tutela è motivo di improcedibilità del ricorso. In Brasile, l'azione è inammissibile se esistono vie di tutela amministrative o giurisdizionali, con effetto sospensivo. In Colombia, invece, l'azione di tutela contro un atto amministrativo può essere promossa in qualunque momento, senza dover dimostrare di avere esaurito i ricorsi amministrativi disponibili. Non è richiesto tale requisito nemmeno in Honduras e Paraguay, dove il termine è di due mesi dalla notifica dell'atto o dalla sua conoscenza.

La sentenza che si pronuncia a favore del ricorrente mira a

reintegrare il diritto del soggetto leso, attraverso l'annullamento dell'atto impugnato, o l'ordine di adottare un provvedimento illegittimamente omesso. Dunque, solitamente, le sentenze di *amparo* producono effetti solo per il caso concreto (Colombia). A tale regola sono previste alcune rilevanti eccezioni. In Guatemala, la giurisprudenza della Corte costituzionale diventa «doctrina legal», ossia vincolante *erga omnes*, quando viene fissata la medesima interpretazione costituzionale in tre sentenze. La Corte tuttavia non è vincolata alla propria “doctrina”, potendo distaccarsi dai precedenti motivando l'innovazione. Questo sistema ha circolato in Centroamerica, ad es. in Honduras, dove le pronunce in *amparo* hanno efficacia *inter partes*, salvo il caso di tre sentenze conformi emesse dalla Sala costituzionale della Corte suprema (art. 73 l. TC).

Anche in Messico, la legge sull'*amparo* disciplina, in un titolo specifico, la formazione di giurisprudenza vincolante (per reiterazione, contraddizione di tesi e sostituzione), con efficacia *erga omnes*. Nella giurisprudenza per reiterazione, ciò avviene quando si sostiene uno stesso criterio di interpretazione in cinque sentenze consecutive, con almeno 8 voti per il *Pleno* della Corte suprema, 4 per le *Salas*, all'unanimità per i tribunali di circuito (artt. 222-224 *Ley amparo*). Inoltre, a seguito di giurisprudenza per reiterazione emessa su *amparo* indiretto in revisione da parte della Corte suprema, con cui si dichiara incostituzionale una norma generale, qualora l'organo legislativo non provveda alla modifica della norma entro 90 giorni dalla comunicazione del provvedimento, la Corte emette la dichiarazione generale di incostituzionalità, approvata con almeno 8 voti favorevoli, con effetti generali *pro futuro*, salvo che in materia penale (art. 234 *Ley amparo*).

10. Il controllo sull'esercizio dei diritti individuali in *common law*

Il modello dell'azione diretta di incostituzionalità a tutela dei diritti fondamentali è integrato, in taluni ordinamenti, da azioni esperibili innanzi alle giurisdizioni ordinarie. Si tratta, nella maggior parte di casi, di ordinamenti di *common law*, nei quali, in forza del carattere ‘diffuso’ della *constitutional adjudication*, sindacato di costituzionalità e sindacato a tutela delle situazioni giuridiche soggettive vengono a coincidere nello stesso soggetto.

Un primo modello di tutela “diffusa” dei diritti è il c.d. *decla-*

ratory judgement, particolarmente utilizzato in Canada e diffuso in altri ordinamenti anglosassoni¹⁰⁶. L'azione, di carattere sussidiario, sembra contraddire quanto si è detto prima (v. *supra*, Cap. III, § 2.5) sui requisiti dell'accesso alla giurisdizione costituzionale nella famiglia di *common law*, vale a dire di sistemi normocratici ad accesso incidentale e di natura tendenzialmente "concreta". La tipologia di controllo esercitato nei *declaratory judgements* è puramente dichiarativa: si tratta di accertare, prima che la controversia insorga, quale sia effettivamente il regime applicabile (la "situazione di diritto", verrebbe da dire) relativa a una ben determinata situazione giuridica soggettiva: la decisione è, cioè, un «formal statement by a court pronouncing upon the existence or non-existence of a legal state of affairs»¹⁰⁷. Ciò spiega, peraltro, la *constitutional reluctance* di taluni giudici a emanare tali decisioni; e dà conto delle ragioni per cui in molte giurisdizioni si sia avvertita la necessità di una sua codificazione¹⁰⁸.

A differenza dell'*amparo* e della *Beschwerde*, infatti, l'organo giurisdizionale «goes no further in providing relief to the applicant than stating his rights»; siamo di fronte a una «pure declaration without coercive direction for its enforcement»¹⁰⁹. Certo, in assenza di una effettiva lesione, la situazione giuridica devoluta al giudice non va invocata in astratto, bensì deve essere "reale"¹¹⁰. Infatti, la Corte ammetterà l'azione se: 1) il rimedio possa essere di qualche concreta utilità per l'attore; 2) una volta concesso, sia in grado di porre fine alla controversia¹¹¹.

Presentano invece carattere rimediale le *redress clauses* contenute nei testi costituzionali di numerosi Paesi del *Common-*

¹⁰⁶ Cfr., per un esame storico dell'azione v. P. Martin, *The Declaratory Judgement*, *Canadian Bar Review*, Vol. 9, N. 8, 1931, 540-552. Cfr. altresì D. J. Howard, *Declaratory Judgment Coverage Actions*, *Ohio Northern University Law Review*, 1994, 13.

¹⁰⁷ J. Woolf, *Zamir & Woolf: The Declaratory Judgment*, London, 2001⁴, 10.1.

¹⁰⁸ Ad es. la sez. 57 *Federal Federal Rules of Civil Procedure* e 28 U.S. Code § 2201 (USA). Cfr. R. T. Sherwin, *Shoot First, Litigate Later: Declaratory Judgment Actions, Procedural Fencing, and Itchy Trigger Fingers*, *Oklahoma Law Review*, Vol. 70, 2018, 793 ss.

¹⁰⁹ L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments*, 2nd ed., Agincourt, Ontario, 1988, 1.

¹¹⁰ *Solosky v. Canada*, [1980] 1 S.C.R. 821, 830.

¹¹¹ A. H. Hudson, *Declaratory Judgments in Theoretical Cases: The Reality of the Dispute*, *Dal. L.J.*, Vol. 3, N. 3, 1977, 706.

wealth. A tali disposizioni si è già fatto riferimento nell'esame del controllo di costituzionalità nelle colonie caraibiche britanniche e in sede di esame dell'accesso al controllo nomocratico in *common law* (rispettivamente Cap. II, § 12 e Cap. III, § 2.5). Si tratta di disposizioni che realizzano una piena attuazione dei diritti costituzionalmente garantiti (*enforcement of protective provisions*); finalità dell'azione è l'ottenimento di una effettiva utilità e di ristoro (*redress*) per l'essere stati tali diritti lesi da individui privati e pubblici poteri.

Le Costituzioni dell'indipendenza delle colonie britanniche si caratterizzano per la presenza di un catalogo di diritti (*constitutional bill of rights*) forgiato sul testo della CEDU. Rispetto alla tradizione costituzionale britannica, l'incorporazione di una carta dei diritti fondamentali rappresentava una innovazione di grande rilievo: *redress clauses* si rinvengono in Costituzioni di Stati africani¹¹², asiatici¹¹³ e dei Caraibi¹¹⁴.

A differenza di quanto accade nel Regno Unito, dove la CEDU è stata incorporata con legge ordinaria (*Human Rights Act* 1998: v. *supra*, Cap. II, § 16), nelle colonie i cataloghi dei diritti sono dotati di rango costituzionale: ciò realizza un adeguato bilanciamento tra sovranità costituzionale e contingenti maggiori politiche rappresentate in Parlamento¹¹⁵.

Ne viene che la stessa azione di riparazione assicura, in un contesto a Costituzione rigida, a qualsiasi persona fisica o giuridica che affermi che sia stata violata una delle disposizioni contenute nel catalogo dei diritti fondamentali, la stessa persona possa adire la giurisdizione per ottenere *redress*. L'azione è a tutela dei soli diritti espressamente garantiti a livello costituziona-

¹¹² Ad es., sez. 18 Cost. Botswana; sez. 25 Cost. Namibia; sez. 30 Cost. Tanzania; sez. 33 Cost. Ghana; art. 137.3 Cost. Uganda; art. 23 Cost. Kenya; art. 175.5.b Cost. Zimbabwe; sez. 26 Cost. Liberia.

¹¹³ Ad es., sez. 32 e 226 Cost. India; sez. 17 Cost. Sri Lanka (la giurisdizione della Corte suprema è esclusiva in materia).

¹¹⁴ Sez. 18 Cost. Antigua e Barbuda; 28 Cost. Bahamas; 24 Cost. Barbados, 20 Cost. Belize; 16 Cost. Dominica; 16 Cost. Granada; 25 Cost. Jamaica; 16 Cost. Sanit Lucia; 18 Cost. San Kitts and Nevis; 16 Cost. Saint Vincent and the Grenadines; 14 Cost. Trinidad and Tobago. Cfr. altresì le Costituzioni dei *British Overseas Territories*: sezz. 16 Cost. Anguilla, 15 Cost. Bermuda, 26 Cost. Cayman Islands, 31 Cost. Isole Vergini Britanniche, 21 Cost. Turks and Caicos. La sez. 153.1 Cost. Guyana dilata la legittimazione attiva del ricorrente fino a comprendervi i *sostituti processuali*.

¹¹⁵ Così *Pinder v. R.* 2002 3 WLR 1443.

le, con esclusione delle situazioni giuridiche contenute nel preambolo del *Bill of Rights* ¹¹⁶. Ancora, se già esistono azioni processuali “ordinarie” a tutela dei diritti ivi enunciati, queste genereranno un cumulo processuale con l’azione di riparazione. La tutela è pertanto di natura diffusa, tipica dei sistemi di *common law*. Tuttavia, poiché la *original jurisdiction* spetta alle sole *courts of record* per poi essere devoluta ai giudici di appello e al JCPC (per Belize, Barbados, Dominica e Guyana è competente la CCJ: v. *supra*, Cap. II, § 9.4), si realizza una forma di concentrazione del controllo.

Anche la natura dei rimedi processuali è coerente con la famiglia di *common law*: i giudici potranno infatti adottare tutte le misure ritenute più adeguate ad assicurare protezione alle situazioni giuridiche lese: *injunctions*, *declarations writs*, *quo warranto*, ecc. I giudici sono altresì abilitati a pronunciarsi sul risarcimento del danno se tale misura è in grado di assicurare la protezione dei diritti, senza possibilità di invocare la *common-law rule* che vorrebbe limitata la responsabilità della Corona ¹¹⁷.

11. Il controllo sulle omissioni costituzionali

In alcuni ordinamenti ai Tribunali costituzionali è affidato il compito di verificare la sussistenza di omissioni nell’attuazione del dettato costituzionale da parte del legislatore. Con una metafora fotografica, si potrebbe dire che si tratta del negativo della funzione di controllo di costituzionalità delle leggi. L’oggetto del controllo è evanescente, in quanto coincide con l’assenza di una norma. Il Tribunale deve infatti decidere se, astenendosi dal legiferare su una materia, l’organo competente è venuto meno alle proprie funzioni, radicate espressamente nella Costituzione ¹¹⁸.

¹¹⁶ Cfr. *Girard and the St Lucia Teachers Union v. AG* unreported judgment No. 371/1985. In *AG et al v. Joseph and Boyce* CCJ Appeal, No CV 2 of 2005 (Barbados), la CGC assicurò protezione al principio della tutela giudiziale effettiva (contenuto nel preambolo) perché tale enunciazione non fu ritenuta espressiva di una autonoma situazione giuridica, bensì meramente ricognitiva dei diritti già inclusi nel *bill of rights*.

¹¹⁷ *Maharaj v. AG of Trinidad and Tobago (No 2)* [1979] AC 385 (PC).

¹¹⁸ Sul tema A. Ramos Tavares, M. Faraco Lacerda Gama, *Omissão inconstitucional*, São Paulo, 2018; V. Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales*, Bogotá, 2014; F. Fernández Segado, *El control*

Si tratta, con tutta evidenza, di una funzione che crea alta tensione fra la Corte e il Legislatore, attribuendo anche alla prima il ruolo di legislatore positivo. Infatti, la Corte può limitarsi a constatare che l'intera legislazione su una materia costituzionalmente vincolata è assente; ma può altresì giudicare omissioni parziali, ossia materie su cui insiste una normativa, che tuttavia la Corte ritiene lacunosa rispetto al mandato costituzionale. In quest'ultimo caso, la sentenza con cui la Corte risolve il giudizio rileva l'omissione "nella parte in cui" non è stato disciplinato un certo aspetto della materia piuttosto che un altro. Tale aspetto ci porta a ricordare come di fatto casi analoghi si ritrovano anche in ordinamenti che non prevedono un'azione diretta per omissioni incostituzionali, tutte le volte che le Corti hanno, con propria giurisprudenza creativa, provveduto a colmare lacune normative nell'ambito del controllo di costituzionalità delle leggi¹¹⁹. La disciplina ecuadoriana accentua ulteriormente il ruolo di legislatore positivo della Corte. Infatti, in caso di omissione assoluta, la Corte assegna all'organo legislativo un termine per provvedere all'inadempimento, alla cui scadenza è essa stessa a stabilire per via giurisprudenziale le regole di base necessarie a dare compimento alla Costituzione (art. 129 l. TC). In caso di omissione relativa, la legge prevede che sia direttamente la Corte a sanare le parti omesse costituzionalmente rilevanti. In particolare, essa può eliminare le discriminazioni arbitrarie nell'assegnazione di benefici, quando non esiste una ragione oggettiva e sufficiente che le giustifichi.

Gli ordinamenti che prevedono tale funzione sono quelli portoghese, brasiliano e angolano. Fuori dall'area lusofona, oltre all'Ecuador, tale funzione è disciplinata anche in Croazia e Venezuela; inoltre in alcuni Stati di Argentina e Messico, mentre in Colombia, la Corte costituzionale si è ritenuta competente a giu-

de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas, Estudios constitucionales, N. 2, 2009, 13-69; L. Rangel Hernández, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control en México*, México D.F., 2009; E. Carpio Marcos, G. Eto Cruz, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado*, Querétaro, 2004; F. J. Díaz Revorio, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 61, enero-abril 2001, 81-130; J. J. Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, Derecho Comparado, el caso español*, Madrid, 1998.

¹¹⁹ V. *supra*, Cap. III, §§ 6 e 7. Cfr. Fernández Segado, *El control de constitucionalidad*, cit., 13-69.

dicare sulle omissioni parziali attraverso il giudizio astratto di incostituzionalità ¹²⁰.

In Portogallo, sono legittimati il Presidente della Repubblica, il Procuratore Generale della Repubblica e, laddove l'omissione leda diritti delle regioni autonome, i Presidenti delle rispettive Assemblee legislative. La sentenza con cui il Tribunale rileva l'omissione viene semplicemente portata alla conoscenza degli organi legislativi competenti ¹²¹. Si tratta di una competenza scarsamente esercitata. Le pronunce su omissioni costituzionali sono infatti molto poche: dall'istituzione del Tribunale a tutto il 2019, otto casi, l'ultimo nel 2002. Nella sua giurisprudenza il Tribunale, citando ampiamente la migliore dottrina costituzionalistica, specifica le condizioni necessarie per riconoscere un'omissione costituzionale. In particolare, sottolinea come «a verificação da inconstitucionalidade por omissão supõe a existência de uma concreta e específica situação de violação da Constituição, demarcada a partir de uma norma suficientemente densificada, a que o legislador ordinário não conferiu atempadamente exequibilidade» (*acórdão* 474/02).

In Angola, come in Portogallo, sono legittimati al ricorso il Presidente della Repubblica e il Procuratore Generale della Repubblica, ma anche 1/5 dell'Assemblea nazionale. Con la sentenza che dichiara l'omissione o la lacuna, il Tribunale assegna un termine all'organo legislativo competente per intervenire.

In Brasile, gli stessi soggetti legittimati ad agire in via di ricorso diretto per incostituzionalità ¹²² possono impugnare anche le omissioni, tanto di natura legislativa che amministrativa, attraverso l'azione diretta di incostituzionalità per omissione (Legge 12.063 del 27 ottobre 2009). La pronuncia ha efficacia *erga omnes* e viene immediatamente comunicata all'organo competente ¹²³. Soltanto nei confronti degli organi amministra-

¹²⁰ *Sentencia* C-1004-07.

¹²¹ Sulla «virtual inefectividade» dell'istituto: C. Blanco de Morais, *Juстиça Constitucional. O direito do contencioso constitucional*, t. II, 2° ed., Coimbra, 2011, 539.

¹²² Presidente, Presidenti delle Camere, Presidenti delle Camere del distretto federale, Governatori, Procuratore generale della Repubblica, il Consiglio dell'Ordine degli avvocati, partiti politici rappresentati in Parlamento, confederazioni sindacali o di classe di livello nazionale

¹²³ C. A. De Azevedo Campos, *Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional*, DPU, N. 42, 2011, 56.

tivi, tuttavia, viene fissato un termine di 30 giorni (o maggiore, secondo le circostanze valutate dal Tribunale) per provvedere a sanare la lacuna. Il controllo sulle omissioni si arricchisce inoltre di un'azione speciale, il *mandado de injunção*, con cui si denunciano le omissioni normative o amministrative, in casi concreti di violazione di diritti e libertà costituzionali (Legge 13.300 del 23 giugno 2016)¹²⁴. In base a tale procedimento, ciascun tribunale, riconosciuta l'incostituzionalità di una omissione in un caso concreto, intima all'organo competente di adottare la norma nel termine fissato nel provvedimento e può anche stabilire una disciplina transitoria, seppur l'effetto dell'ingiunzione resti, in via generale, limitato alle parti del giudizio¹²⁵. La giurisprudenza sulle omissioni costituzionali è dunque non solo più cospicua rispetto al Portogallo¹²⁶, ma anche più incisiva¹²⁷.

In Croazia, la portata della competenza di controllo sulle omissioni costituzionali è limitata per il fatto che la Corte può sanzionare per inadempimento sia il Parlamento che organi dell'Amministrazione, ma si limita a informare il Primo Ministro o il Presidente del Parlamento tramite un report, che può essere pubblicato, a discrezionalità della Corte, in Gazzetta ufficiale (art. 105 l. TC).

12. Il controllo sugli stati d'eccezione

Quasi tutte le Costituzioni vigenti prevedono clausole che

¹²⁴ In Bolivia è prevista un'azione simile, la *acción de cumplimiento*, che tuttavia non è esperibile contro l'Assemblea plurinazionale, bensì solo contro organi amministrativi. Si tratta di un'azione che mira a imporre l'esecuzione della Costituzione da parte di funzionari od organi della pubblica amministrazione.

¹²⁵ STF, MI 670-9/ES, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/o Ac. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.10.2008; STF, MI 708-0/DF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.10.2008; STF, MI 712-8/PA, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30.10.2008

¹²⁶ Dai dati pubblicati sul sito del Tribunale Supremo, al 2018 i casi di omissione accertati e al momento ancora pendenti di disciplina attuativa sono più di una trentina, fra cui un ampio blocco in materia di tutela del lavoro dei dipendenti pubblici, sulla base di una pluralità di giudizi tutti decisi nel 2009: <http://portal.stf.jus.br>.

¹²⁷ C. Blanco de Moraes, *Una tercera via en el control de constitucionalidad*, in Bagni (coord.), *Justicia constitucional comparada*, cit., 192-193.

disciplinano gli stati di eccezione¹²⁸. Con questa espressione ci riferiamo a situazioni eccezionali di grave minaccia alla stabilità delle istituzioni, all'ordine pubblico, alla sicurezza delle persone, all'integrità del territorio, dovute tanto a guerre, insurrezioni, rivolte, attentati terroristici; quanto a straordinarie calamità naturali (terremoti, eruzioni vulcaniche, inondazioni, ecc.) o gravi e sfavorevoli congiunture economiche.

Come sull'esempio dell'antico istituto del *dictator* romano, si ritiene che in tali circostanze il normale funzionamento delle istituzioni democratiche e delle garanzie dei diritti stabilite in Costituzione possa essere momentaneamente sospeso, con l'attribuzione di poteri eccezionali per fronteggiare la crisi, di solito a un organo monocratico, come il Capo dello Stato o del Governo¹²⁹. Al fine di evitare che tale situazione possa trasformarsi da temporanea ed eccezionale, a permanente e ordinaria, le Costituzioni stabiliscono una serie di vincoli temporali e circostanziali allo stato di eccezione, nonché poteri di controllo e supervisione sugli atti emergenziali adottati, tanto in capo al Parlamento, quanto ad altri organi di garanzia. Le Corti costituzionali possono essere chiamate a svolgere tale funzione di controllo, anche se l'analisi comparata dei testi costituzionali mostra come nella maggior parte dei casi il costituente abbia optato per rafforzare soprattutto il ruolo del Parlamento. La ragione va ricercata nell'alto grado di politicità che caratterizza tanto la scelta di dichiarare lo stato eccezionale, quanto la determinazione del contenuto dei singoli atti assunti dall'Esecutivo per fronteggiare l'emergenza. Trattandosi di sospensione della Costituzione (e dunque di atti la cui incostituzionalità intrinseca è tollerata per un fine superiore), si ritiene che solo organi politicamente responsabili di fronte all'elettorato debbano essere coinvolti nella gestione della crisi. Questo argomento è particolarmente evidente nei sistemi influenzati dalla tradizione giuridica anglo-sassone, dove la tematica rientra nel sistema di pesi e contrappesi fra Esecutivo e Legislativo. Essa coinvol-

¹²⁸ Si parla anche di stato di guerra, di urgenza, di assedio, di emergenza. Cfr. G. Delledonne, *History and Concepts of Emergency*, in R. Grote et al. (eds), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* [MPEC-CoL], Oxford, 2016.

¹²⁹ C. Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, New Brunswick/London, 2002, 7; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, 140 e 150.

ge il giudiziario *ex post*, nella misura in cui le corti vengono chiamate a decidere casi di violazione dei diritti umani prodotti dall'applicazione delle misure di emergenza, soprattutto in relazione al loro protrarsi nel tempo, ossia contro la tendenza al loro stabilizzarsi nell'ordinamento¹³⁰. Gli esempi più emblematici in questo senso sono quelli del sindacato svolto dalle Corti supreme statunitense e canadese, e dalla *House of Lords* britannica, oggi *Supreme Court*, sulla legislazione emergenziale emanata all'indomani degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001¹³¹.

Dall'altro lato, l'estrema analiticità con cui le Costituzioni, soprattutto quelle più recenti, disciplinano il procedimento e le circostanze che giustificano l'assunzione dei poteri eccezionali, ne ha oggettivizzato i presupposti, giustificando una competenza delle Corti costituzionali a sindacare la loro esistenza e ad evitare abusi¹³². A volte, questa funzione viene rivendicata per

¹³⁰ A. Keller, *Constitutionalising Emergency Powers in Modern Europe. The English and the Roman Model*, in A. Bianchi, A. Keller (eds), *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, Oxford/Portland, 2008, 67. Si v. anche, nello stesso volume E. Benvenisti, *National Courts Reviewing Counterterrorism Measures*, 251 ss., nonché M. Rosenfeld, *Judicial Balancing in Times of Stress: A Comparative Constitutional Perspective*, 357 ss. Sul ruolo delle corti nel controllo sull'utilizzo dei poteri di emergenza: D. Dyzenhaus, *The Constitution of Law. Legality in a time of emergency*, Cambridge et al., 2006.

¹³¹ F. Fabbrini, *Lotta al terrorismo: da Bush a Obama, passando per la Corte Suprema*, *Quad. Cost.*, N. 1, 2011, 89 ss.; G. de Vergottini, T.E. Frosini (a cura di), *Libertà e sicurezza*, Soveria Mannelli, 2008; Associazione italiana dei costituzionalisti, *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee: atti del 18. Convegno annuale, Bari, 17-18 ottobre 2003*, Padova, 2007; G. S. Corn, *The Role of the Courts in the War on Terror: The Intersection of Hyperbole, Military Necessity, and Judicial Review*, *New Eng. L. Rev.*, Vol. 42, N. 1, 2008, 17 ss.; N. Hayes, *Liberty v. Security - UK Anti-Terrorism Legislation, the ECHR and the House of Lords*, *Trinity C.L. Rev.*, N. 8, 2005, 106 ss.; I. Zuckerman, *One Law for War and Peace? Judicial Review and Emergency Powers between the Norm and the Exception*, *Constellations*, Vol. 13, N. 4, 2006, 52 ss.; M. Coutu, M-H. Giroux, *The Aftermath of 11 September 2001: Liberty vs. Security before the Supreme Court of Canada*, *Int'l J. Refugee L.*, Vol. 18, N. 2, 2006, 313 ss.; F. Davis, F. De Londras (eds), *Critical Debates on Counter-Terrorism Judicial Review*, Cambridge, 2014; K. Roach (ed.), *Comparative Counter-Terrorism Law*, Cambridge, 2015.

¹³² Per l'America latina, G. de Vergottini, *Introduzione*, in G. de Vergottini (a cura di), *Costituzione ed emergenza in America latina. Argentina, Cile, Ecuador, Perù, Venezuela, convenzione interamericana*, Torino, 1997, XVI; Marazzita, *L'emergenza*, cit., 244 ss. Diversi interventi sul tema si trovano in *Ius et Praxis*, N. 8-1, 2002.

via giurisprudenziale dalle Corti stesse¹³³. Si tratta di una funzione di difesa della forma di Stato democratica, in quanto mira a limitare la sospensione delle garanzie costituzionali soltanto in corrispondenza dei presupposti fattuali stabiliti e per il tempo strettamente necessario a far fronte alla eccezionale situazione di pericolo. Quando il controllo ha ad oggetto il procedimento della dichiarazione dello stato di necessità, la funzione svolta dalla Corte lambisce anche la forma di governo, potendo essa trovarsi a statuire sull'esercizio delle rispettive competenze tra Esecutivo e Parlamento.

È possibile distinguere tre diversi modelli di intervento delle Corti costituzionali sugli stati di eccezione.

Il primo è ispirato all'art. 16 Cost. francese, che prevede l'obbligo per il Presidente della Repubblica di consultare una serie di istituzioni, tra cui il *Conseil constitutionnel*, prima di assumere le misure necessarie a fronteggiare la situazione di pericolo. Tale modello è seguito in maniera pedissequa da molte ex colonie africane (Burkina Faso, Burundi, Costa d'Avorio, Gabon, Gibuti, Guinea, Madagascar, Mali, Mauritania, Marocco, Niger). Algeria e Repubblica centroafricana seguono il modello, pur distinguendo tra lo stato di eccezione e lo stato di assedio o urgenza, temporalmente più limitato. Il modello francese costituisce un esempio debole di controllo sugli stati di eccezione, essendo richiesto soltanto che il Presidente consulti le altre cariche istituzionali. Per questo motivo, in Francia, l'art. 16 è stato oggetto di riforma nel 2008. Il revisore costituzionale ha introdotto un'ulteriore forma di garanzia, prevedendo che dopo 30 giorni dall'assunzione dei poteri eccezionali, i Presidenti delle Camere o una minoranza parlamentare di 60 deputati o senatori possano ricorrere al Consiglio costituzionale, affinché dichiarati in tempi brevi la permanenza dei requisiti previsti dalla Costituzione per il loro esercizio. Dopo 60 giorni, la pronuncia del Consiglio è obbligatoria. Sull'esempio francese, la recente Costituzione tunisina ha adottato il medesimo sistema (art. 80).

Il secondo modello è quello che prevede il maggior grado di ingerenza delle Corti, dovendosi esse pronunciare sulla costituzionalità della dichiarazione dello stato di eccezione (Ecuador, Venezuela), o potendo essere chiamate a farlo su ricorso degli

¹³³ È il caso di India e Pakistan: I. Omar, *Emergency Powers and the Courts in India and Pakistan*, The Hague/London/New York, 2002.

organi legittimati (Filippine, Kenya, Kosovo, Malawi, Maldive, Slovacchia, Somalia, Vanuatu, Zimbabwe). In Sudafrica, la Costituzione attribuisce tale funzione a «any competent court».

L'ultimo modello è quello che prevede la possibilità di impugnare davanti alle corti, non la dichiarazione dello stato di eccezione, bensì solo l'eventuale incostituzionalità degli atti e delle misure adottate durante il periodo di emergenza, qualora non rispettino le garanzie costituzionali di inviolabilità di alcuni diritti fondamentali. Tale modello si sovrappone in parte al precedente, visto che alcuni dei Paesi sopra elencati prevedono entrambe le soluzioni (Kosovo, Malawi, Maldive, Sudafrica e Zimbabwe, in quest'ultimo caso estendendo la competenza a tutte le corti). A questi si devono aggiungere alcuni ordinamenti che attribuiscono il controllo sugli atti alla Corte costituzionale (Colombia e Repubblica democratica del Congo, d'ufficio, con obbligo del Governo di trasmetterli alla Corte appena approvati; Repubblica dominicana, attraverso *amparo*; Montenegro, su ricorso diretto dei soggetti legittimati) o alla Corte suprema (Messico, d'ufficio, immediatamente dopo la firma dell'atto; Vanuatu, su ricorso del cittadino).

Al di fuori dei tre modelli appena descritti, si possono segnalare alcuni casi particolari di coinvolgimento delle Corti costituzionali nella decretazione dello stato di eccezione. In Azerbaïjan, la Corte interviene solo a decretare l'estensione del mandato parlamentare, qualora fossero previste elezioni durante il periodo di vigenza dello stato di guerra (art. 84 Cost.). In Iran, gli atti assunti durante uno stato di emergenza vengono approvati dal Parlamento a porte chiuse, con il quorum dei 3/5 dei suoi membri e in presenza del Consiglio dei Guardiani. Ad emergenza finita, le minute delle sedute riservate devono essere rese pubbliche (art. 69 Cost.). In Thailandia, la Corte costituzionale interviene sul decreto di stato di emergenza emanato dal Re, a richiesta di un quinto di una delle due Camere, durante il procedimento di ratifica parlamentare del decreto. La decisione sulla costituzionalità o meno del decreto deve essere emessa entro 60 giorni dalla sua ricezione e deve essere approvata dai due terzi dei membri della Corte (art. 173 Cost.).

Infine, si segnalano due casi particolari in cui la Costituzione vieta espressamente il sindacato giurisdizionale sulla decretazione dello stato di eccezione. In Cile, l'art. 45 proibisce a tutte le corti di sindacare i fondamenti di diritto e le circostanze di fatto, in base alle quali è stato decretato lo stato di eccezione, fatte

salve le azioni ordinarie che l'ordinamento prevede rispetto agli atti conseguenti, lesivi di diritti costituzionali. In Turchia, l'art. 148 vieta alla Corte costituzionale di giudicare della incostituzionalità dei decreti presidenziali emanati durante lo stato di emergenza o lo stato di guerra, sia per vizi di forma che di sostanza.

13. Il controllo sulle revisioni costituzionali

Esaminiamo ora il sindacato sulle revisioni costituzionali. Pur attenendo a un controllo esercitato sulla produzione normativa, si è deciso di trattarlo in questo capitolo per l'evidente connessione che la revisione costituzionale ha con le forme, i modi e i limiti di esercizio della sovranità.

Il controllo sulle revisioni accerta il rispetto dei limiti procedurali e formali – in alcuni ordinamenti, anche sostanziali – che il potere costituente ha posto a carico del potere costituito nel momento in cui si mutano le regole costituzionali relative all'esercizio di funzioni sovrane.

Il controllo sulle revisioni costituzionali è pertanto momento delicato, poiché interviene in un ambito in cui la tensione tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato può produrre conflitti tra corti e legislatore di revisione costituzionale. E, tuttavia, la giustizia costituzionale e la letteratura si sono interessate solo di recente a tale fenomeno¹³⁴.

Né appare strano che la funzione, più spesso affermata in via pretoria, sia ora sempre più frequentemente contenuta anche in espresse previsioni costituzionali, aggiungendo un ulteriore

¹³⁴ Cfr. K. Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa, 2008; S. Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna, 2011; A. R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, in K. B. Brown, D. V. Snyder (eds.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/Rapports Généraux du XVIIIème Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Wien, 2012, 552; Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, 2017; R. Albert, *How a Court Becomes Supreme: Defending the Constitution from Unconstitutional Amendments*, *Md. L. Rev.*, Vol. 77, 2017, 181 ss.; Id., *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitution*, Cambridge, 2019.

elemento di complessità ai rapporti tra giudici e revisori costituzionali.

A sdrammatizzare il sindacato sulle revisioni contribuisce, forse, il ruolo degli *adjudicators*. Il sindacato delle corti non è, in queste ipotesi, contro-maggioritario, bensì ‘sovra-maggioritario’: le corti affermano il loro potere (o addirittura dovere) di sottoporre a controllo di costituzionalità qualsiasi atto del potere legislativo, compresi quelli che entrano a far parte della Costituzione, in tal modo attribuendosi, in nome della chiusura del sistema e della salvaguardia dei suoi principi supremi, un ruolo che prevale anche rispetto alla volontà politica espressa da maggioranze qualificate – quelle necessarie per la revisione costituzionale¹³⁵.

Tale *constitutional oversight* è evidente in due decisioni nelle quali il JCPC ha esercitato tale controllo. In *Nadan v. The King* e in *Moore v. the A.-G. of the Irish Free State*, infatti, la giurisdizione (costituzionale) coloniale dell’Impero ha esercitato tale *oversight* sulle revisioni costituzionali delle assemblee legislative irlandese e del *Dominion* del Canada¹³⁶.

Tale funzione sovra-maggioritaria si ritrova anche negli altri ordinamenti nei quali le corti hanno affermato tale sindacato nel silenzio della Costituzione. In India, Bangladesh, Uganda, Kyr-

¹³⁵ Cfr., in tal senso, F. Palermo, M. Nicolini, *Courts and the Legislator: Tensions and Influences in Norway and in Comparative Perspectives*, in G.F. Ferrari (ed.), *Two Centuries of Norwegian Constitution. Between Tradition and Innovation*, The Hague, 2015, 124-125.

¹³⁶ V. la decisione *Nadan v. The King* [1926] A. C. 482 (in materia di potere del Parlamento del Canada di abrogare il *leave to appeal* nei procedimenti penali in relazione al *BNA Act 1867*) e *Moore v. The Attorney-General for the Irish Free State* [1935] A.C. 484. Sul punto v. J. D. Krikorian, *British Imperial Politics and Judicial Independence: The Judicial Committee’s Decision in the Canadian Case Nadan v. The King*, *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, Vol. 33, N. 2, 2000, 291 ss.; *Constitutional Law. Right of Appeal to the Privy Council. Irish Free State Legislature Held Competent to Abrogate the Right. Moore v. The Attorney-General for the Irish Free State*. [1935] A. C. 484, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 6, N. 1, 1936, 97-98: «The Irish Free State Legislature abolished the right of appeal to His Majesty in Council from Irish Free State Courts by the Constitution (Amendment No. 22) Act, 1933. The question before the Judicial Committee of the Privy Council was whether this Act was valid ... by abolishing the Crown’s power to grant leave of appeal. The Judicial Committee held that the Constitution (Amendment No. 22) Act, 1933, was valid, and therefore that the petition must fail».

gizstan, Austria, Italia, Germania, Repubblica ceca, Belize, infatti, gli organi della giurisdizione costituzionale si sono riservati il potere di sindacare la compatibilità delle revisioni costituzionali con il nucleo irriducibile e intangibile dei principi costituzionali fondamentali (*basic features* della Costituzione, secondo la Corte suprema indiana; *Bauprinzipien*, nel linguaggio della Corte costituzionale austriaca). Si tratta, in ragione degli ordinamenti, dei principi democratico, federale, pluralista, dello stato di diritto, della separazione dei poteri e della tutela dei diritti fondamentali¹³⁷. Mentre alcune Corti hanno svolto effettivamente tale sindacato¹³⁸, in altri ordinamenti (ad es., Italia e Germania) si è affermato in via di principio tale potere, senza che sia mai stato esercitato in concreto¹³⁹.

Sempre più frequentemente, tale controllo è previsto dai testi costituzionali, che predispongono nuove modalità di accesso agli *adjudicators in constitutional matters*: nel corso del procedimento parlamentare¹⁴⁰, o come controllo sul procedimento complessivo di riforma¹⁴¹ o, come in Angola, a garanzia della *unamendability* di talune delle sue disposizioni costituzionali¹⁴². In alcune ipotesi, il controllo è limitato ai profili forma-

¹³⁷ Corte cost. austriaca, VfSlg 16.327/2001, su cui K. Lachmayer, *Constitutional Courts as "Positive Legislators"*, in Brown, Snyder (eds.), *General Reports*, cit., 251 ss.; A. Gamper, *The Principle of Homogeneity and Democracy in Austrian Federalism: The Constitutional Court's Ruling on Direct Democracy in Vorarlberg*, in P. Bußjäger, A. Gamper (eds.), *The Homogeneity of Democracy: Rights and the Rule of Law in Federal or Confederal Systems*, Wien, 2003, 126 ss.

¹³⁸ Per l'India v., ad es., *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors. v. State of Kerala and Anr.* (1973) 4 SCC 225; *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, (1981) 1 SCR 206 (India); *Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India* (2015) 11 SCALE 1 (NJAC Judgment). Per il Bangladesh v. *Anwar Hossain Chowdhury Vs. Bangladesh*, 1989, 18 CLC (AD). Per l'Uganda v. *Mabirizi & Ors v. Attorney General* (consolidated constitutional petitions N. 49 of 2017, 3 of 2018, 5 of 2018, 10 of 2018, and 13 of 2018). Per la Repubblica ceca v. *Nález Ústavního soudu ze dne 09.10.2009* [Decisione della Corte Cost. 10 settembre 2009] sp.zn. Pl. ÚS 27/09.

¹³⁹ Per l'Italia v. Corte cost., sent. 1146/1988; per la Germania BVerfGE 84, 90 e BVerfGE 109, 279.

¹⁴⁰ Art. 61 l. TC Azerbaigian; art. 93.1.2 Cost. Cile e 144 Cost. Tunisia.

¹⁴¹ Art. 202.10 Cost. Bolivia; art. 164.a l. TC Guatemala; art. 34.3 l. TC Tagikistan. In Moldavia, l'art. 141.2 Cost. consente che si attivi il controllo preventivo innanzi alla Corte a richiesta di 4 giudici. Il controllo è obbligatorio in Romania (art. 146), Kosovo (art. 113.9 e 144.3) e Ucraina (art. 159).

¹⁴² Art. 227.c e 235-237 Cost.

li¹⁴³, anche se le Corti hanno provveduto a estendere il controllo anche ai vizi di sostanza. Così, ad es., in Ungheria (ma la quarta revisione costituzionale del 2013 ha limitato il controllo ai vizi meramente formali¹⁴⁴) e in Colombia, dove con la sent. C-551/2003, la Corte ha affermato che i limiti procedurali includono i vizi di competenza, i quali a loro volta implicano il potere della Corte di decidere quali materie sono sottratte alla “competenza” del revisore costituzionale¹⁴⁵. In altri ordinamenti, quali il Sudafrica, il controllo sulle revisioni è sia preventivo (art. 167.4.d) sia successivo, potendo la Corte costituzionale «grants leave to appeal on the grounds that the matter raises an arguable point of law of general public importance which ought to be considered by that Court» (sez. 167.3.b.ii Cost.). In base a tale via d’accesso, è stato dichiarato incostituzionale per motivi di forma il *Constitution Twelfth Amendment Act of 2005*¹⁴⁶.

Non mancano poi ordinamenti costituzionali che hanno negato la possibilità di sindacare le revisioni costituzionali. In Francia, il *Conseil Constitutionnel* ha affermato il proprio potere di sindacato sugli emendamenti costituzionali (dec. 2 settembre 1992, *Maastricht II*, 92-312 DC, Rec. 76, § 19). Nel 2003 ha superato questa giurisprudenza (dec. 2003-469 DC, Rec. 293) ed è dibattuto se il *Conseil* abbia o meno il potere di sindacare la compatibilità di norme costituzionali con i principi fondamentali della Costituzione (*normes de la supraconstitutionnalité*), tra cui in particolare il principio della sovranità popolare, che potrebbe rappresentare l’ostacolo per l’esercizio di tale potere. In Malawi, la Corte suprema ha affermato che «provisions of subsequent amendments to the Constitution, once duly passed in the normal way by the National Assembly and thereby becoming part of the Constitution, those provisions too cannot be invalidated or declared to be unconstitutional or inconsistent with the other pro-

¹⁴³ Art. 241.2 Cost. Colombia; art. 10 Cost. Costa Rica; art. 148 Cost. Turchia.

¹⁴⁴ Cfr. il nuovo art. 24.4 Cost. Sul punto v. Roznai, *Unconstitutional*, cit., 198-199.

¹⁴⁵ R. Guastini, *I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana*, *Derecho y debate*, N. 21, 2016, <http://derechoydebate.com>.

¹⁴⁶ *Matatiele Municipality and Others v. President of the Republic of South Africa and Others* (2) (CCT73/05A) [2006] ZACC 12; 2007 (1) BCLR 47 (CC) (18 August 2006).

visions of the Constitution”»¹⁴⁷. Analoghe affermazioni possono ritrovarsi nella giurisprudenza costituzionale di Zambia ed El Salvador¹⁴⁸.

¹⁴⁷ *Re: Question of the Crossing of the Floor by Members of the National Assembly*, Presidential Reference Appeal No. 44 of 2006, [2007] MWSC 1.

¹⁴⁸ «La Constitución en ningún caso puede ser objeto de control» (*Improcedencia* del 11-VIII-2005, Inc. 52-2005, Considerando II).

CAPITOLO VI

CORTI E FORMA DI GOVERNO

Sommario: 1. Modello pantocratico e organi di indirizzo politico-costituzionale: il controllo sulla sovranità “in senso stretto”. – 2. La giustizia politica. – 3. I conflitti tra poteri dello Stato e i controlli attinenti al procedimento legislativo. – 4. Il controllo preventivo sui trattati. – 5. La funzione di *reference*.

1. Modello pantocratico e organi di indirizzo politico-costituzionale: il controllo sulla sovranità “in senso stretto”

Il presente capitolo si concentra sull’ultimo gruppo di istituti di giustizia costituzionale che realizzano il controllo pantocratico di sovranità. Sono poteri di sindacato attribuiti dalla Costituzione agli organi della giurisdizione costituzionale e poi integrati dalla legislazione sub-costituzionale, che realizzano l’arbitrato per la risoluzione di conflitti fra gli organi che, nell’articolare i rapporti interni alla sfera dell’autorità appaiono riportabili alla nozione di “forma di governo”¹. L’espressione “forma di governo” è qui preferita a quella “poteri dello Stato” per ragioni tassonomiche. La locuzione “poteri dello Stato”, infatti, è categoria del processo costituzionale italiano, che non designa un preciso gruppo di organi, quanto – piuttosto – gli «organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono» in sede di «delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali» (art. 37 l. n. 87/1953). Com’è stato evidenziato ancora di recente, la norma è «a fattispecie aperta», non come accade, invece, in altre espe-

¹ C. Mortati, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, 135. Sulle forme di governo: Volpi, *Libertà e autorità*, cit. V. già B. Mirkiné Guetzévitch, *Les Constitutions de l’Europe nouvelle*, Paris, 1938¹⁰; L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 634 ss.

rienze, come la Germania e la Spagna, nella quale il numero dei poteri legittimati ad adire la giurisdizione costituzionale è espressamente stabilito a livello normativo².

Di fronte alla pluralità delle soluzioni adottate negli ordinamenti costituzionali, non appare tanto rilevante cosa s'intenda, ai fini del contenzioso costituzionale, per "potere dello Stato"; ben più importante è il ruolo che tale tipologia di conflitti riveste nel sistema. Il processo costituzionale, in altre parole, è una delle modalità mediante le quali istituti variamente riportabili al controllo di sovranità sono in grado di produrre effetti sistemici sull'organizzazione e sui rapporti tra i pubblici poteri che animano gli ordinamenti pluralistici contemporanei – i quali, si badi, non sono più riconducibili ai soli tre poteri individuati da Montesquieu³. Se, poi, si rammenta che la forma di Stato si realizza mediante la forma di governo; e che gli strumenti per la sua attuazione sono principalmente gli atti posti in essere, nello Stato-persona, da organi-potere dello Stato (leggi, decreti, regolamenti, trattati internazionali, atti amministrativi di natura politica), ne viene che la nozione di forma di governo qui adottata realizza la sovranità "in senso stretto", che tradizionalmente guarda all'unificazione e proiezione della soggettività internazionale e sovranazionale dell'ordinamento costituzionale, mediante il coordinamento dei soggetti del pluralismo sociale, politico, territoriale (*sovranità in senso largo*).

A differenza di quanto accade nella forma di Stato, nella forma di governo (o sovranità in senso stretto) l'articolazione del potere politico si accompagna alla distribuzione e al rilascio di "quote" di sovranità al pluralismo interno dello Stato-persona. Detto altrimenti: il controllo di sovranità in senso stretto presidia la relazione tra organizzazione del potere e realizzazione dell'indirizzo politico-costituzionale. Si struttura, cioè, in un complesso di strumenti di risoluzione dei conflitti tra *forme di organiz-*

² F. Fabrizzi, *Gli "esclusi" tra i conflitti tra poteri dello Stato, Federalismi.it*, N. 13, 2011, 1-2. Per la Germania v. art. 93.1 GG e § 63 BVerG; per la Spagna, l'art. 59.1.c Cost.

³ V. però l'art. 53 Cost. Azerbaijan che riserva i conflitti ai tre tradizionali poteri. Sull'attitudine sistemica della giustizia costituzionale v. P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (eds), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; A. Pizzorusso, R. Romboli, E. Rossi (eds), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, 1997.

zazione della sovranità riportabili a precise tipologie di soggetti-potere (legislativo, Capo dello Stato, giurisdizione, ecc.); e opera in relazione alle *modalità di esercizio* della sovranità medesima. Quest'ultima necessariamente assume la forma di soggetti-potere in grado di strutturare le istanze del pluralismo – cosa che, invece, non sempre si dà in relazione al controllo di sovranità, federale o sulla forma di Stato che sia.

Delle forme di controllo ci si concentrerà qui sugli istituti di giustizia politica, *impeachment*, sui conflitti intersoggettivi (§§ 2 e 3) e sui controlli attivabili nell'ambito dei processi decisionali politico-normativi: procedimento legislativo e trattati internazionali (§§ 4 e 5). Il “rilascio” di quote di sovranità si dà poi nell'ambito dell'*advisory opinion*: la giurisdizione costituzionale, tradizionalmente chiamata a risolvere i conflitti e quindi a ripristinare l'indirizzo “ideale” stabilito dal testo costituzionale, partecipa nella forma dell'“amministrazione consultiva” alla sovranità in senso stretto (la *reference jurisdiction*: v. *infra*, § 5). Il che, peraltro, dà conto di come il soggetto del controllo della produzione normativa e di garanzia del pluralismo giuridico sia, oltre che custode, anche soggetto attivo nell'esercizio della sovranità. S'è infatti affermato che gli organi titolari di funzioni di giurisdizione sono organi cc.dd. di sovranità. E il controllo di sovranità “in senso stretto” realizza, s'è detto, un controllo pantocratico, poiché raccoglie – a chiusura del sistema – ulteriori giudizi che altre proposte classificatorie qualificano come le “altre funzioni” delle giurisdizioni costituzionali (v. *supra*, Cap. IV, § 1).

2. La giustizia politica

L'espressione giustizia politica indica tradizionalmente un insieme di istituti mediante i quali pubblici funzionari, a fronte del compimento di reati particolarmente gravi, sono messi in stato di accusa e successivamente processati da un collegio che il più delle volte coincide con una delle assemblee rappresentative di cui si compone il potere legislativo. Nell'ipotesi in cui è accertata la commissione del reato, il collegio giudicante condanna il funzionario e procede alla rimozione dello stesso. Per definire tali istituti, l'espressione ampiamente utilizzata dalla dottrina, anche di lingua non inglese, è *impeachment*: originariamente essa significava “accusation”, “charge”; e solo in un momento successivo è venuta anche a indicare «The accusation and prosecu-

tion of a person for treason or other high crime or misdemeanour before a competent tribunal»⁴.

Sotto questo riguardo, palese è l'attinenza dell'istituto alla sovranità in stretto e alla tipologia dei conflitti tra i poteri dello Stato. Per un verso, la giustizia politica non è riferibile alla sola forma di governo strettamente intesa: sia perché l'aggettivo "politico" e la natura del collegio giudicante sembrano evocare l'idea di un giudizio sulla riprovevolezza del comportamento del funzionario per violazione di norme costituzionali, nelle quali v'è discrezionalità politica (e non solo giuridica) in sede di loro applicazione; sia perché il Capo dello Stato spesso è estraneo all'indirizzo politico, così come lo sono i funzionari pubblici non componenti del Governo, ma della pubblica amministrazione. Così, infatti, stabilisce l'art. 16 Cost. Danimarca, che consente la messa in stato di accusa di Ministri sia da parte del Re, sia del *Folketing* per "cattiva amministrazione" innanzi alla Corte di *Impeachment*⁵.

L'*impeachment* appare, sotto questo riguardo, uno strumento che sanziona un uso improprio dell'indirizzo politico-costituzionale, la realizzazione del quale è rimessa a una pluralità di organi, non sempre competenti a determinare l'indirizzo politico di maggioranza. Lo conferma la circostanza per il quale taluni ordinamenti (ad es., l'Italia) estendono l'istituto al Capo dello Stato, mentre le monarchie escludono qualsiasi forma di responsabilità in capo al Re⁶. Non solo: nelle forme di governo presidenziale e semi-presidenziale – nelle quali il Capo dello Stato partecipa e alla determinazione dell'indirizzo politico di maggioranza e a quello politico-costituzionale – l'*impeachment* riguarda tanto il Presidente (art. I, sez. 2, cl 5, art. I sez. 3, cl 6-7 Cost. USA e artt. 67-68 Cost. Francia), quanto gli altri funzionari (in primo luogo, i Segretari di Stato e i Ministri: artt. II,

⁴ *Impeachment*, in *Oxford English Dictionary* (online). Cfr. altresì J. Onhesorge, *Comparing Impeachment Regimes*, University of Wisconsin Law School – Studies Research Paper Series N. 1468; R. R. K. San Juan, B. D. G. Tiojanco, *Impeachment*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*; de Visser, *Constitutional Justice*, cit., 172.

⁵ Analogamente dispongono gli artt. 86 Cost. Grecia e 129, 130 e 210 Cost. Portogallo.

⁶ Cfr., oltre al Regno Unito, l'art. 88 Cost. Belgio; art. 12 Cost. Danimarca; art. 4 Cost. Lussemburgo; art. 42 n. 2 Cost. Paesi Bassi; art. 56 n. 2 Cost. Spagna.

sez. 4 Cost. USA e artt. 68-2 e 68-3 Cost. Francia). Infine, nei casi di *impeachment* non è possibile adottare un *Act of Indemnity*: questo istituto serve a dare copertura giuridica a un comportamento antiggiuridico del funzionario, ma non è in grado di impedire il giudizio rispetto a forme di responsabilità politico-costituzionale. E proprio il caso francese conferma la differenza tra giustizia politica e giustizia penale: è possibile deferire, ai sensi dell'art. 68 Cost., il Presidente innanzi all'Alta Corte di Giustizia nell'ipotesi di «*manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat*», mentre risultano sospesi i procedimenti penali a suo carico per tutta la durata dell'incarico (art. 67 Cost.).

Le origini dell'*impeachment* si radicano nell'Inghilterra medievale. La *House of Lords* era infatti *High Court* per tre tipologie di procedimenti: 1) le decisioni delle *courts of common law* potevano essere impugnate davanti alla Camera dei *Lords* per *errors in law*; 2) la stessa Camera operava come corte per i giudizi dei propri componenti (*peers*) in caso di reati particolarmente odiosi (*felony e treason*); infine, 3) con la condanna di *Lord Latimer, King's Chamberlain* nel 1376, la *House of Lords* si auto-attribuì la cognizione dell'*impeachment*⁷. Il modello dell'Alta Corte di Giustizia è stato poi recepito nel corso del XIX secolo: le monarchie liberali conservano, infatti, la Camera alta (il Senato) come Alta Corte di Giustizia. Si pensi, ad es., allo Statuto Albertino, il cui art. 36 conservava la giurisdizione per l'*impeachment*, mentre l'art. 37 assegnava al Senato la giurisdizione per reati commessi dai suoi componenti⁸.

Il processo di *impeachment* si struttura tradizionalmente in una messa in stato di accusa, in una fase dibattimentale, in una fase decisoria. Nella fase iniziale, la messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica, del vice-Presidente, dei membri del Governo, ecc. può essere deliberata dal Capo dello Stato⁹, da una o entrambe le Camere¹⁰, da una frazione di parlamenta-

⁷ Maitland, *The Constitutional History*, cit., 215. Il primo caso di *impeachment* di un *commoner* è del 1689.

⁸ Per la III Repubblica francese v. l'art. 12 *loi constitutionnel du 16 juillet 1875* che qualifica il Senato Alta Corte di giustizia. Cfr. M. Waline, *Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnel en Droit positif français*, *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1928, 454.

⁹ Art. 16 Cost. Danimarca.

¹⁰ Art. 68.2 Cost. Francia (l'altra Camera si pronuncia entro 15 giorni);

ri¹¹, dai cittadini¹². In Austria, la messa in stato d'accusa del Presidente federale avviene con deliberazione dell'Assemblea federale; dei membri del Governo federale o di un componente del Consiglio, con deliberazione del Consiglio nazionale; le diete provinciali intervengono per i componenti delle diete e per i membri di un Governo provinciale (art. 142.2 Cost.).

Il procedimento si svolge dinanzi a un organo che è di solito composto da membri delle Camere¹³ – eventualmente presieduti da giudici – o da parlamentari e giudici¹⁴: variamente Alta Corte di Giustizia (Francia), Corte d'*Impeachment* (Danimarca). In altri è la giustizia ordinaria (art. 130.1 Cost. Portogallo; art. 96.2 Cost. Romania; art. 2 Cost. Corea del Sud; art. 13 Cost. Ungheria) o l'organo di giustizia costituzionale (art. 142.1 Cost. Austria; art. 108.3 Cost. Bulgaria; art. 61.2 GG; art. 105.2 Cost. Lituania; art. 83 Cost. Croazia; art. 148.6 Cost. Turchia), eventualmente integrato da giudici individuati dal legislativo (art. 135.6 Cost. Italia).

La condanna è pronunciata a maggioranza del collegio, variamente declinata nei differenti ordinamenti¹⁵. In Lituania, la decisione definitiva rimane nelle mani del Parlamento (art. 107.2). In Sudafrica, la Corte costituzionale può altresì dichiarare che «Parliament or the President has failed to fulfil a constitutional obligation».

Vengono poi in rilievo gli ordinamenti federali. Negli Stati Uniti, alla *House of Representatives* compete mettere in stato d'accusa il Presidente, il Vicepresidente e ogni altro funzionario

art. 86.3 Cost. Grecia; art. 108.2 Cost. Bulgaria; art. 61.1 GG; art. 109 Cost. Slovenia; art. 96.1 Cost. Romania (2/3 del Parlamento in seduta comune); art. IX.3 Cost. Filippine. In Armenia, la decisione del Parlamento è presa sulla base di una previa pronuncia della Corte costituzionale (art. 141 Cost.). Anche in Ecuador, la Corte costituzionale interviene nella fase di ammissibilità del giudizio politico (art. 144.3 l. TC).

¹¹ Art. 161 Cost. Costa d'Avorio (2/3 per il Presidente; maggioranza assoluta per vice-Presidente e membri del Governo); art. 61.1 GG (2/3 dei membri del *Bundestag* o 2/3 dei voti del *Bundesrat*); art. 74 Cost. Lituania (3/5); 130.1 Cost. Portogallo (2/3); art. 139 Cost. Burkina Faso (4/5 per Presidente; 2/3 per membri del Governo).

¹² Art. 68-3 Cost. Francia (procedimenti penali a carico dei Ministri di fronte alla *Cour de Justice de la République*).

¹³ Art. 68 Cost. Francia; art. 160 Cost. Costa D'Avorio; art. 137 Cost. Burkina Faso; art. 86.4 Cost. Grecia. In Albania, il giudizio del Parlamento viene rivisto dalla Corte costituzionale (art. 90.3 Cost.).

¹⁴ Art. 68 Cost. Francia; Corte speciale: art. 68-2 Cost. Francia.

¹⁵ Ad es., a 2/3 dell'Alta Corte (art. 68.4 Cost. Francia).

civile, mentre il Senato assume le funzioni di Corte di Giustizia, il verdetto di colpevolezza dovendo essere pronunciato con la maggioranza dei due terzi dei membri presenti (art. I, sez. 3, cc. 6-7; art. II, sez. 4 Cost.). D'altra parte (art. I, sez. 3, c. 6, Cost), «When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside»: un evidente intarsio fra principio federale, principio di separazione di poteri e operatività dei *checks and balances* nella seconda sequenza procedimentale ove a giudizio sia chiamato il potere (monocratico) esecutivo.

La soluzione accolta dalla Costituzione degli Stati Uniti è stata elevata a modello, cui numerosi ordinamenti costituzionali si sono ispirati per disciplinare le procedure di *impeachment*. Il Messico prevede un vero e proprio giudizio politico a carico del Presidente (alto tradimento o gravi delitti contro l'ordine costituito: art. 198 Cost.) e di numerosi funzionari (senatori e deputati, magistrati della *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Procuratore Generale della Repubblica, magistrati federali; governatori, deputati e magistrati statali, ecc. ma solo «por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen»). Il giudizio si chiude con la destituzione del condannato e la sua interdizione allo svolgimento di attività nell'ambito dell'organizzazione pubblica (art. 110 Cost.). Anche in tale ordinamento la Camera dei Deputati formula l'accusa (a maggioranza assoluta), mentre il Senato, operando come *Jurado de sentencia*, decide a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti con ordinanza non impugnabile.

Anche la Federazione russa ha recepito il modello statunitense dell'*impeachment*. Peraltro, l'art. 93 Cost. non si limita a dislocare in capo alla Duma di Stato e al Consiglio della Federazione la deliberazione, rispettivamente, di messa in stato d'accusa e di rimozione dalle funzioni presidenziali, ma associa alla valutazione sulla sussistenza dei presupposti per l'avvio del procedimento di *impeachment* (commissione da parte del Presidente del delitto di alto tradimento o altri gravi reati) la stessa Corte suprema federale.

3. I conflitti tra poteri dello Stato e i controlli attinenti al procedimento legislativo

Di maggior rilievo appaiono i conflitti tra i poteri dello Stato. Essi sono strettamente connessi alle modalità di esercizio della sovranità popolare: l'attribuzione agli organi di giustizia costi-

tuzionale della soluzione dei relativi conflitti, infatti, è volta ad accertare se ciascuno di tali poteri ha esercitato (o se ha omesso di esercitare) le attribuzioni costituzionalmente attribuitegli; e, se nell'esercizio delle stesse, gli organi non abbiano interferito, impedito, menomato o leso la sfera delle attribuzioni degli altri organi e poteri.

Dalla definizione adottata discendono le due classificazioni dei conflitti usualmente applicate dalla dottrina. La prima classificazione guarda alla natura "verticale" e "orizzontale" delle attribuzioni. Essa trova conferma a livello normativo nel testo della Costituzione austriaca¹⁶, il cui art. 138.1 distingue tra conflitti orizzontali perché "interni" alla forma di governo federale e relativi agli organi che esercitano la sovranità in senso stretto (tribunali e autorità amministrative; tribunali amministrativi, ordinari e Corte di giustizia costituzionale) e verticali che considerano le relazioni fra livelli di governo e la sovranità in senso ampio: nel caso di specie, tra i *Länder* fra loro nonché tra un *Land* e la *Federazione*. Inoltre, il conflitto intersoggettivo può essere meramente dichiarativo e prescindere dall'attualità di una lesione. Così dispone l'art. 138.2 Cost. Austria: la Corte costituzionale, su richiesta del Governo federale o di un Governo del *Land*, può stabilire se un atto legislativo o esecutivo rientra nella competenza della Federazione o dei *Länder* (per tali tipologie di conflitti v. *amplius supra*, Cap. IV). Anche nel *Global South* si danno Costituzioni che articolano i conflitti lungo l'asse verticale e orizzontale della sovranità. Ad es., ai sensi dell'art. 161 Cost. RD Congo, la Corte costituzionale conosce «des conflits de compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif» e di quelli «entre l'Etat et les provinces», cui si cumulano quelli "interni" tra organi giurisdizionali «contre les arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, uniquement en tant qu'ils se prononcent sur l'attribution du litige aux juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif»¹⁷.

La classificazione in oggetto, pertanto, esamina i conflitti in ragione della nozione di sovranità (ampia o ristretta) e li struttura attorno alle nozioni di forma di governo e di forma di Stato. È

¹⁶ Cfr. Ginsburg, Elkins, *Ancillary Powers*, cit., 1447; de Visser, *Constitutional Review*, cit., 155.

¹⁷ Cfr. altresì l'art. 131.c Cost. Albania e 54 l. TC; l'art. 96 Cost. Senegal e l'art. 103 Cost. Messico; art. 203, n. 2 Cost. Bolivia.

peraltro evidente che i conflitti relativi alla sovranità in senso stretto sono tutti conflitti interorganici, interni, cioè allo Stato-persona.

La seconda modalità di classificazione assume come criterio pertinente di classificazione la natura del conflitto, che può essere positivo o negativo. L'espressione è testualmente utilizzata dal legislatore organico spagnolo. L'art. 73 LOTC, ad es., riferisce il conflitto positivo alle ipotesi in cui l'esercizio di una competenza sia rivendicato da parte di più soggetti-potere: quando, in altre parole, un potere «estime que otro de dichos órganos adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las Leyes orgánicas confieren al primero». Il conflitto negativo, ai sensi dell'art. 68 LOTC, è relativo a casi nei quali gli stessi soggetti-potere declinano la titolarità di una competenza¹⁸.

La tipologia di detti conflitti è riscontrabile in numerosi ordinamenti: in Spagna (art. 73 LOTC), Italia (art. 134.2 Cost.) e Germania (art. 193.1). Quanto ai soggetti legittimati, già s'è detto che l'ordinamento italiano adotta una nozione "aperta" di potere dello Stato (v. *supra*, § 1). Analogamente dispongono numerose Costituzioni, che ragionano di conflitti tra istituzioni dello Stato¹⁹. Particolarmente interessante appare il caso del Sudafrica, dove l'art. 167.4.a assegna alla Corte costituzionale la soluzione delle «disputes between organs of state» sia a livello nazionale, sia provinciale relative a «the constitutional status, powers or functions of any of those organs of state».

Altri ordinamenti, invece, tendono a individuare un *numerus clausus* di soggetti legittimati. In Austria, s'è visto essere gli organi della giurisdizione; in Spagna l'art. 59.1.c. LOTC considera legittimati il Governo, il *Congreso de los Diputados*, il Senato o il *Consejo General del Poder Judicial*; in Germania, l'art. 93.2 GG ammette al ricorso il Governo federale, il Governo di un *Land* o un terzo dei membri del *Bundestag*²⁰. Anche i partiti politici possono sollevare un conflitto a tutela del proprio *status* costituzionalmente garantito²¹.

In Francia, i conflitti più delicati riguardano proprio la ripar-

¹⁸ Art. 59 ss. LOTC.

¹⁹ Ad es., v. l'art. 189 Cost. Polonia; l'art. 47.1 Cost. Camerun; art. 117 Cost. Burundi; l'art. 86 Cost. Mali; art. 16.o Cost. Angola.

²⁰ A. Gómez, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1992.

²¹ BVerGE 4, 27.

tizione delle competenze normative. È noto come il testo costituzionale del 1958 sia intervenuto restringendo il *domaine de la loi* approvata dal Parlamento all'elenco contenuto all'art. 34 – eventualmente integrabile con legge organica. L'art. 37 conferisce all'Esecutivo competenza normativa residuale. Le materie non riservate alla legge, stabilisce l'art. 34.1, hanno carattere regolamentare²².

Il sistema francese è un prototipo per i conflitti e i controlli inerenti al procedimento legislativo. Non solo perché la Costituzione assegna al *Conseil constitutionnel* talune ipotesi di controlli obbligatori (leggi organiche e regolamenti delle Camere), prontamente recepiti dalle *ex colonie*²³; quanto perché sono stati introdotti degli istituti volti a presidiare la ripartizione delle competenze di cui agli artt. 34 e 37 Cost.

Il primo istituto è rappresentato dall'irricevibilità degli emendamenti e dei progetti di legge. Stabilisce l'art. 41 Cost. Francia: se, nel corso del procedimento legislativo, risulta che una proposta o un emendamento riguardi una materia non riservata alla legge, il Governo o il Presidente dell'Assemblea incaricata può opporre l'irricevibilità. Qualora vi sia disaccordo tra Governo e Presidente dell'Assemblea interessata, il *Conseil constitutionnel* decide sulla questione a richiesta dell'uno o dell'altro²⁴. La mancata presentazione della richiesta non incide sulla procedibilità del disegno di legge, che ben può essere approvato. Nello stesso senso dispongono anche altre Costituzioni di area francofona²⁵. L'art. 108 Cost. Costa d'Avorio estende peraltro l'irricevibilità alle leggi di bilancio: qualora non si sia potuto depositare il relativo progetto in tempo utile per la sua promulgazione prima dell'inizio dell'esercizio finanziario, il Presidente chiede al Parlamento l'autorizzazione per adottare le misure provvisorie. In caso di contestazione, il *Conseil constitutionnel*, adito da Presidente o da 1/10 dei parlamentari, decide entro otto giorni.

²² de Visser, *Constitutional Review*, cit., 164 e 176.

²³ Art. 61.1 Cost. Francia; art. 117 Cost. Benin; art. 157 Cost. Burkina Faso; art. 160 Cost. RD Congo; art. 72 Cost. Costa d'Avorio; art. 60 Cost. Gabon.

²⁴ Cfr. Drago, *Contentieux*, cit., 257 ss.; Beardsley, *Constitutional Review in France*, cit., 218.

²⁵ Ad es., art. 193 Cost. Burundi; art. 199-201 Cost. Benin; art. 128 Cost. RD Congo; art. 56 Cost. Gabon; art. 123 Cost. Burkina Faso.

Un ulteriore strumento a tutela della sfera di competenza del regolamento (quindi, delle competenze normative dell'Esecutivo) è disciplinato dall'art. 37.2 Cost. ed è noto come processo di *délégalisation*: ove il Parlamento abbia adottato un provvedimento a carattere legislativo nelle materie di competenza del regolamento, è possibile adire il *Conseil constitutionnel* affinché dichiari il carattere regolamentare della normativa²⁶.

Altre ipotesi di conflitti tra poteri dello Stato in relazione alla funzione normativa si danno in Austria, in materia di ripubblicazione. Introdotto nel 1981, il conflitto è sollevato dai giudici e da individui lesi nei propri diritti e verte sul rispetto delle prescrizioni di cui all'art 49a.2 Cost. Il Cancelliere e i Ministri federali possono essere autorizzati a ripubblicare nella Gazzetta ufficiale federale leggi federali e trattati internazionali con effetto vincolante. L'attività di consolidamento del testo consente di correggere refusi e riferimenti a norme giuridiche non più vigenti. La Corte costituzionale giudica se la ripubblicazione di una disposizione giuridica abbia ecceduto i limiti indicati nell'autorizzazione. In caso di annullamento della ripubblicazione, è ripristinata l'efficacia della normativa abrogata.

Fra gli altri conflitti merita di essere menzionato l'art. 17 Cost. Gabon, che consente al Presidente della Repubblica di richiedere al Parlamento, prima della promulgazione della legge, una nuova deliberazione della stessa in relazione a taluni articoli. La deliberazione non può essere rifiutata dal Parlamento che delibererà a maggioranza dei 2/3. In caso di rifiuto a deliberare, il Presidente può adire la Corte. In caso di rigetto del ricorso, il Presidente promulga la legge nella versione originaria. In Burundi, il Governo può adottare, per un periodo di tempo limitato e dare seguito al proprio programma, dei decreti-legge nell'ambito del *domaine de la loi*. In caso di mancata presentazione per la loro conversione, il Parlamento può ricorrere alla giurisdizione costituzionale per farne dichiarare la decadenza.

4. Il controllo preventivo sui trattati

Nell'ambito delle funzioni di giustizia costituzionale sul

²⁶ Cfr. Drago, *Contentieux*, cit., 247; Beardsley, *Constitutional Review in France*, cit., 228. Cfr. la dec. 28 novembre 1973 CC, 45.

procedimento legislativo, un ruolo a sé è riservato ai trattati internazionali – e, in termini generali, alle norme poste dalle fonti di diritto esterno a quello dell'ordinamento statale. Tale ruolo varia in ragione del criterio di classificazione adottato. Un primo criterio di classificazione guarda al parametro del giudizio. Nell'esaminare le variabili del controllo nomocratico, abbiamo già apprezzato, infatti, come il diritto internazionale (consuetudinario e pattizio) e il diritto sovranazionale europeo variamente integrino il parametro del giudizio o assumano un ruolo per la sua interpretazione (v. *supra*, Cap. III § 4); vedremo altresì come il diritto internazionale operi, a livello interpretativo, in sede di integrazione del parametro di costituzionalità (specialmente, per la tutela dei diritti: v. *infra*, Cap. VII).

In questo § le fonti pattizie riportabili a ordinamenti esterni a quelli statali vengono in rilievo in base a un diverso criterio pertinente di classificazione, che guarda all'oggetto del giudizio. Il controllo esercitato dagli organi di giurisdizione costituzionale, come s'è più volte ribadito, non si limita ad accertare il rispetto della gerarchia fra fonti normative. Quando è situato nell'ambito del controllo di sovranità, esso assicura che l'adeguamento dell'ordinamento a norme esterne (e a valori/principi da queste veicolate) si realizzi, per un verso, nel rispetto delle disposizioni che presiedono l'adeguamento stesso; e, per altro verso, è chiamato ad accertare che tale modalità di adattamento non comporti mutamenti costituzionali (formali e taciti) tali da incidere, modificandole, sulle forme e sulle modalità di esercizio della sovranità. La giurisdizione costituzionale, cioè, nuovamente presidia e dà esecuzione ai limiti che la Costituzione pone ai soggetti e ai processi di produzione politico-normativa.

In relazione ai profili di incostituzionalità, il controllo di cui si ragiona in questa sede è, nella maggior parte dei casi, esercitato sui trattati ratificati e ormai integrati nell'ordinamento²⁷. In alcuni ordinamenti, oggetto del giudizio può ben essere la consuetudine internazionale: così si è espressa la Corte costituzionale italiana nella sent. n. 238/2014. Quanto alle modalità di esercizio della funzione di controllo, la prima si realizza attraverso gli ordinari giudizi di costituzionalità, attivati in via principale,

²⁷ M. Mendez, *Constitutional review of treaties: Lessons for comparative constitutional design and practice*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, N. 1, 2017, 84-109.

incidentale, ecc., mediante i quali il trattato perviene alla cognizione del giudice costituzionale. In alcuni ordinamenti, le Costituzioni si premurano di precisare tale funzione, e gli effetti della decisione si produrranno sulla normativa interna di esecuzione²⁸. In entrambi i casi, l'oggetto del giudizio sarà l'atto interno di adeguamento al diritto pattizio (negli ordinamenti dualisti) o lo stesso trattato (in quelli monisti).

Molte Costituzioni, peraltro, hanno preferito differenziare la funzione di sindacato sui trattati rispetto alle altre attribuite alle giurisdizioni costituzionali. In tali casi, può ragionarsi propriamente di un'autonoma funzione di controllo sulla compatibilità dei trattati internazionali con la Costituzione medesima. Il controllo è attivato dai soggetti variamente chiamati alla ratifica del trattato (Capo dello Stato, Assemblee legislative, ecc.); si esercita in via preventiva – vale a dire, prima della ratifica dello stesso da parte degli organi competenti²⁹ –; qualora i giudici costituzionali ritengano che il trattato comporti clausole contrastanti con il testo costituzionale, non sarà possibile procedere alla ratifica dello stesso. Sarà necessario, pertanto, o rinegoziare lo stesso o modificare la Costituzione³⁰.

L'una e l'altra modalità di controllo sono ampiamente utilizzate in relazione ai trattati mediante i quali gli Stati, limitando la propria sovranità, creano organizzazioni od ordinamenti giuridici tra loro comuni e che – come nel caso dell'UE – prevalgono

²⁸ Così espressamente, ad es., l'art. 140.a l. TC austriaca; l'art. 227.2 Cost. Portogallo; l'art. 160 Cost. Slovenia; l'art. 105 Cost. Lituania; art. 102.III.b Cost. Brasile e art. 105.II Cost. Messico; art. 188.1 Cost. Polonia.

²⁹ Ad es., art. 54 Cost. Francia; l'art. 93 Cost. Spagna; l'art. 278.1 Cost. Portogallo; l'art. 160 Cost. Slovenia; l'art. 157 Cost. Burkina Faso; art. 106 Cost. Lituania; art. 3.2 legge speciale 6 gennaio 1989 Belgio; art. 185.2, Cost. Repubblica dominicana; Art. 93.1.3, Cost. Cile; art. 438 Cost. Ecuador; art. 272 Cost. Guatemala; art. 10.2.b Cost. Costa Rica; art. 227 Angola; artt. 43-45 Cost. Tunisia; art. 296 Cost. Burundi; art. 47.1 Cost. Camerun; artt. 161 e 220 Cost. Chad; art. 131.b Cost. Albania; art. 149 Cost. Bulgaria; art. 87.2 Cost. Rep. Ceca; art. 65.4 Cost. Georgia; art. 133.2 Cost. Polonia; art. 146.b Cost. Romania; art. 125.2.d. Cost. Russia; art. 125.a.1 Cost. Slovacchia; art. 146 Cost. Benin; art. 113 Cost. Gabon; art. 336.5 Cost. Venezuela. Cfr. Weber, *La jurisdicción constitucional*, cit., 62; V. Bazán, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un análisis de derecho comparado*, México, 2003. Sulla Francia, in particolare, v. Beardsley, *Constitutional Review in France*, cit., 252 ss.; Drago, *Contentieux*, cit., 572.

³⁰ Art. 147.3 Cost. Camerun; art. 152 Cost. Burkina Faso; art. 57 Cost. Repubblica dominicana.

su quelli degli Stati contraenti. Così, è accaduto per gli Stati membri dell'UE³¹. In Francia e Spagna, in particolare, il controllo sui trattati europei si realizza mediante l'autonoma funzione di sindacato preventivo e spesso ha comportato la modifica della Costituzione³². Non diversamente, dispone l'art. 218.11 TFUE, che consente agli Stati membri, al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione di richiedere alla Corte di Giustizia «circa la compatibilità di un accordo previsto con i trattati. In caso di parere negativo della Corte, l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati». Così è avvenuto per la CEDU. La Corte di Giustizia, nei pareri 2/94 e 2/13 ha ritenuto che il trattato di adesione alla CEDU fosse incompatibile con i trattati UE. Cosa che ha bloccato il processo di adesione³³.

5. La funzione di *reference*

Tra le ulteriori funzioni che delineano il controllo di sovranità v'è la possibilità che la giurisdizione costituzionale sia chiamata, dai soggetti a ciò legittimati, non alla risoluzione di controversie di tono costituzionale, bensì a partecipare al processo di decisione politico-normativa a titolo consultivo, mediante l'emissione di una *advisory opinion*.

Pur essendo tradizionalmente esercitato da organi del potere giudiziario, l'istituto presenta talune peculiarità sotto il profilo processuale. La possibilità di attivare la funzione consultiva si sostanzia nel rinvio (*referral*) agli organi della giurisdizione costituzionale di un quesito, il quale prescinde da una vera e propria controversia tra le parti. Il *referral* ha pertanto ad oggetto una questione astratta che può anche riguardare la costituzionalità di un atto normativo. Così, ad es., in Namibia, l'*Attorney-General* può adire la Corte suprema, che ha *original jurisdiction* nei casi di *referral*, sulla base del combinato disposto delle sezz.

³¹ Cfr. gli scritti raccolti in J. Tajadura, J. de Miguel (eds.), *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, 2008.

³² Per la Spagna cfr. la DTC 1/1991; per la Francia decc. 92-308 del 9 aprile 1992, N. 97-394 del 31 dicembre 1997.

³³ S. Adam, *La procédure d'avis devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2011.

79(1) e 87(c) Cost. La sez. 15 del *Supreme Court Act 15 of 1990* la qualifica come azione di costituzionalità nell'interesse della *fundamental law*³⁴. Analogamente dispone l'art. 89 Cost. Malawi, mediante la quale è possibile per il Presidente adire la *High Court of Malawi* a titolo di *original jurisdiction* e «refer disputes of a constitutional nature».

In altri ordinamenti, invece, si richiede la formulazione di un parere su questioni giuridiche: così, come si è visto, accade in Norvegia e Svezia (art. 83 Cost. Norvegia e Cap. VIII, art. 18 Cost. Svezia: v. *supra*, Cap. I, § 7)³⁵ e, come si vedrà tra poco, per Canada e altri ordinamenti di *common law*. Va infine ricordato come dal 2008, anche il *Raad van State* (Consiglio di Stato) dei Paesi Bassi si è dotato di una commissione costituzionale (*constitutieel beraad*) che svolge attività consultiva su *constitutional issues*; e dal 2002, una ipotesi di *reference* è attivabile presso il *Hoge Rad* (Tribunale supremo) olandese per «important constitutional questions concerning the compatibility of Acts of Parliament and other governmental acts»³⁶.

Nei sistemi accentrati o misti di giustizia costituzionale, l'attribuzione alla Corte di una funzione consultiva in materia costituzionale³⁷ discende dal ruolo stesso che viene riconosciuto a tale organo nel sistema. Ad es., in Ecuador la Corte viene definita come «[...] el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia» (art. 429). Di conseguenza, la LO prevede un'autonoma azione di interpretazione (art. 154 ss.), con cui diversi organi dello Stato, nonché un gruppo di cittadini che rappresenta lo 0.25% degli aventi diritto al voto, possono richiedere l'interpretazione costituzionale di disposizioni della «parte orgánica» della Costituzione. L'interpretazione fornita dalla Corte è vincolante.

³⁴ Sulla sez. 79 cfr. nuovamente Amoo, *The Structure*, cit., 73. Ai sensi della sez. 87(c) Cost., «The powers and functions of the Attorney-General shall be ... (c) to take all action necessary for the protection and upholding of the Constitution».

³⁵ Cfr. J. Nergelius, *Judicial Review in Swedish Law – A Critical Analysis*, *Nordisk Tidskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 27, (27.2.2009), 142.

³⁶ Cfr. Martinico, *Entre clichés*, cit., 12 e L. F. M. Besselink, *The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review Came to Europe After All*, *Utrecht Law review*, Vol. 9, N. 2, 2013, 29.

³⁷ V., ad es., art. 124 Cost. Albania; artt. 16 e 20 LO Angola; art. 126 Cost. Niger.

Anche in Russia è attribuita alla Corte costituzionale una specifica funzione di interpretazione della Costituzione, sulla base di un'azione diretta e astratta da parte dei massimi organi della Federazione (il Presidente, il Consiglio federale, la Duma, il Governo e gli organi legislativi delle entità federate) (art. 125, n. 5 Cost.)³⁸. Il modello russo è stato poi replicato da altre ex Repubbliche sovietiche (Azerbaijan, Bielorussia, Kazakistan, Moldavia, Ucraina, Uzbekistan).

Infine, in Iran, l'art. 98 riconosce il Consiglio dei Guardiani come unico organo legittimato a interpretare la Costituzione, a maggioranza dei 2/3. Se non si raggiunge il quorum, l'opinione è considerata come *advisory opinion* non vincolante; altrimenti, assume lo stesso valore della Costituzione. Sono legittimati a richiedere un'interpretazione della Costituzione il Presidente del Parlamento, la Corte suprema, il Presidente della Repubblica e il Governo.

In tutti i casi sopra illustrati, la questione non presenta quei requisiti che normalmente caratterizzano la funzione giurisdizionale: non vi è alcuna controversia da decidere – né, quindi, vi sono parti processuali –; i soggetti abilitati ad adire la giurisdizione costituzionale non hanno alcuna utilità da soddisfare mediante il ricorso se non quella di acquisire un parere giuridico. Il carattere non rimediabile dell'istituto sembra, cioè, conferire una funzione non giurisdizionale ad organi giurisdizionali, con evidente violazione del principio di separazione di poteri.

L'eccezione al principio di separazione dei poteri è particolarmente avvertita negli ordinamenti di *common law*. Il problema sembra tuttavia stemperarsi se si considera l'origine dell'istituto, che risale all'Inghilterra medievale. Come si è detto (v. *supra*, Cap. I, § 3), i principali organi costituzionali del Regno si sono formati per gemmazione dall'antica *Curia Regis* in un'epoca nella quale era ancora prematuro ragionare di separazione dei

³⁸ Il predominio della Corte costituzionale russa sulla funzione di interpretazione della Costituzione si desume anche dalle recenti riforme, in base alle quali, nei giudizi di costituzionalità, la Corte non soltanto dichiara una norma conforme o non conforme a Costituzione, bensì può anche dichiararla conforme secondo l'interpretazione datane dalla Corte stessa: cfr. C. Filippini, *Ampliamento delle competenze della Corte costituzionale della Federazione di Russia e potere democraticamente legittimato*, in Butturini, Nicolini (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, cit., II, 147 ss.

poteri. Né la progressiva emancipazione delle Corti, del Parlamento e del *Magnum Concilium (Privy Council)* hanno indebolito l'istituto della *reference*³⁹. Non va dimenticato, infatti, che la funzione giurisdizionale è amministrata dal *King/Queen in his/her courts*; e che, non a caso, tale competenza sia stata attribuita dal *Judicial Committee Act 1833* al JCPC. Ai sensi della sez. 4, infatti, «It shall be lawful for His Majesty to refer to the said Judicial Committee for hearing or consideration any such other matters whatsoever as His Majesty shall think fit; and such Committee shall thereupon hear or consider the same, and shall advise His Majesty thereon in manner aforesaid».

Essendo il JCPC il vertice della *colonial (constitutional) litigation* (v. *supra*, Cap. II, § 9.4) non stupisce la circostanza per cui la relativa funzione consultiva sia stata esercitata nell'Impero e che molte delle Costituzioni delle *ex* colonie l'abbiano conservata⁴⁰.

Le più importanti forme di *advisory opinions* sono esercitate dalle Corti supreme canadese e indiana.

La sez. 53 *Supreme Court Act 1875* del Canada limita i soggetti legittimati alla *reference*. Essi sono: 1) le Camere del Parlamento in relazione a *private bills* o *petitions* a queste riferibili (sez. 54); 2) al Governatore Generale per l'interpretazione dei testi costituzionali e legislativi (federali e provinciali), nonché relativi alla portata delle attribuzioni dei Parlamenti federale e provinciali. Sempre il Governatore è abilitato a «refer to the Court for

³⁹ Rankin, *The Judicial Committee*, cit., 10 e 21; *Advisory Opinions Requested by Legislature or Governor*, *Virginia Law Review*, Vol. 10, N. 2, 1923, 150. C. Mathen, *Courts Without Cases: The Law and Politics of Advisory Opinions*, Oxford, 2019, 32 ss.

⁴⁰ Cfr. Howell, *The Judicial Committee*, cit., 40: «Under section 4 of the Act of 1833, the power of the Sovereign to refer matters to the Judicial Committee for advice is exercised on the advice of His Majesty's ministers. As examples of the questions so referred may be mentioned :- whether a certain Member of Parliament had been disabled from sitting and voting in the House of Commons by reason of his connection with certain Government contracts; what were the rights of the British South Africa Company in the lands of Southern Rhodesia; questions with reference to the boundary between Northern Ireland and the Irish Free State; (by agreement between Canada and Newfoundland) the question which Dominion owns the vast country of Labrador (held in favour of Newfoundland); cases of Colonial judges suspended for alleged misconduct. The decision of the Judicial Committee in such cases has no actual force of law, but it has invariably been acted on by those concerned».

Oltre a Namibia e Malawi, v. l'art. 47.1 Cost. Camerun; l'art. 17 Cost. Papua Nuova Guinea; la sez. 213 Cost. India; la sez. 164 Cost. Kenya.

hearing and consideration important questions of law or fact concerning any matter». Si tratta della competenza più importante, attivata, com'è noto anche in relazione alla *reference* relativa alla secessione del Québec (sez. 53)⁴¹; 3) a titolo di *appellate jurisdiction*, quando una *advisory opinion* sia stata resa «by the highest court of final resort in a province on any matter referred to it for hearing and consideration by the lieutenant governor in council of that province whenever it has been by the statutes of that province declared that such opinion is to be deemed a judgment of the highest court of final resort and that an appeal lies therefrom as from a judgment in an action» (sez. 36). La *Québec Ve-to Reference* è stata resa in base a tale competenza⁴².

Anche in India, la *reference jurisdiction* della Corte suprema è lascito del periodo di dominazione coloniale britannico⁴³. Il Parlamento britannico dotò, con il *The Government of India Act, 1935* l'India di un sistema giurisdizionale analogo a quello canadese: venne istituita una *Federal Court* chiamata a rilasciare, se richiesta, *advisory opinions* al Governatore Generale. Tale competenza è ora prevista all'art. 143 Cost.: «If at any time it appears to the President that a question of law or fact has arisen or is likely to arise, which is of such a nature and of such public importance that it is expedient to obtain the opinion of the Supreme Court upon it, he may refer the question to that court for consideration and the court may, after such hearing as it thinks fit, report to the President its opinion thereon».

Ragionamento completamente differente va fatto per gli Stati Uniti e l'Australia. Le *advisory opinions* sono disciplinate nelle Costituzioni di taluni Stati membri⁴⁴. A livello federale, tuttavia,

⁴¹ Sulla quale v. da ultimo G. Martinico, G. Delledonne (eds.), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession. Legacies of the Quebec Secession Reference*, London, 2019.

⁴² Reference: *Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution* [1982] 2 S.C.R. 793.

⁴³ S. Devi, *The Supreme Court and Advisory Jurisdiction*, *The Indian Journal of Political Science*, Vol. 25, N. 3/4, Conference Number for XXVI Indian Political Science Conference 1964, 200 ss.

⁴⁴ Colorado: art. VI, § 3; Florida, art. 4, § 1(c); Maine: art. VI, § 3; Massachusetts: pt. 2, ch. 3, art. H; New Hampshire: pt. 2, art. 74; Rhode Island: amend. 12, § 2; South Dakota: art. V, § S. In Alabama e Delaware è prevista a livello legislativo: rispettivamente Ala. Code tit. 13, § 34 (1958); Del. Code Ann. tit. 10, § 141. In North Carolina è creazione giudiziale: *Waddell v. Berry*, 31 N.C. 361, 40 N.C. 305 (1849). In Oklahoma il Governatore può chiedere

si registra una sostanziale chiusura nei confronti di tale istituto. Per un verso, si tratterebbe di una funzione non giurisdizionale assegnata a un giudice, cui competono *cases and controversies*; per altro verso, l'attribuzione di una tale competenza alle corti integrerebbe una violazione del principio di separazione dei poteri, concepito in maniera rigida dalle stesse corti⁴⁵. Tale impostazione si fonda sulla lettera della Cost. USA, il cui art. III sez. 2 riserva alla *Supreme Court* «all Cases in Law and Equity arising under this Constitution ... all Cases affecting Ambassadors ... to all cases of admiralty and maritime Jurisdiction; - to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies between two or more States». L'uso delle espressioni *case and controversies* richiede l'attualità della funzione giurisdizionale, non riscontrabile in sede di *reference*. Tale impostazione è stata, infatti, espressamente affermata in *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911) 361: il potere giudiziario risolve «actual controversies arising between adverse litigants, duly instituted in courts of proper jurisdiction. The right to declare a law unconstitutional arises because an act of Congress relied upon by one or the other of such parties in determining their rights is in conflict with the fundamental law». Tale potestà non è attribuita alle corti «because the rights of the litigants in justiciable controversies require the court to choose between the fundamental law and a law purporting to be enacted within constitutional authority, but in fact beyond the power delegated to the legislative branch of the government. This attempt to obtain a judicial declaration of the validity of the act of Congress is not presented in a 'case' or 'controversy' to which, under the Constitution of the United States, the judicial power alone extends»⁴⁶.

un'*opinion* per la pena di morte: Okla. Stat. Ann. tit. 22, §§ 1002-03 (1958). Cfr. L.W. *Advisory Opinions Requested by Legislature or Governor, Virginia Law Review*, Vol. 10, N. 2, 1923, 150-153; C. M. Carberry, *The State Advisory Opinion in Perspective, Fordham L. Rev.*, Vol. 44, 1975, 81 ss.; L. Moench, *State Court Advisory Opinions: Implications for Legislative Power and Prerogatives, Boston University Law Review*, Vol. 97, 2017, 2243 ss.

⁴⁵ *What Constitutes a Case or Controversy within the Meaning of Article III of the Constitution, Harvard Law Review*, Vol. 41, N. 2, 1927, 232-236.

⁴⁶ *The Advisory Opinion and the United States Supreme Court, Fordham L. Rev.* 5, 1936, 94 ss.

PARTE III

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E SISTEMI MULTI-
LIVELLO DI TUTELA DEI DIRITTI

CAPITOLO VII

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE, CONVENZIONALE E TRANSNAZIONALE

Sommario: 1. Problemi di inquadramento dei sistemi giurisdizionali sovranazionali nella materia della giustizia costituzionale. – 2. Il recepimento del diritto internazionale negli ordinamenti nazionali. – 3. Il controllo di convenzionalità come “braccio armato” del costituzionalismo transnazionale. – 3.1. Sistema interamericano di protezione dei diritti umani e sistemi nazionali di giustizia costituzionale. – 3.2. Sistema europeo e sistemi nazionali di giustizia costituzionale. – 3.3. L’applicazione diretta del diritto dell’Unione europea da parte dei giudici dei Paesi membri. – 4. La “giustizia convenzionale transnazionale” come autonomo sistema di garanzia dei diritti umani.

1. Problemi di inquadramento dei sistemi giurisdizionali sovranazionali nella materia della giustizia costituzionale

Da tempo si discute della “internazionalizzazione del diritto costituzionale” e della contrapposta “costituzionalizzazione del diritto internazionale”¹. Nel primo caso si indica la tendenza del diritto costituzionale a recepire il diritto internazionale nel blocco di costituzionalità; nel secondo, la riproduzione a livello sovranazionale di meccanismi giurisdizionali di controllo, tipici

¹ E. Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, *Estudios Constitucionales*, N. 2, 2011, 531-622. Oppure si parla di *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: A. Von Bogdandy, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*, *Revista Derecho del Estado*, N. 34, 2015, 3-50, in part. 27; W-C. Chang, J-R. Yeh, *Internationalization of Constitutional Law*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2019.

del diritto costituzionale, volti a garantire la supremazia dei trattati (in particolare di quelli sui diritti umani) sulle fonti interne. Ciò può dare origine a meccanismi di pregiudizialità, come quella sovranazionale europea alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE)², ovvero a forme di controllo di convenzionalità in senso lato, ossia la disapplicazione del diritto interno incompatibile con la norma sovra-nazionale, come nel caso del diritto dell'Unione e come nei sistemi regionali europeo (CEDU) e interamericano (CIDH) di tutela dei diritti umani³.

Entrambi i temi non sono affrontabili in termini meramente descrittivi, bensì richiedono in primo luogo una riflessione sul sistema di garanzie da cui originano. Ciò, al fine di verificare se la *ratio* e le funzioni che adempiono ne giustifichino una trattazione unitaria con il controllo di costituzionalità e, più in generale, con la giustizia costituzionale. Avendo già anticipato la nostra posizione critica al riguardo (v. *supra*, Introduzione, § 8), si tratta qui di approfondire il tema, analizzando i rapporti orizzontali e verticali fra le diverse giurisdizioni, per capire se lo studio degli organi sovranazionali di garanzia dei trattati e dei loro meccanismi di funzionamento costituisca oggetto della materia «giustizia costituzionale» in senso ampio.

La dottrina che si occupa di giustizia costituzionale mostra

² Il meccanismo della pregiudizialità sussiste anche in altri sistemi di integrazione regionale dotati di una Corte sovranazionale per la risoluzione dei conflitti, come il SICA (*Sistema de integración centroamericana*). Tuttavia, l'assimilazione di tale sistema a quello dell'Unione europea è fuorviante: cfr. le puntuali riflessioni di M. Carducci, *Argomento comparativo e presunzione di isomorfismi interordinamentali: spunti critici dalla prospettiva latino-americana*, in AA.VV., *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2012, 1577 ss.

³ Fuori dall'analisi resta il sistema africano di tutela dei diritti dell'uomo e dei popoli, in quanto né la Carta di Banjul (Carta africana sui diritti umani e dei popoli del 1981), né il Protocollo sull'istituzione di una Corte africana dei diritti umani e dei popoli (approvato a Ouagadougou, in Burkina Faso nel 1998), né la giurisprudenza dei due organi di garanzia istituiti da tali atti (la Commissione e la Corte), prevedono meccanismi di pregiudizialità o di disapplicazione da parte dei giudici nazionali del diritto interno incompatibile con i trattati: cfr. L. Cappuccio, A. Lollini, P. Tanzarella, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, 2012, 246. Lo stesso vale per altri sistemi sub-regionali di integrazione economica e/o di tutela dei diritti, come UNASUR, Alba e Mercosur in America latina; l'ASEAN nei Paesi del Sud-est asiatico; l'*Economic Community of West African States (ECOWAS) Court of Justice*, l'*East African Court of Justice* e il (attualmente sospeso) *Southern African Development Community (SADC) Tribunal*, in Africa.

vivo interesse per l'analisi dei sistemi sovranazionali di tutela dei diritti umani, con un approccio che, tuttavia, è tendenzialmente descrittivo e casistico, più che teorico-sistemico⁴. Il punto di contatto fra controllo di costituzionalità e controllo di "convenzionalità" è l'incorporazione del diritto internazionale nelle Costituzioni. In assenza di ciò, i due sistemi rimarrebbero autonomi e separati, restando il rispetto delle obbligazioni assunte con un trattato una mera questione di diritto internazionale. Si deve dunque verificare in termini comparatistici quali siano le modalità di recepimento dei trattati sui diritti umani da parte dei singoli ordinamenti e il rapporto fra controllo di convenzionalità e controllo di costituzionalità (§ 2).

Il punto di rottura si verifica quando il sistema di garanzia internazionale, invece di integrarsi con quello di giustizia costituzionale interno, pretende di imporsi gerarchicamente su quest'ultimo. Infatti, le due grandezze in gioco sono fra loro incomensurabili, in quanto fanno riferimento a fonti di legittimazione diverse. Si tratta di oggetti non comparabili per la distinta natura dei due sistemi a livello ontologico, ossia per la diversa origine e il (parzialmente) differente obiettivo perseguito (§ 3). Per tale motivo, lo studio dei sistemi di giustizia sovra-nazionale dei diritti umani dovrebbe costituire una branca autonoma del diritto, con proprie finalità e metodologie epistemiche (§ 4).

2. Il recepimento del diritto internazionale negli ordinamenti nazionali

In Europa, quasi tutte le Costituzioni riconoscono al diritto internazionale, e in particolare a quello pattizio relativo alla tutela dei diritti umani, rango supra-legislativo⁵ se non costituzionale, come in Svizzera (art. 190 Cost.), Austria (art. 9) e Olanda

⁴ Riconosce che la comparazione avviene spesso sul piano della giurisprudenza in tema di diritti fondamentali A. Ruggeri, *Presentazione*, in R. Romboli, A. Ruggeri (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino-Valencia, 2019, X s. V. anche G. Rolla (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010.

⁵ Ad es., art. 55 Cost. Francia e gli Stati dell'Est: cfr. T. Salvino, *L'apertura delle Costituzioni degli Stati membri dell'UE al diritto comunitario e a quello internazionale. Un confronto tra Est e Ovest d'Europa*, Torino, 2017, 193.

(art. 120). Fanno eccezione un gruppo di Paesi che, almeno sulla carta, attribuiscono ai trattati rango legislativo (Belgio, Danimarca, Finlandia, Germania, Irlanda, Lettonia, Lituania, Regno Unito)⁶. In quest'ultimo caso, tuttavia, spesso la giurisprudenza delle giurisdizioni ordinarie di vertice è intervenuta a sancirne la supremazia sul diritto interno con quello incompatibile⁷. In termini di teoria delle fonti, ciò è particolarmente evidente in relazione alla CEDU, che potrebbe essere considerata parte del *bloc de constitutionnalité*, come parametro diretto nel controllo di costituzionalità delle leggi, o almeno come norma interposta.

Per quanto riguarda l'UE, quasi tutti gli Stati membri hanno inserito in Costituzione clausole con cui dichiarano espressamente di farne parte o ne definiscono le procedure per l'accesso e la permanenza. Nei casi restanti (Danimarca, Estonia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia, Slovenia, Spagna)⁸, l'adesione è avvenuta invece sulla base di una generica clausola costituzionale, che consente trasferimenti di sovranità, poteri o competenze a favore di organizzazioni internazionali necessarie per garantire la pace e la tutela dei diritti umani⁹.

In Africa, la situazione è molto simile a quella europea, ossia con una prevalenza dell'attribuzione di rango supralegislativo ai trattati ratificati dallo Stato, sicché essi possono essere usati come norme interposte nel controllo di costituzionalità (Camerun; Capo Verde; Ciad; Gibuti; Madagascar; Marocco; Mozambico; Repubblica democratica del Congo; Ruanda; Santo Tomé; Tunisia). In alcuni Paesi, le clausole interpretative dei rispettivi *Bill of Rights* impongono ai giudici di interpretare i diritti costituzionali alla luce del diritto internazionale, stabilendo in questo modo una gerarchia a favore del diritto di origine convenzionale

⁶ La lettera della Costituzione spagnola è meno chiara: l'art. 96.1 CE enuncia che entrano a far parte dell'ordinamento giuridico, mentre l'art. 95 li assoggetta a controllo di costituzionalità preventivo eventuale. L'art. 10.2 afferma invece che i diritti costituzionali devono essere interpretati in maniera conforme ai trattati sui diritti umani ratificati.

⁷ Ad es., in Germania, il *leading case* è la sentenza *Görgülü* del 2004.

⁸ M. Claes, *Le "clausole europee" nelle costituzioni nazionali*, *Quad. Cost.*, N. 2, 2005, 283 ss.; A. Guazzarotti, *Legalità senza legittimazione? Le "clausole europee" nelle costituzioni degli Stati membri dell'UE e l'eccezione italiana*, *Costituzionalismo.it*, N. 3, 2019, 1.

⁹ Disvela l'euroscetticismo dei Paesi dell'Est Salvino, *L'apertura*, cit., 205, citando a sua volta A. Di Gregorio, *Riforme costituzionali e integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell'Est*, *DPCE*, N. 4, 2004.

sulla mera interpretazione costituzionalmente orientata (Etiopia; Guinea-Bissau; Malawi; Repubblica del Congo; Seychelles; Sudafrica; Sudan; Sud Sudan; Zimbabwe). Altre volte, i trattati sui diritti umani vengono espressamente riconosciuti come parte della Costituzione, e dunque inclusi nel blocco di costituzionalità (Burundi; Togo). Molte Costituzioni non menzionano il valore dei trattati, limitandosi a disciplinarne le procedure di approvazione e ratifica. Spesso, la loro sottoposizione al controllo di costituzionalità preventivo ne suggerisce comunque la subordinazione gerarchica alla Costituzione (Benin; Burkina Faso; Comore; Costa d'Avorio; Gabon; Guinea; Guinea equatoriale; Liberia; Mali; Mauritania; Niger; Repubblica centrafricana; Senegal), senza sciogliere il dubbio circa la loro forza normativa (se fonte primaria o infra-costituzionale). La Costituzione egiziana è l'unica ad attribuire al diritto internazionale pattizio recepito dall'ordinamento la semplice forza di legge (art. 93 Cost.).

Tra gli Stati che aderiscono al sistema interamericano, le alternative che si riscontrano sono tre¹⁰: 1) la Costituzione assegna ai trattati rango infra-costituzionale, considerandoli norme interposte nel controllo di costituzionalità¹¹; 2) ai trattati sui diritti umani è attribuito rango costituzionale, per cui risultano inclusi nel *bloque de constitucionalidad*¹²; 3) in alcuni Paesi, la Costituzione afferma che le disposizioni costituzionali che rico-

¹⁰ N. P. Sagüés, *El "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*, in A. von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (coords), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un ius constitucionale commune en América Latina*, México, 2011 (ed. virtuale 2016), 381-417, in part. 392 ss., www.pj.gov.py.

¹¹ Bolivia (eccetto per i trattati sui diritti umani), Cile, Ecuador, El Salvador, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Paraguay, Suriname, Uruguay (per via giurisprudenziale).

¹² Argentina, Bolivia (per i trattati sui diritti umani), Brasile, Colombia e Costa Rica (per via giurisprudenziale), Messico, Repubblica dominicana, Venezuela. In Guatemala, la Corte costituzionale ha così interpretato il dettato dell'art. 46, nella sentenza del 19 ottobre 1990, (*expediente* 280-90). Solo di recente, a partire dal 2014, la Corte ha riconosciuto sé stessa e i giudici ordinari competenti a svolgere controllo di convenzionalità (v. in part. *expediente* 3329-2016). La casistica resta tuttavia scarsa, in linea con le cifre del controllo di costituzionalità. V. A. M. Monzón Paredes de Vásquez, *Análisis de la evolución del control de convencionalidad en Guatemala*, tesi di Master non pubblicata, per gentile concessione dell'autrice.

noscono diritti umani vanno interpretate in conformità ai trattati internazionali in materia di diritti, oppure, questi ultimi prevalgono se più favorevoli, riconoscendo loro, di fatto, rango sovra-nazionale¹³.

Il recepimento del diritto internazionale all'interno delle Costituzioni nazionali, quale fonte di rango sovra-legislativo o costituzionale, implica la sua inclusione come parametro nel giudizio di costituzionalità sugli atti normativi, secondo il modello di giustizia costituzionale proprio di ciascun Paese: dove il modello è concentrato, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità della norma per violazione della CEDU, su ricorso o eccezione, e sempre che non ci sia un diritto costituzionale da usare come parametro diretto¹⁴; dove è diffuso o diffuso-concentrato, attraverso la disapplicazione caso per caso¹⁵.

Al contrario, tanto in alcuni casi del sistema CEDU, come in quello interamericano, i giudici esercitano comunque un controllo diffuso di convenzionalità.

In Europa, la disapplicazione diretta del diritto interno incompatibile con la CEDU è tuttora un'eccezione. *In primis*, riguarda Paesi in cui non esiste un sistema giurisdizionale di controllo di costituzionalità. In Olanda, le corti esercitano il controllo di convenzionalità diffuso *ex art. 94 Cost.*¹⁶. Nel Regno Uni-

¹³ In Bolivia, Colombia e Perù, si afferma che l'interpretazione dei diritti costituzionali deve avvenire secondo convenzione; in Ecuador, Messico e Venezuela, si applica la convenzione se la disciplina è più favorevole.

¹⁴ O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010, 448; Salvino, *L'apertura*, cit., 194. Caso emblematico di tale tipologia è quello italiano. Fino alla riforma del 2001, non c'era stata una vera e propria inclusione del diritto internazionale pattizio nel blocco di costituzionalità: la Corte aveva sempre applicato il criterio gerarchico, per cui il trattato internazionale acquisiva nell'ordinamento il livello della fonte con cui veniva recepito. La nuova formulazione dell'art. 117.2 e le successive sentenze della Corte costituzionale N. 348-349/2007 hanno, come noto, sancito l'inclusione del diritto internazionale nel parametro di costituzionalità.

¹⁵ In alcuni casi, la prassi della disapplicazione aggira il dettato normativo e sfugge al controllo delle Corti costituzionali, ma la questione della sua legittimità è ancora molto dibattuta (Bulgaria, Italia, Portogallo, Spagna). Cfr. G. Martinico, O. Pollicino, *The Interaction*, cit., 132.

¹⁶ «Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons».

to, lo *Human Rights Act* del 1998 ha introdotto una sorta di controllo diffuso di convenzionalità, che tuttavia non ha come conseguenza la diretta disapplicazione della norma interna incompatibile nel caso concreto (v. *supra*, Cap. II, § 16). Il Belgio è in parte assimilabile al caso olandese, in quanto il “controllo di convenzionalità” è stato introdotto per via giurisprudenziale¹⁷, quando ancora l’ordinamento non aveva recepito il modello giurisdizionale accentrato di controllo di costituzionalità, sicché, anche dopo l’istituzione della Corte, i giudici ordinari hanno mantenuto la competenza a disapplicare il diritto interno in contrasto con il diritto internazionale *self-executing*.

Un caso particolarmente interessante è invece quello francese, dove la combinazione fra la peculiarità di un modello preventivo di controllo di costituzionalità e la previsione costituzionale della superiorità gerarchica del diritto internazionale pattizio sulle leggi, hanno condotto il *Conseil constitutionnel* a legittimare un sistema di controllo di convenzionalità diffuso, che continua a essere difeso anche dopo la revisione costituzionale che ha introdotto la *question prioritaire*¹⁸. L’art. 54 Cost. prevede la possibilità di sindacare la legittimità costituzionale di un trattato in via preventiva, mentre l’art. 55 Cost. gli attribuisce un valore sovra-legislativo. Sulla basa del combinato disposto, il Consiglio costituzionale si è dichiarato incompetente rispetto al controllo di convenzionalità delle leggi, tanto in via preventiva (già a partire dalla decisione n. 74-54 del 15 gennaio 1975, *Interruption volontaire de grossesse (IVG)*), quanto in via successiva (dec. N. 2010-605 del 12 maggio 2010, *Jeux de hasard*), riconoscendo che il controllo di convenzionalità spetta ai giudici ordinari. Si ha così una situazione abbastanza paradossale, nella quale i giu-

¹⁷ Si tratta del caso *Franco Suisse Le Ski*, deciso dalla Corte suprema di Cassazione il 27 maggio 1971.

¹⁸ *Décision n. 74-54 DC du 15 janvier 1975 recueil* p. 19, del *Conseil constitutionnel*, con cui nega la propria competenza al controllo della conformità delle leggi ai trattati; *Décision n. 86-216 DC du 3 septembre 1986, recueil* p. 135 e n. 89-268 DC du 29 décembre 1989, *recueil* p. 110, con le quali invita le Corti ordinarie ad assumersi tale compito; *affaire des cafés Jacques Vabre* della *Cour de Cassation* nel 1975 e *affaire Nicolo* del *Conseil d’Etat* nel 1989, con cui le Corti recepiscono la giurisprudenza costituzionale; *Décision n. 2010-605 DC du 12 mai 2010, recueil*, p. 78, con la quale il *Conseil* conferma di non voler estendere la propria competenza al controllo sui trattati. Cfr. O. Dutheillet De Lamothe, *Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol*, Madrid, 2-4 aprile 2009, www.conseil-constitutionnel.fr.

dici ordinari sono legittimati a disapplicare una norma per contrarietà al diritto di origine convenzionale, in quanto il *Conseil* respinge una sua competenza in merito, mentre non possono farlo di fronte a violazioni della Costituzione¹⁹.

In Spagna, il tema dell'ammissibilità o meno di un controllo diffuso di convenzionalità divide la dottrina²⁰ e lascia perplesse le Corti superiori. Da una parte, «la Corte Constitucional española, en materia de control de convencionalidad, ni hace ni deja hacer»²¹; dall'altra, alcuni giudici ordinari hanno già messo in pratica tale tipo di controllo. La recente sentenza 140/2018 del 20 dicembre 2018 TC pare aver chiarito che l'art. 96 CE non determina la incorporazione dei trattati nel *bloque de constitucionalidad*, bensì un rapporto di "competenza" fra fonti, e, di conseguenza, la scelta da parte del giudice della norma applicabile al caso concreto, senza un giudizio di validità sulla norma interna (f.j. 6)²². Per quanto attiene invece all'art. 10.2 CE, il Tribunale afferma che «no es canon autónomo de constitucionalidad, sino que se limita a definir una pauta hermenéutica obligatoria destinada al Tribunal Constitucional y al resto de intérpretes y aplicadores del título I de la Constitución» (f.j. 5). Sicché esclude il valore costituzionale dei trattati, anche quelli in materia di

¹⁹ Drago, *Contentieux*, cit., 504: «L'appréciation comparée du contrôle de conventionnalité et du contrôle a posteriori de constitutionnalité par la QPC montre que les contrôles n'ont ni le même objet ni le même but, même si la disposition législative contestée est identique».

²⁰ Cfr., ad es., da una parte, L. Jimena Quesada, *El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)*, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N. 22, 2018, 31 ss., e Id., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad a propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*, Cizur Menor, 2013; dall'altro, R. Canosa Usera, *¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España?*, in M. Carbonell Sánchez, H. Fix Fierro, D. Valadés (coords), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos*, tomo V, Vol. 1, México, 2015, 237 ss.

²¹ Jimena Quesada, *El control de convencionalidad*, cit., che menziona il voto particolare del giudice Juan Antonio Xiol Ríos nella sentenza del *Tribunal Constitucional* núm. 270/2015, de 17 de diciembre.

²² «En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas» (f.j. 6).

diritti umani, e rifiuta di considerarli norme interposte nel controllo di costituzionalità.

In America latina, la situazione è più complessa per due motivi: da una parte, abbiamo visto che alcune Costituzioni hanno riconosciuto al Patto di San José (e in generale al diritto internazionale dei diritti umani) addirittura rango sovra-costituzionale; d'altra parte, la Corte IDH ha sviluppato la dottrina del controllo di convenzionalità come diretta disapplicazione del diritto interno incompatibile da parte di qualsiasi organo statale, obbligato al rispetto della Convenzione. Il sistema di garanzia interamericano si propone dunque come un modello autonomo di "giustizia convenzionale" (v. *infra*, § 4).

Per vero, si potrebbe sostenere che in Argentina²³ e nei Paesi caraibici, dove il controllo di costituzionalità è diffuso (nonché in Messico, a seguito delle riforme del 2011 e della giurisprudenza della Corte suprema²⁴), i due tipi di controllo si sovrappongano, e i due sistemi riescano a integrarsi perfettamente. Di fatto, anche in questi casi, ciò che distingue in prospettiva sistemica il controllo di convenzionalità dalla giustizia costituzionale, sono le implicazioni derivanti dalla subordinazione dell'ordinamento nazionale alla giurisprudenza creativa, generale e vincolante²⁵, della CoIDH, quale organo di chiusura del sistema complessivo, anche al di sopra delle decisioni assunte dagli organi di vertice del potere giudiziario e di garanzia costituzionale.

3. Il controllo di convenzionalità come "braccio armato" del costituzionalismo transnazionale

Come già ricordato (v. *supra*, Introduzione), la giustizia co-

²³ La Corte suprema argentina, fin dal caso *Giroldi* del 1995, ha affermato che il controllo di convenzionalità è incluso nel controllo di costituzionalità diffuso.

²⁴ Il sistema messicano ha subito nel tempo adattamenti che ne hanno profondamente modificato la natura. V. *supra*, Cap. I, § 10.

²⁵ Si desume dal fatto che la giurisprudenza della CoIDH vincola tutti gli Stati membri, anche quando non sono parti nel processo. La Corte lo ha ribadito nel caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 2010, a p. 79 del *voto razonado* del giudice Ferrer Mac-Gregor, riprodotto integralmente in E. Ferrer Mac-Gregor, *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad (A la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México)*, in Maldonado Muñoz (ed.), *Ruptura N. 54*, cit., 363-411.

stituzionale nasce “nomocratica”, ossia come strumento di garanzia della superiorità della Costituzione sulle altre fonti dell’ordinamento, in quanto positivizzazione del potere costituente di origine popolare²⁶. L’obiettivo principale del controllo di costituzionalità non è, al principio, la tutela dei diritti, bensì la garanzia dell’assetto tra i poteri stabilito in fase costituente tanto in senso verticale (tra potere costituente e poteri costituiti) quanto orizzontale (tra i poteri costituiti e tra i diversi titolari del potere legislativo negli Stati decentrati). Il fondamento filosofico della giustizia costituzionale è il costituzionalismo liberal-democratico, che nasce come teoria della limitazione del potere.

Successivamente, il modello evolve in pantocratico, acquisendo ulteriori funzioni legate a tutto tondo alla tutela dei diritti costituzionali, in particolare grazie all’accesso diretto alle Corti da parte dei singoli. Nella fase attuale, tuttavia, gli individui sono diventati anche interlocutori del sistema internazionale di garanzia dei diritti umani, ottenendo legittimazione diretta presso i tribunali internazionali. È a questo punto che la teoria sulla giustizia costituzionale collide con quella sui diritti umani. Il carattere “fondamentale” dei diritti umani deriva dal loro contenuto, che viene riconosciuto come pre-giuridico e universale²⁷. La dogmatica di tale sistema è svincolata dalla forma con cui tali diritti vengono riconosciuti e dalla legittimazione dell’organo che li applica²⁸. L’unico criterio di risoluzione delle antinomie è quello dell’applicazione della fonte che garantisce maggiore tutela per il diritto invocato²⁹, da chiunque e in qualunque modo

²⁶ R. Canosa Usera, *¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España?*, cit., 248.

²⁷ Sull’evoluzione del concetto di Costituzione come sistema di valori complesso, su più livelli fra loro integrati, A. Spadaro, *Costituzione (dottrine generali)*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, Milano, 2006, 1635. Simile concezione, che include nel concetto di Costituzione ciò che è materialmente costituzionale, come i diritti umani sanciti dal diritto internazionale, anche A. Ruggeri, *La tutela “multilivello” dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, *Politica del diritto*, N. 3, 2007, 320.

²⁸ Ruggeri parla di “diritto intercostituzionale”, proprio nell’ottica di una prevalenza dei diritti fondamentali, «quale che sia la fonte da cui essi promanano»: A. Ruggeri, *Una Costituzione e un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Torino, 2019, 21.

²⁹ Cfr., Jimena Quesada, *El control de convencionalidad*, cit., 34; rispetto al rapporto tra diritti costituzionali e diritti umani derivati da trattati in Brasile,

venga garantita. Il “nuovo” costituzionalismo latino-americano, ispirandosi al costituzionalismo liberal-democratico e al neocostituzionalismo, cerca di combinare le due diverse prospettive, che a noi paiono, tuttavia, fra loro inconciliabili all’interno della dogmatica delle fonti elaborata nell’ambito del costituzionalismo³⁰.

A conferma dell’esistenza di un problema di fondo a conciliare i fondamenti dei due sistemi di garanzia sta la giurisprudenza elaborata da alcune Corti costituzionali europee sui contro-limiti e quella della stessa CoEDU sul *margin of appreciation*, che servono a riportare il sistema sovranazionale di tutela dei diritti dentro i limiti del costituzionalismo liberal-democratico. La dottrina dei controlimiti postula la supremazia gerarchica della Costituzione, quanto meno nel suo nucleo duro, anche sui trattati in materia di diritti umani, e riconosce nelle Corti costituzionali nazionali i guardiani ultimi di tale rapporto. Il criterio interpretativo del *margin of appreciation* è la verbalizzazione del *self restraint* di una Corte sovranazionale, che non si riconosce legittimata a dare interpretazioni espansive dei diritti stabiliti dal trattato, laddove non ci sia coincidenza piena con le “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”, che sono il frutto della giurisprudenza costituzionale consolidata in ciascuno Stato³¹.

Di contro, la recezione costituzionale della formula della primazia dei diritti umani postula l’ammissibilità di una delega in bianco nella definizione del contenuto dei diritti alle fonti convenzionali sui diritti umani³².

R. de Figueiredo Caldas, *O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil, Anuario de derecho constitucional latino-americano*, N. 13, 2013, 397: «A definição de qual norma deve prevalecer, interna o internacional, não se baseia na superioridade hierárquica, mas na superioridade substancial. Em outras palavras, deve prevalecer aquela norma que conferir a proteção mais ampla ao ser humano...». H. Nogueira Alcalá, *Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile, Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, N. 13, 2013, 548 parla di un *orden público común interamericano*, che nessuno Stato può violare.

³⁰ Sostiene che questo sia il nuovo relato del costituzionalismo latino-americano verso l’Europa Canosa Usera, *¿Es posible*, cit., 237.

³¹ Cfr. J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, 2010.

³² C. Pizzolo, *La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal*, in S. Albanese (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos

Le norme convenzionali sui diritti umani non sono dunque semplici norme interposte, ma norme di natura sostanzialmente sovra-costituzionale, gerarchicamente sovraordinate ai principi supremi della Costituzione e alle altre norme costituzionali. Questo tipo di ragionamento, mai esplicitato dalla CoIDH, ma necessariamente sotteso a una giurisprudenza che si spinge fino ad imporre revisioni costituzionali agli Stati membri per adattare il quadro costituzionale alle norme convenzionali, non è immediatamente adattabile all'idea di Stato costituzionale di diritto, né alle teorie sul potere costituente e sulla volontà popolare quale fonte di legittimazione delle Costituzioni democratiche³³.

Il giudice della CoIDH Ferrer Mac-Gregor, nel suo *voto razonado* nel caso *Cabrera García y Montiel Flores* del 2010, parla di internazionalizzazione delle categorie e degli strumenti del diritto costituzionale, facendo riferimento proprio alla dottrina del controllo diffuso di convenzionalità (§§ 21 e 22), e al dovere di interpretazione conforme a convenzione, che grava su tutti i giudici (§ 36). Egli sostiene che «39. En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se

Aires, 2008, 190. Secondo lo stesso autore, il vincolo si estende alla giurisprudenza delle Corti internazionali (p. 198). V. anche L. Martins, T. Oliveira Moreira, *Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: ¿concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira*, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, N. 11, 2011, 469.

³³ «El control de convencionalidad supone un revulsivo en la teoría de las fuentes del Derecho, un replanteamiento de una serie de categorías dogmáticas y el surgimiento de otras absolutamente novedosas» (E. Jinesta L., *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, in E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, III, versione *on line*). Rilevano la aporia anche: A. Sajó, S. Giuliano, *Is the Decline of Globalization the End of Human Rights?*, *Anuario di diritto comparato*, 2017, 520 s.; Nogueira Alcalá, *Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, cit., 545 («El control de constitucionalidad es un control diferente al de convencionalidad»). Il controllo di convenzionalità è ritenuto complementare a quello di costituzionalità: cfr. V. Bazán, *En torno al control de convencionalidad*, in Maldonado Muñoz (ed.), *Ruptura N. 54*, cit., 39, che a sua volta cita P. Pérez Tremps, *Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales*, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, N. 10, 1992. Bazán afferma in seguito, coerentemente con il principio della complementarietà, che il rapporto fra le Corti non è gerarchico, bensì di cooperazione orizzontale (*ivi*, 54).

limitará a señalar la inconventionalidad de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconventionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional». Questa interpretazione si sforza di inserire il controllo di convenzionalità nel quadro della giustizia costituzionale nazionale, come avviene per la maggior parte dei Paesi nel sistema CEDU. Tuttavia, gli sviluppi successivi della giurisprudenza della Corte IDH e la ormai amplissima dottrina in tema, affermano invece che, sul lato interno del controllo di costituzionalità, ciascun giudice verifica, nell’applicare la norma a un caso, che essa sia conforme al trattato, e in caso negativo la disapplica con effetto *inter partes*³⁴.

Formalmente, all’interno del sistema CIDH, controllo di convenzionalità e controllo di costituzionalità dovrebbero costituire due sistemi di garanzia autonomi, seppur cooperanti e dialoganti. Al contrario, la Corte ha in via pretoria introdotto un rapporto di gerarchia a favore del sistema convenzionale, con controllo in via diffusa. Tale traiettoria è assimilabile al processo di integrazione europeo, più che al sistema CEDU, con il quale invece viene ordinariamente comparato quello interamericano³⁵. Nell’ambito della tutela dei diritti umani, l’atteggiamento delle Corti sovranazionali nei due sistemi è divergente. In Europa, la dottrina del margine di apprezzamento è esercizio di *self restraint* della CoEDU, qualora non sia possibile identificare soluzioni comuni adottate dagli Stati membri; nel sistema americano, la CoIDH mira a creare dall’alto standard comuni in materia dei diritti umani. Il processo di legittimazione è *bottom-up* nel primo caso (parte dall’esistenza di tradizioni comuni), *top-down* nel secondo (crea e impone uno standard comune).

³⁴ E. Rey Cantor, *La Jurisdicción Constitucional y Control de Conventionalidad de las Leyes*, in P. L. Manili (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, Comparado y Transnacional*, Buenos Aires, 2010, 563.

³⁵ Sugli errori metodologici riscontrabili nella dottrina che si occupa di comparare i sistemi sovranazionali di integrazione regionale o di tutela dei diritti umani v. Carducci, *Argomento comparativo*, cit., 1577 ss., che denuncia come, sulla base di pre-comprensioni e “figurazioni” intellettuali, la tendenza sia quella, da una parte, a considerare il sistema europeo come un *tertium comparationis* obbligato; dall’altra, a non dare rilievo ai diversi contesti socio-economici e alle finalità che ciascun sistema persegue. V. anche A. E. Dulitzky, *An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine*, *AJIL*, Vol. 109, 2015, 100 ss., www.iconnectblog.com.

A quanto detto va aggiunto che nel sistema interamericano, oltre a garantire, all'interno del proprio ordinamento, i diritti riconosciuti nella Convenzione, gli Stati membri sono obbligati anche al rispetto della giurisprudenza della CoIDH³⁶, pur quando lo Stato non è parte del giudizio³⁷. Tale vincolo è stato imposto dalla Corte, e non trova fondamento nella lettera del trattato. La sua giurisprudenza acquista in questo modo efficacia *erga omnes*³⁸, trasformando la CoIDH in un vero e proprio "legislatore costituzionale" (come non ricordare le parole della Corte Suprema statunitense nel caso *Cooper v. Aaron*, 358 US 1 (1958): «the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the Brown case is the supreme law of the land»)³⁹.

Il formante normativo e quello giurisprudenziale hanno dunque prodotto un sistema che va oltre la finalità della tutela del diritto violato in un caso concreto. La struttura del sistema delineato dalla Convenzione e l'interpretazione che ne ha dato la CoIDH creano una forma di "giustizia convenzionale transnazionale", di difesa del primato della Convenzione sugli ordinamenti interni, che assorbe, più che integra, il sistema di con-

³⁶ O. A. Gozaíni, *El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno*, in S. Albanese (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, 2008, 83; Nogueira Alcalá, *Diálogo*, cit., 520 ss. (nell'articolo analizza i tipi di sentenza che il giudice nazionale può emettere rispetto all'applicazione della convenzione e della giurisprudenza della Corte). La Corte costituzionale colombiana ha seguito un percorso giurisprudenziale che dapprima sembrava aver recepito le indicazioni della CoIDH circa l'estensione generalizzata dell'efficacia vincolante della propria giurisprudenza; successivamente, sembra essersi stabilita sulla linea del rifiuto del vincolo, quando lo Stato non è parte diretta della controversia, limitandosi a riconoscere la giurisprudenza della Corte come un criterio ermeneutico da tenere in considerazione secondo il caso (SU-712/2013 e C-500/2014): E. A. Quiroga Natale, *La justicia constitucional en Colombia*, in L. Mezzetti, E. A. Velandía Canosa (coords), *Justicia constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*, Bogotá, 2017, 141 ss.

³⁷ Caso *Cabrera García y Montiel Flores*, 2010, 79, *voto razonado* di Ferrer, riprodotto integralmente in Ferrer Mac-Gregor, *Reflexiones*, cit., 363-411.

³⁸ Per la CoEDU si parla di efficacia di *res interpretata*. La posizione della Corte è tuttavia meno forte, in quanto non viene affermata la primazia della convenzione sulle Costituzioni degli Stati membri.

³⁹ Parla di "costituzione convenzionalizzata" N. P. Sagüés, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: a propósito de la "constitución convencionalizada"*, *Parlamento y Constitución*, N. 14, 2011, 143-152.

trollo di costituzionalità nazionale. Per questo, lo studio della materia necessita, come del resto già avvenuto per il diritto dell'UE, dell'elaborazione di una dogmatica nuova e parzialmente autonoma rispetto a quelle del diritto costituzionale e internazionale, che non si limiti a definire criteri di prevalenza, ma che sia in grado di fornire una comune base politico-filosofica, su cui innestare una nuova teoria delle fonti.

La dottrina latinoamericana giustifica il controllo di convenzionalità sulla base del principio *pacta sunt servanda*⁴⁰, senza tuttavia fornire un ragionevole argomento sul perché da quel principio debba necessariamente scaturire, quale soluzione istituzionale al problema della violazione del trattato, la disapplicazione diffusa del diritto interno incompatibile con quello convenzionale, cadendo nella medesima critica già avanzata rispetto alle argomentazioni utilizzate in *Marbury v. Madison* dal giudice Marshall⁴¹.

In Europa, la dottrina tedesca ha proposto il concetto di costituzionalismo multilivello⁴². L'uso del lessico costituzionale⁴³, da un punto di vista scientifico, continua a ingenerare contraddizioni nella costruzione teorica, che alimentano la confusione soprattutto sul piano della teoria delle fonti e su quello degli strumenti di garanzia. Non si tratta, infatti, di un paradigma sostitutivo, ma integrativo, che dunque continua ad avere bisogno anche dei concetti tradizionali di Stato e Costituzione⁴⁴. Meno problematica risulta invece l'espressione "tutela multilivello dei diritti", in quanto priva di efficacia prescrittiva, non racchiu-

⁴⁰ E. Ferrer Mac-Gregor, *Conventionality Control: The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, *AJIL*, Vol. 109, 2015, 93, www.i-connectblog.com.

⁴¹ Zagrebelsky, Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., 35.

⁴² I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, www.whi-berlin.de.

⁴³ Ad es., in Pernice, il riferimento a «a Constitution made up of the Constitutions of the Member States bound together by a complementary constitutional body consisting of the European Treaty (*Verfassungsverbund*)» (I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, *Common Market Law Review*, Vol. 4, N. 39, 1999, 707).

⁴⁴ Cfr. analisi critiche della proposta sul *multilevel constitutionalism*: G. Della Cananea, *Is European Constitutionalism Really "Multilevel"?*, *ZaöRV*, N. 70, 2010, 283-317; N. Walker, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, *LEQS Paper* N. 08/2009, www.lse.ac.uk, il quale però difende l'uso del lessico costituzionale.

deno in sé nessun principio di indirizzo su come integrare i diversi livelli o risolvere eventuali contrasti⁴⁵.

Non resta che dar conto del percorso argomentativo seguito dalla CoIDH, dalla CGUE e di quello in via di sviluppo della CoEDU, per definire la struttura del modello autonomo di “giustizia convenzionale transnazionale”.

3.1. *Sistema interamericano di protezione dei diritti umani e sistemi nazionali di giustizia costituzionale*

Il Patto di San José, firmato in Costa Rica nel 1969 e ratificato, al 2018, da 23 Stati dell'OAS⁴⁶ stabilisce un elenco di diritti fondamentali e un sistema di implementazione, articolato su due organi: uno politico, la Commissione; e uno giurisdizionale, la Corte (art. 33). L'obiettivo del Patto è quello di creare un sistema di tutela dei diritti, sussidiario rispetto a quelli dei singoli ordinamenti nazionali. Si legge infatti nel preambolo che l'emanazione dei diritti dalla natura stessa della persona umana, e non dalla volontà costituente delle singole nazioni, ne giustifica «una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos».

Il primo organo della OAS fu la Commissione, attiva fin dal 1960, quando ancora la cooperazione internazionale aveva prodotto soltanto una dichiarazione non vincolante sui diritti e doveri dell'uomo. È proprio l'insufficienza di quello strumento che spinge gli Stati membri a redigere la Convenzione americana sui diritti umani, entrata in vigore nel 1978, con la ratifica dell'undicesimo Stato membro. Nel 1979, viene istituita la Corte interamericana.

Il meccanismo di accesso alla Corte non è a legittimazione diretta. La Commissione infatti rappresenta un filtro necessario, prima di poter accedere alla Corte⁴⁷. Inoltre, il sistema si presenta come sussidiario rispetto a quelli ordinari di garanzia dei

⁴⁵ Sulla necessità di sistematizzare il pluralismo costituzionale sulla base di criteri di coordinazione D. Tega, *I diritti in crisi: tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, 44.

⁴⁶ Venezuela e Trinidad hanno al momento denunciato il Patto.

⁴⁷ «Artículo 44. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Or-

diritti dei singoli Stati (art. 46.1, lett. b), in quanto è richiesta, quale condizione di procedibilità, che siano esaurite le vie ordinarie di tutela a livello nazionale. Solo gli Stati membri e la Commissione possono sottoporre un caso alla Corte, dopo il compimento della procedura prevista davanti alla Commissione (art. 61). Le parti interessate al procedimento, ossia le presunte vittime del caso concreto, possono intervenire e farsi rappresentare nel giudizio davanti alla Corte. È ammesso l'intervento di *amici curiae*, fino a 15 giorni dopo l'udienza pubblica o la fissazione del termine per presentare scritti conclusivi (art. 44 Reg.), anche nei procedimenti di natura consultiva. L'art. 63 prevede che, in caso di violazione della Convenzione, lo Stato provveda a reintegrare la parte lesa nell'esercizio del diritto, nonché si adoperi per la riparazione delle conseguenze prodotte dalla situazione lesiva e per il pagamento di un giusto indennizzo⁴⁸. La pronuncia della Corte interamericana è infatti meramente dichiarativa, non elimina la norma, ne riconosce solamente la "inconvenzionalità", per cui spetta agli organi interni degli Stati membri il compito, ciascuno secondo le proprie competenze, di provvedere per evitare future sanzioni⁴⁹.

L'assenza di legittimazione individuale diretta ad agire davanti alla Corte rappresenta un elemento di debolezza rispetto all'obiettivo di tutela dei diritti nei casi concreti. Tuttavia, sia la Commissione sia la Corte possono esercitare il potere di adottare mezzi cautelari in caso di estrema gravità, urgenza e rischio di danno irreparabile. Inoltre, quando un caso arriva al giudizio della Corte, la garanzia di riparazione del diritto gode di una tutela rinforzata dal procedimento di *supervisión de cumplimiento*.

Nel 2009 la CoIDH inizia un percorso partecipato di modifica del proprio regolamento. Vengono introdotti diversi accorgimenti per potenziare il ruolo delle parti e la difesa delle vittime durante il procedimento. Tra essi, l'istituzione del *Defensor in-*

ganización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte».

⁴⁸ «Artículo 63. 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada».

⁴⁹ E. Rey Cantor, *La Jurisdicción Constitucional*, cit.

teramericano, difesa d'ufficio per le vittime che non hanno un rappresentante legale davanti alla Corte (art. 37 Reg.).

Fin qui, il sistema interamericano sembra molto simile a quello europeo. Tuttavia, alcune caratteristiche marcano una certa distanza fra i due, che sarà accentuata dalla giurisprudenza della Corte. *In primis*, la norma di adeguamento prevista dall'art. 2 (rubricata "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno"), che non ha eguali nel sistema europeo⁵⁰: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

Si tratta di un obbligo positivo di rendere l'ordinamento interno compatibile con la CIDH, adottando, ove necessario, riforme legislative o provvedimenti di altra natura. Resta aperto il dubbio interpretativo sulla portata dell'espressione «o de otro carácter», che la Corte intende possa includere anche riforme costituzionali.

L'art. 54 Reg. facoltizza la Corte a procedere nell'esame del caso, anche qualora le parti abbiano trovato una soluzione amichevole fra loro. Questa norma trova un corrispondente in molti sistemi di giustizia costituzionale con accesso incidentale, mentre normalmente non è contemplata nei giudizi di *amparo* o *constitutional complaint*. Questo perché, come abbiamo più volte sottolineato, la *ratio* dei procedimenti di controllo di costituzionalità e quella delle azioni a difesa dei diritti individuali nei casi concreti è distinta. Nel sistema interamericano, possono essere avanzate due letture dell'art. 54 Reg. Si può intendere come una clausola di salvaguardia della parte debole, a fronte di soluzioni amichevoli che solo formalmente o fittiziamente provvedono a tutelare o a ripristinare il diritto violato. Per altro verso, la norma conferisce alla Corte un ruolo che va al di là della tutela dei diritti dei singoli o dei gruppi. La Convenzione è intesa

⁵⁰ S. Ragone, *The Inter-American System of Human Rights. Essential Features*, in A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, F. Piovesan, X. Soley (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a new Ius Commune*, Oxford, 2017, 282.

come una “costituzione universale”, la cui supremazia va difesa anche oltre l’interesse limitato del singolo caso, esattamente nella logica propria del controllo di costituzionalità. Spesso ciò accade nei casi di *desaparición forzada*, dove il riconoscimento di responsabilità da parte dello Stato può non essere sufficiente, in vista di un obiettivo più ampio e generale di accertamento della verità storica: «La Corte Interamericana está llamada a establecer la verdad, una verdad material e histórica» (*voto concurrente* del giudice Sergio García Ramírez, § 17, caso *Myrna Mack Chang*, 2003). Questa interpretazione viene rafforzata dalla previsione del procedimento consultivo (art. 64 CIDH, artt. 70 ss. Reg.), il quale non solo può essere attivato affinché la Corte dia un’interpretazione autentica del Trattato, bensì anche per richiedere un giudizio astratto di convenzionalità fra una legge nazionale e la CIDH, su istanza di uno Stato membro (art. 64.2 CIDH e art. 72 Reg.).

La dottrina del controllo diffuso di convenzionalità è stata sviluppata attraverso una serie di sentenze con cui, pezzo dopo pezzo, la Corte ha costruito il sistema⁵¹.

Con la sentenza *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del 2006⁵², la CoIDH ha imposto ai giudici di esercitare il controllo di convenzionalità diffuso. La motivazione si fonda sugli artt. 1 e 2 CIDH⁵³, che impongono alle parti di rispettare i diritti e le libertà riconosciute nel Patto, garantire il loro libero esercizio

⁵¹ Per una ricostruzione puntuale e per tappe del controllo di convenzionalità: M. F. Quinche Ramírez, *El control de convencionalidad. Un control judicial para el siglo XXI*, in AA.VV., *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI – Derecho público*, tomo VI, Bogotá, 2010, 573-601. V. anche E. Ferrer Mac-Gregor, *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*, <https://archivos.juridicas.unam.mx>; J. C. Hitters, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, *Estudios constitucionales*, Vol. 7, N. 2, 2009, 109-128.

⁵² L’idea era già stata avanzata in alcuni voti separati del giudice Sergio García Ramírez, a partire dal caso *Myrna Mack Chang* del 2003, dove il giudice utilizza per la prima volta l’espressione “control de convencionalidad”, e del giudice Antônio Augusto Cançado Trindade, a partire dal caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, del 2001, dove afferma, al punto 9, che «las normas sustantivas – atinentes a los derechos protegidos – de un tratado de derechos humanos son directamente aplicables en el derecho interno de los Estados Partes en dicho tratado».

⁵³ «Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades

senza discriminazione, e assumere i provvedimenti legislativi o di altra natura, necessari per rendere effettivi tali diritti; sull'art. 29, che prescrive l'interpretazione più ampia possibile dei diritti riconosciuti dalla Convenzione; e sull'art. 69, che obbliga gli Stati membri a eseguire le sentenze nei casi in cui sono parti. «El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos»⁵⁴. Solo pochi mesi dopo, il ragionamento viene riaffermato nel caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, del 24 novembre 2006, dove la Corte fonda il controllo di convenzionalità sull'obbligo degli Stati di rispettare gli impegni assunti con la ratifica della Convenzione, sulla base delle norme generali del diritto internazionale⁵⁵. Nella medesima sentenza la Corte specifica che il controllo va attuato anche d'ufficio.

In *Almonacid* e in *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, del 2009, la CoIDH specifica che il controllo deve essere esercitato includendo nel parametro la propria giurisprudenza⁵⁶: «En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

Nel caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 novembre 2010, soprattutto nel *voto razonado* del giudice Ferrer Mac-Gregor, molti aspetti della dottrina del controllo di

reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción [...]».

⁵⁴ Dal § 123 a § 125. V. anche il caso *Radilla Pacheco*, 339: «En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

⁵⁵ «128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes».

⁵⁶ Gozáini, *El impacto*, cit., 83; Nogueira Alcalá, *Diálogo*, cit., 520 ss.

convenzionalità vengono chiariti e sistematizzati, *in primis* l'idea che esso spetti a «Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles»⁵⁷.

Nel caso *Gelman vs. Uruguay*, del 2011, la Corte amplia ulteriormente i soggetti obbligati, affermando che tutti gli organi, anche quelli non giurisdizionali, sono vincolati a esercitare il controllo di convenzionalità⁵⁸.

Infine, la CoIDH arriva più volte a imporre agli Stati membri revisioni costituzionali⁵⁹, a suo avviso necessarie per conformare l'ordinamento interno al Patto di San José, presupponendo l'inclusione del diritto internazionale dei diritti umani in quel blocco di norme e principi di livello sovra-costituzionale, a cui il potere costituito di revisione è subordinato⁶⁰.

Il sistema interamericano non si propone soltanto quale “si-

⁵⁷ Cfr. E. Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, 376 ss., <https://archivos.juridicas.unam.mx>.

⁵⁸ Caso *Gelman*, § 239 «[...] un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial». N. P. Sagüés, *Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad*, in V. Bazán, E. Castro Rivera, S. J. Cuarezma Terán (dir.), *Estado constitucional y convencional*, Managua, 2017, 51-60, in part. 56 ss.

⁵⁹ Fin dalla opinione consultiva OC-4/84 dell'11 gennaio 1984 la Corte IDH afferma che anche le norme costituzionali devono adattarsi alla Convenzione. Uno dei casi più eclatanti di applicazione del principio di subordinazione della Costituzione alla CIDH è stato *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, del 2001, dove, al punto 4 del dispositivo, la Corte «decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura». Nella fattispecie si tratta della necessità di adottare una riforma costituzionale che il Governo cileno aveva già proposto, ma che tuttavia al momento del giudizio non era ancora stata approvata.

⁶⁰ E. Rey Cantor, A. M. Rey Anaya, *Control de convencionalidad (test)*, in Ferrer Mac-Gregor, Martínez Ramírez, Figueroa Mejía (coords), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, cit., 238. Cfr., al punto 247 del caso *Radilla Pacheco* «La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales comprende el texto constitucional y todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario». Cfr. Jinesta L., *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, cit., 16 s.: «En nuestro criterio, el “poder reformador”, en cuanto poder constituido, tiene como límite infranqueable el “parámetro de convencionalidad”, por lo que el órgano encargado del control de constitucionalidad bien podría ejercer el control de convencionalidad sobre las reformas que emita al texto constitucional, sobre todo, teniendo en cuenta uno de los principios básicos de los derechos humanos que es el de progresividad».

stema internazionale sussidiario di tutela dei diritti umani”. Se così fosse, l’accesso al sistema sarebbe solo su ricorso degli interessati, come nel caso dell’*amparo*. Al contrario, è un sistema che garantisce l’applicazione preferente della Convenzione, tanto in concreto quanto in astratto, rispetto alle fonti interne degli ordinamenti degli Stati membri, inclusa la loro stessa Costituzione⁶¹. La clausola di adeguamento dell’art. 2, la previsione dell’*amicus curiae*, la procedura consultiva, l’autonomia del processo *ad quem* rispetto a quello *a quo*, la vincolatività *erga omnes* della giurisprudenza della Corte, anche per Stati non parti nel giudizio⁶², la ripetuta affermazione, nella giurisprudenza della Corte, che i giudici nazionali, nell’esercizio del controllo di convenzionalità, sono «giudici interamericani», il potere di controllo sull’esecuzione delle sentenze, sono tutti argomenti a sostegno di tale tesi.

Se l’operazione stia andando in porto è questione del tutto differente e contestata, sia dalla dottrina, che soprattutto da alcune Corti statali. Infatti, la lenta trasformazione del sistema interamericano da tutela sussidiaria dei diritti verso un vero e proprio sistema di “giustizia convenzionale transnazionale” ha incontrato sul suo cammino non poche critiche e opposizioni, dovute all’assenza di una comune volontà politica, da parte degli Stati membri, di accettare limitazioni della propria sovranità, tali da intaccare l’idea stessa di Costituzione come norma suprema⁶³. Uno “scontro tra Corti” si è già manifestato in diversi Paesi: ad es., in Uruguay, con il caso *Gelman*, dove la Corte suprema ha rifiutato di rinunciare al potere di controllo sulla costituzionalità delle leggi, ritenendo l’abrogazione totale della *ley de caducidad* lesiva di diritti costituzionali in materia penale; in Argentina, con il caso *Fontevicchia* del 14 febbraio 2017, nel qua-

⁶¹ Ancora, nelle parole di Ernesto Jinesta, il controllo di convenzionalità impone di superare una serie di miti della scienze giuridica costituzionale, quale quello della supremazia esclusiva della Costituzione (Jinesta L., *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, cit., 3: «El control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v. gr. la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano»).

⁶² Cfr. § 51, *voto razonado* del giudice Eduardo Ferrer Mac-Gregor, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 novembre 2010.

⁶³ Gozáini, *El impacto*, cit., 84.

le la Corte suprema ha dichiarato di essere vincolata soltanto alle sentenze della CoIDH nelle quali lo Stato argentino è parte⁶⁴.

Dall'analisi del *Report* 2018 sull'attività della Corte e dai dati presenti nel database sul suo sito ufficiale si evince che su 282 casi presentati alla Corte dalla sua istituzione fino al 2018, ben 197 sono ancora soggetti a revisione di esecuzione (oltre a 32 casi pendenti e 14 a cui è stato applicato l'art. 65 CIDH). Questo significa che l'inadempimento totale rappresenta il 5% dei casi, mentre quello parziale arriva addirittura al 70%. In particolare, gli Stati adempiono le obbligazioni relative all'indennizzo morale e/o materiale delle vittime, come la pubblicazione della sentenza della Corte, o il pagamento di un risarcimento, mentre non vengono adottate le c.d. *garantías de no repetición*, ossia i mezzi di riparazione che non sono diretti soltanto alle vittime del caso concreto, ma di cui l'intera collettività può beneficiare, in quanto implicano cambiamenti strutturali, normativi o istituzionali. Spesso consistono in: assunzione di responsabilità pubblica dello Stato di fronte alla violazione o all'inadempimento; implementazione di riforme costituzionali o legislative, e dei necessari provvedimenti attuativi⁶⁵; costruzione di monumenti o memoriali⁶⁶; realizzazione di indagini penali e/

⁶⁴ M. L. Ruiz-Morales, *El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español*, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 21, 2017, 144.

⁶⁵ «2. Regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.

3. Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica* «Incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia».

⁶⁶ V. ad es. il caso *"Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, dove tra i mezzi di riparazione pendenti di adempimento si trova: «5. Construir, en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre de Mapiripán, en los términos de los párrafos 315 y 326 de esta Sentencia». O il caso *Masacre de*

o ricerca dei resti di *desaparecidos*; restituzione di terre alle comunità indigene⁶⁷; realizzazione di una consulta previa delle comunità autoctone⁶⁸. Dunque, il sistema funziona bene come strumento sussidiario di garanzia dei diritti nei casi concreti, mentre trova difficoltà ad affermarsi secondo un modello di integrazione, che la CoIDH vorrebbe più simile a quello fra ordinamenti nazionali e ordinamento UE, piuttosto che rispetto al rapporto fra sistema CEDU e sistemi nazionali. Gli ordinamenti nazionali sono recalcitranti a seguire le direttive di politica del diritto dettate dalla Corte, la quale impegna buona parte delle sue risorse nell'estenuante braccio di ferro che deriva dai procedimenti di *supervisión de cumplimiento de sentencias*.

Ciò è inoltre aggravato dal fatto che le risorse della Corte sono scarse, tanto da non permettere ai suoi giudici di essere a tempo pieno, ossia dedicati totalmente a tale funzione. L'analisi della composizione delle voci di entrata del bilancio evidenzia inoltre una netta incidenza di contributi straordinari volontari da parte di vari Stati o enti (tra cui in particolare il Ministero degli Esteri norvegese e l'Agenzia spagnola di cooperazione internazionale allo sviluppo), che nel 2017 sono arrivati al 40% del totale, per poi abbassarsi nel 2018 al 32%. Il rischio è evidentemente quello di far dipendere la sopravvivenza del sistema dalla contribuzione volontaria esterna. A fronte della grave situazione finanziaria, la OAS ha deciso, nel vertice di Cancún del 2017, di raddoppiare il fondo ordinario per il triennio successivo.

L'argomento maggiormente utilizzato dagli Stati per giustificare il proprio inadempimento è quello dell'assenza di legitti-

Pueblo Bello vs. Colombia: «7. Construir, en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre de Pueblo Bello, en los términos de los párrafos 278 y 286 de esta Sentencia».

⁶⁷ Caso *Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*: «4. Restituir el efectivo uso, goce y posesión de los territorios reconocidos en la normativa interna a las comunidades afrodescendientes agrupadas en el Consejo Comunitario de las Comunidades de la Cuenca del río Cacarica, de conformidad con lo establecido en el párrafo 459 de esta Sentencia».

⁶⁸ *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*: «Consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio, en los términos de los párrafos 299 y 300 de esta Sentencia».

mazione democratica della Corte, che si lega in modo evidente al tema della difesa della sovranità nazionale degli Stati nella scelta dei modi, dei mezzi e dei tempi con cui adempiere le obbligazioni derivanti dal trattato. Ancora una volta, la diversa natura dei due sistemi di garanzia e la loro differente legittimazione non permette di trovare un punto di incontro. La “giustizia convenzionale transnazionale” non si fonda su di una volontà politica costituente.

Per evitare lo scollamento fra diritto e politica, inevitabile in certi momenti storici, il rapporto fra dogmatica dei diritti e dogmatica della sovranità dovrebbe essere fluido⁶⁹. Quando la situazione politica interna è tale da evidenziare forti lacune nel funzionamento democratico delle istituzioni, la pressione del sistema di “giustizia convenzionale transnazionale” sull’ordinamento generale non solo è tollerata, bensì auspicata. Quando invece il dibattito democratico interno garantisce in maniera appropriata le minoranze e gli organi di garanzia sono in grado di tutelare gli individui, la giurisprudenza delle Corti internazionali dovrebbe limitarsi a intervenire sui casi eccezionali sfuggiti alla giustizia interna, come un generatore di emergenza quando c’è un blackout. A volte, tuttavia, la dinamica fra i sistemi, tanto in America quanto in Europa⁷⁰, sembra invertire i termini dell’equazione.

3.2. Sistema europeo e sistemi nazionali di giustizia costituzionale

La CEDU viene firmata a Roma nel 1950 ed entra in vigore nel 1953. Il suo sistema di garanzie si fondava inizialmente su due organi (art. 19): la Corte (tuttora esistente) e la Commissio-

⁶⁹ Su questo tema v. le critiche alla giurisprudenza della CoIDH, avanzate da Gargarella, verso la mancanza di valorizzazione del contesto democratico all’interno del quale le decisioni politiche vengono prese: R. Gargarella, *La democrazia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman*, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 2015, 1-15.

⁷⁰ V. nuovamente Sajó, Giuliano, *Is the decline*, cit., 532: «However, the fact of the matter is that the ECtHR is, against the Preamble of the Convention, gradually backing down from the maintenance and the further realization of human rights, replacing supranational adjudication with national sovereign will. Even more, in doing so it has increased uncertainty. Such uncertainty can undermine the entire supra-national project of human rights».

ne (abolita nel 1998 con il protocollo 11), che svolgeva il primo filtro rispetto ai ricorsi dei privati per violazione della Convenzione (art. 44)⁷¹.

L'obiettivo del Trattato è quello di garantire l'effettiva attuazione dei diritti umani, già previsti nella Dichiarazione ONU. Si tratta però di un sistema di garanzie sussidiario e condizionato. È infatti requisito di procedibilità l'esaurimento previo di tutti i rimedi domestici. Inoltre, il ricorso poteva essere presentato soltanto entro 6 mesi⁷² dalla data di pubblicazione della sentenza definitiva sul caso.

Nel 1963 viene firmato il protocollo n. 2, entrato in vigore nel 1970 e poi sostituito dal protocollo 11, che aggiunge la competenza consultiva della Corte⁷³. Essa, tuttavia, ha inizialmente un ambito di applicazione limitato, in quanto non può riguardare l'interpretazione astratta di un diritto sancito dalla Convenzione⁷⁴. Nell'*explanatory Report* si giustifica tale scelta con la volontà di non sovrapporre la funzione consultiva con quella contenziosa ex artt. 33 e 34.

La Corte, istituita nel 1959, inizialmente poteva essere adita soltanto dagli Stati e dalla Commissione. A partire dal 1998, con l'adozione del protocollo 11, essa diviene una Corte permanente a tempo pieno, accessibile direttamente dai singoli. L'ultima modifica di rilievo avviene nel 2010, con l'approvazione del protocollo 14, finalizzato a dotare la Corte di strumenti per garantire la sostenibilità del proprio lavoro: il mandato dei giudici viene

⁷¹ La procedura era alquanto complessa. La Commissione riceveva il ricorso, ne valutava i requisiti di ammissibilità, investigava sui fatti, cercava una soluzione amichevole fra le parti e, qualora non riuscisse nell'intento, redigeva un rapporto da inviare al Comitato dei Ministri e allo Stato interessato, con le proprie opinioni e i propri suggerimenti. A questo punto, uno dei soggetti legittimati ex art. 48 (la Commissione o uno degli Stati contraenti interessati al caso) doveva ricorrere alla Corte entro 3 mesi, oppure, in assenza di rinvio, era il Comitato dei Ministri, a maggioranza dei 2/3, a decidere sull'esistenza di una violazione della Convenzione.

⁷² Diventeranno 4 con l'entrata in vigore del protocollo 15.

⁷³ Art. 47 «... give advisory opinions on legal questions concerning the interpretation of the Convention and the protocols thereto».

⁷⁴ Si legge infatti nel secondo paragrafo: «Such opinions shall not deal with any question relating to the content or scope of the rights or freedoms defined in Section I of the Convention and the protocols thereto, or with any other question which the Court or the Committee of Ministers might have to consider in consequence of any such proceedings as could be instituted in accordance with the Convention».

esteso a 9 anni e viene introdotto come nuovo requisito di ammissibilità dei ricorsi l'esistenza di un «significant disadvantage» per il ricorrente.

Due nuovi protocolli, il n. 15 e il n. 16, rappresentano interessanti sviluppi del sistema europeo di tutela dei diritti.

Il protocollo 15, che entrerà in vigore l'1 agosto 2021, si oppone di fatto alla trasformazione del sistema in senso “costituzionale”. Si inserisce nel preambolo della Convenzione il riferimento al principio di sussidiarietà e al margine di apprezzamento, e si ribadisce la sua natura integrativa (e non sostitutiva) rispetto ai sistemi di garanzia nazionali. Viene inoltre accorciato a 4 mesi il termine per la presentazione dei ricorsi.

Con il protocollo 16 si introduce la possibilità, per le più alte giurisdizioni nazionali, di richiedere un'opinione consultiva alla Corte circa l'interpretazione dei diritti contenuti nel Trattato, nel corso di un giudizio pendente, rafforzando così il circuito di dialogo tra le corti nazionali e la Corte di Strasburgo. Nel rapporto esplicativo si legge che il gruppo dei Saggi istituito nel 2005 per esaminare l'efficacia a lungo termine del sistema europeo di garanzia della Convenzione aveva indicato tra le finalità di tale modifica proprio quella di «potenziare il ruolo “costituzionale” della Corte». Tuttavia, la Conferenza di Smirne del 2011 ne ha ridimensionato la portata, dichiarando che il fine fosse quello di «aiutare gli Stati parte ad evitare future violazioni». L'obiettivo è dunque quello di evitare che arrivino alla Corte casi che avrebbero potuto essere risolti internamente, sulla base di una corretta interpretazione del Trattato. Anche il protocollo n. 16 mira a ridurre il numero di ricorsi promossi alla Corte⁷⁵. Pur nell'ottica del dialogo, i due livelli di tutela, nazionale e sovranazionale, restano separati e autonomi, tanto che l'opinione consultiva della Corte non è vincolante, rispettando così la completa autonomia decisionale dei giudici nazionali⁷⁶. La Corte re-

⁷⁵ Cfr. il documento *Reflection paper on the proposal to extend the court's advisory jurisdiction*, <https://www.echr.coe.int>: «the longer term objective would clearly be to ensure that more cases were dealt with satisfactorily at national level» (p. 1) e «should, in the long run, help reduce the Court's overall workload» (p. 4).

⁷⁶ Sostengono invece un'interpretazione “costituzionale” della nuova funzione consultiva: N. Pérez Sola, *El diálogo entre los tribunales: Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in Bagni, Figueroa Mejía, Pavani (coords), *La ciencia del derecho constitucional compa-*

sta interprete supremo del Trattato, e non del diritto interno, come può avvenire invece con il meccanismo consultivo previsto nel sistema interamericano (v. *supra*, § 3.1). La Corte si era espressamente pronunciata sul punto, rigettando con forza l'idea che il meccanismo potesse essere concepito come una sorta di ricorso diretto di convenzionalità⁷⁷. Il protocollo 16 è entrato in vigore l'uno agosto 2018, soltanto per gli Stati che lo hanno ratificato, sicché il sistema è entrato in una sorta di fase sperimentale⁷⁸.

Con l'allargamento a Est dell'ambito di applicazione della CEDU, la giurisprudenza della Corte europea in materia di rapporto tra Convenzione e diritto nazionale si è fatta più "aggressiva", dovendo garantire standard più elevati di tutela dei diritti in Paesi ancora piuttosto in ritardo nella loro attuazione. Sicché, la tendenza odierna è quella alla trasformazione del sistema europeo di tutela dei diritti umani da un modello a "giustizia individuale" verso uno di "giustizia costituzionale"⁷⁹. Basti guardare all'evoluzione dell'efficacia delle sentenze europee. In base alla Convenzione, la CoEDU giudica dell'esistenza di violazioni caso per caso, per cui le sue sentenze hanno efficacia *inter partes* e non costituiscono precedente vincolante (art. 46.1). La giurisprudenza, invece, si sta evolvendo nella direzione opposta, dunque verso una efficacia *erga omnes*, attraverso le sentenze pilota e l'efficacia di *res interpretata* delle pronunce, ossia l'ampliamento del loro effetto indiretto sugli Stati che non sono parti in causa.

Le sentenze-pilota sono state codificate all'art. 61 Reg. nel 2011. Si tratta di una procedura che consente alla Corte il "prendi

rado, cit., II, 1310; B. G. Cárdenas Velásquez, *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especial consideración de su aplicación en España y Nicaragua*, Barcelona 2018, 53.

⁷⁷ «[...] there should not be an abstract review of legislation» (p. 6).

⁷⁸ Il primo parere consultivo alla CoEDU è stato richiesto dalla *Cour de Cassation* francese, *Assemblée plénière*, con l'*arrêt* n. 638 du 5 octobre 2018 (10-19.053), sulla compatibilità con la CEDU di una norma che vietava alla madre "d'intention" di registrarsi in Francia come madre "legale" di un bambino nato all'estero con surrogazione di maternità. Si noti che la pregiudiziale proviene proprio da un paese dove i giudici ordinari sono abilitati a svolgere controllo di convenzionalità. L'opinione consultiva è stata pubblicata il 10 aprile 2019.

⁷⁹ Cfr. O. Pollicino, V. Sciarabba, *La Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo quali Corti costituzionali*, in Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, cit., 23, nonché Pollicino, *Allargamento dell'Europa a est*, cit., 129.

2, paghi 1”): risolve un caso concreto, e al contempo indica soluzioni generali *pro futuro*, rispetto a una situazione lesiva potenzialmente ripetibile. Di fronte a un caso emblematico di un problema strutturale o sistemico di adattamento dell’ordinamento dello Stato membro, la Corte “suggerisce” il provvedimento interno da adottare per assicurare la conformità alla Convenzione.

3.3. *L’applicazione diretta del diritto dell’UE da parte dei giudici dei Paesi membri*

Una forma di “controllo di convenzionalità” (nel senso di disapplicazione del diritto interno incompatibile con quello di origine sovra-nazionale) è esercitato da tutti i giudici dei Paesi membri dell’UE rispetto al diritto immediatamente vincolante dell’Unione. La primazia del diritto UE su quello interno dei Paesi membri è stata affermata per via pretoria nel corso del processo di integrazione sovranazionale. La dichiarazione n. 17, allegata al Trattato di Lisbona, riafferma il principio del primato, citando espressamente la giurisprudenza costante della CGUE, inaugurata con il caso *Costa c. Enel* del 1964.

L’analisi delle argomentazioni utilizzate nella “guerra tra Corti” che scoppiò in quegli anni, soprattutto ad opera delle Corti costituzionali italiana e tedesca, conferma il ragionamento che abbiamo svolto all’inizio di questo capitolo in merito alla estraneità della soluzione trovata (la disapplicazione del diritto interno da parte dei giudici ordinari), rispetto alla teoria costituzionale sulle fonti. Per quanto riguarda l’Italia, nel recepire la primazia del diritto (all’epoca) comunitario, e al contempo nell’elaborazione della dottrina dei contro-limiti, la Corte costituzionale, nel 1964 e nel 1973, con la sent. n. 183, difende i presupposti del sistema di giustizia costituzionale, laddove la legge ritenuta incompatibile con il diritto comunitario sia a questo successiva. È solo dopo il caso *Simmenthal* che la Corte costituzionale si allinea agli argomenti della CGUE, rinunciando a schemi interpretativi e inquadramenti sistemici delle fonti “verosimilmente indisponibili”, e ammettendo il sindacato diffuso di “comunitarietà”⁸⁰.

Il dilemma non risolto della relazione fra i due sistemi è

⁸⁰ A. Ruggeri, *Le fonti eurounitarie e le fonti nazionali*, in Costanzo, Mezzetti, Ruggeri, *Lineamenti*, cit., 316.

confermato dalla più recente giurisprudenza di varie Corti costituzionali, che hanno utilizzato la teoria dei contro-limiti e hanno nuovamente rivendicato per sé stesse il controllo di compatibilità del diritto interno rispetto a quello dell'Unione, quando il parametro è costituito dalla violazione di principi fondamentali dell'ordinamento o da diritti riconosciuti dalla CEDU.

Nel *Lissabon Urteil*, il Tribunale costituzionale federale tedesco afferma più volte che gli Stati membri restano i reali padroni dei trattati, negandone la natura "costituzionale", e ribadisce la propria competenza a vegliare affinché il diritto europeo rispetti l'identità nazionale e i principi fondativi dello Stato tedesco, già a suo tempo stabilita con la dottrina *Solange* nel lontano 1974: «The obligation under European law to respect the constituent power of the Member States as the masters of the Treaties corresponds to the non-transferable identity of the constitution (Article 79.3 of the Basic Law), which is not open to integration in this respect. Within the boundaries of its competences, the Federal Constitutional Court must review, where necessary, whether these principles are adhered to» (§ 235)⁸¹.

Nel caso *Taricco* (CGUE, C-105/14, 8 settembre 2015), per la prima volta corti italiane hanno sollevato questione di legittimità costituzionale sull'interpretazione conforme del diritto interno al diritto dell'UE, dato dalla CGUE, con cui la Corte invitava i giudici a disapplicare norme sulla prescrizione penale, che avrebbero pregiudicato interessi finanziari della UE in materia di IVA. La Corte costituzionale italiana, dopo aver sollevato la questione pregiudiziale, ha poi ribadito, nella sent. 115/2018, che le «spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona».

Del resto, la dottrina dei contro-limiti è stata "comunitarizzata" a seguito del Trattato di Lisbona. L'art. 4.2 TUE prevede infatti espressamente che l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, sicché, da clausola di salvaguardia del potere di sindacato delle Corti costituzionali nazionali, tale dottrina si è trasformata in parametro di legittimità del diritto dell'UE.

Infine, l'art. 6 TUE richiama ora i diritti riconosciuti dalla

⁸¹ Su questi e altri casi di giurisprudenza conforme v. L. Mezzetti, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in Costanzo, Mezzetti, Ruggeri, *Lineamenti*, cit., 172 ss.

CEDU come principi generali del diritto dell'UE. Sulla base di tale norma, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di estensione del “controllo di convenzionalità diffuso” che i giudici nazionali esercitano rispetto al diritto dell'Unione, anche nei casi di violazione della CEDU. La stessa CGUE ha tuttavia sostenuto che il controllo diffuso sulla conformità del diritto interno a quello europeo non si estende automaticamente al sistema CEDU in virtù dell'art. 6. La Corte ha affermato che il TUE «non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale», per cui «il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa» (§ 63, Grande Sezione, 24 aprile 2012, caso *Servet Kamberaj*, causa C-517/10).

4. La “giustizia convenzionale transnazionale” come autonomo sistema di garanzia dei diritti umani

In questo capitolo si è cercato di verificare se le diverse forme di controllo di convenzionalità elaborate all'interno di alcuni sistemi giuridici sovra-nazionali siano quali specie del genere “giustizia costituzionale”, anche sulla base delle similitudini esistenti tra le forme processuali utilizzate per garantire la supremazia del diritto di origine convenzionale su quello interno.

A partire dalla seconda metà del secolo scorso, sono stati creati numerosi tribunali sovranazionali, come organi di implementazione tanto di trattati internazionali regionali sui diritti umani, quanto di sistemi internazionali di integrazione economica. In molti casi, è stato istituito un sistema di accesso diretto ai tribunali, da parte di individui lesi da comportamenti attivi od omissivi degli Stati, in violazione delle norme convenzionali. Tuttavia, solo in alcuni di questi sistemi (l'UE e i sistemi CEDU e CIDH), si è prodotta una integrazione tra norme internazionali e diritto interno, attraverso l'affermazione dei principi di primazia e dell'effetto diretto e gli strumenti processuali della pregiudizialità e del controllo di convenzionalità. Dal punto di vista della scienza giuridica, lo studio di questi sistemi complica le re-

lazioni fra le diverse discipline, intaccando i confini fra diritto internazionale e diritto costituzionale, stabiliti in virtù dei diversi soggetti destinatari delle norme e degli effetti delle pronunce in ciascuna delle due sfere di azione.

La nostra posizione, condivisa di fatto dalla giurisprudenza di alcune Corti costituzionali (v. *supra*, § 3), è che, al di là della somiglianza di forme, controllo di convenzionalità e controllo di costituzionalità rispondano a due fonti di legittimazione distinte, anche se il parametro che utilizzano è spesso di contenuto identico.

Da un lato, l'inclusione del diritto internazionale nel parametro del giudizio di costituzionalità permette di assorbire il controllo di convenzionalità nel sistema di giustizia costituzionale vigente in ciascun ordinamento nazionale, come di fatto accade in molti ordinamenti. Dall'altro, l'imposizione pretoria della disapplicazione diretta del diritto interno inconvenzionale crea invece una rottura dell'ordinamento, insanabile secondo la dogmatica del diritto costituzionale, fondata sull'idea del potere costituente come fonte della supremazia della Costituzione⁸².

Questa conclusione non implica un anacronistico rifiuto dei processi di integrazione interordinamentale, né l'arretramento del livello di tutela dei diritti umani raggiunto nei sistemi regionali europeo e latino-americano. Si tratta solo di riconoscere, come del resto è già avvenuto per il diritto dell'UE, che la "giustizia convenzionale transnazionale" è uno strumento di garanzia che, pur dialogando con la giustizia costituzionale nazionale, non è spiegabile secondo i medesimi presupposti teorici, e necessita dunque di una elaborazione dottrinale autonoma dai presupposti della scienza costituzionale. Come avvenuto per il *de-recho procesal constitucional*, l'imitazione ed ibridazione di istituti e principi propri di scienze giuridiche esistenti, quali il diritto internazionale e quello costituzionale, produce secondo alcuni una nuova disciplina scientifica, il diritto costituzionale transna-

⁸² D. Giannino, *Are we looking up or are we looking out? The transnational constitutionalism of the Inter-American Court of Human Rights: conventionality control and the fight against impunity*, *Transnational Legal Theory*, Vol. 10, N. 1, 2019, 2. V. anche, D. Lustig, J. H. H. Weiler, *Judicial review in the contemporary world. Retrospective and prospective*, *I•CON*, Vol. 16, N. 2, 2018, 315-372, secondo i quali la giurisprudenza recente di alcune Corti nazionali, citata anche da noi in questo paragrafo, rappresenta una reazione all'espansione del diritto costituzionale transnazionale.

zionale⁸³, di cui la giustizia convenzionale transnazionale rappresenta il sistema di garanzie.

⁸³ *Ibidem*, in particolare la bibliografia citata in nota 5. V. anche A. Morone, *Sovranità e diritto transnazionale*, in L. Mezzetti, C. Pizzolo (a cura di), *Diritto costituzionale transnazionale. Atti del Seminario internazionale di studi, Bologna, 6 marzo 2012*, Bologna, 2013, in part. 471 ss.

PARTE IV

ALLA RICERCA DI UN CONFINE:
FRA IL RUOLO DI GIUDICE E QUELLO DI LEGISLATORE

CAPITOLO VIII

GIUDICI ONNIPOTENTI? SANARE IL *DEFICIT* DI LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato. – 3. Le tensioni tra corti e legislatori: procedimenti di nomina, “prevalenza” del legislatore. – 4. Motivare l’assenso e il dissenso, in prospettiva comparata. – 4.1. L’argomento di diritto straniero e/o comparato nella giurisprudenza delle Corti. – 4.2. Le opinioni dissenzienti come strumento di trasparenza del processo decisionale. – 5. Giustizia costituzionale e democrazia deliberativa.

1. Introduzione

L’ultimo capitolo del volume è dedicato al “classico” tema della legittimazione della giustizia costituzionale.

All’inizio del volume (v. *supra*, Introduzione, §§ 3 e 4 e Cap. II, § 1) si è evidenziata la diffusione a livello mondiale delle giurisdizioni costituzionali mediante la creazione di Corti (o Tribunali) *ad hoc* deputate alla difesa della supremazia della Costituzione; o, in alternativa, con l’attribuzione di tale funzione alla giurisdizione ordinaria, la tendenza a concentrare al vertice, ossia nelle Corti supreme, l’ultima parola sull’interpretazione costituzionale.

S’è altresì evidenziata la recezione formale di sistemi giurisdizionali di giustizia costituzionale anche in Paesi che non condividono i presupposti del costituzionalismo democratico: ad es., nelle teocrazie come l’Iran (v. *supra*, Cap. II, § 13) o in Stati autoritari come alcuni Paesi africani e asiatici (v. *supra*, ad es., Cap. II, §§ 9.3 e 17), restando tali sistemi esclusi soltanto in quegli ordinamenti che ancora professano adesioni ai principi del marxismo-leninismo (v. *supra*, Cap. II, § 6). Il concetto for-

male di supremazia costituzionale può essere adottato e realizzato a prescindere dal contenuto della Costituzione, per cui, ad es., laddove essa si dichiara ispirata ai precetti del Corano, l'organo di giustizia costituzionale ne garantirà l'applicazione secondo i rispettivi canoni interpretativi. Per tale motivo, l'analisi ha sempre preso in considerazione tutti gli ordinamenti, quale che sia la forma di Stato. In questo capitolo, come detto, ci si concentrerà sul rapporto fra giustizia costituzionale e democrazia, da intendersi, come si vedrà nel prossimo paragrafo, come potere democraticamente legittimato.

La classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale adottata si fonda sulle diverse funzioni svolte in relazione al potere costituito che di volta in volta si va a limitare. Il modello nomocratico assicura la garanzia dei principi di gerarchia e competenza tra le fonti, rapportandosi con gli atti espressivi del potere normativo; quello pantocratico svolge una funzione di arbitro nell'esercizio di tutti i poteri sovrani. Nel proporre la classificazione, si è adottato un punto di vista esterno ai sistemi esaminati: le funzioni della giustizia costituzionale hanno rappresentato il *tertium comparationis* sia in prospettiva diacronica (v. *supra*, Capp. I e II), sia sincronica (v. *supra*, Capp. III a VII), comparando di volta in volta gli istituti che in ciascun ordinamento le hanno tradotte in strumenti giuridici.

Qui, le funzioni della giustizia costituzionale rappresentano il *comparando*, mentre gli altri poteri dello Stato il *comparato*; i concetti di costituzionalismo democratico e Stato costituzionale di diritto costituiscono il *tertium comparationis*. Il quesito cui ci si propone di rispondere è sempre il medesimo: come giustificare il ruolo degli *adjudicators in constitutional disputes*, della cui diretta legittimazione popolare è lecito dubitare, all'interno di forme di organizzazione della società basate sul principio democratico e la separazione dei poteri¹. Si tratta della obiezione con-

¹ Cfr., sul punto, M. Tushnet, *New Forms of Judicial review and the Persistence of Rights – and Democracy – Based Worries*, *Wake Forest L. Rev.*, Vol. 38, 2003, 813 ss.; L. B. Tremblay, *General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law*, *Oxford J. Leg. Studies*, Vol., 23, N. 4, 2003, 525 ss.; E. Smith, *The legitimacy of judicial review of legislation – a comparative perspective*, in E. Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague, 1995, 363 ss.; V. Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Heaven (CT), 2009; A. Stone, *Democratic Objections to Structural Judicial review and*

tro-maggioritaria, ampiamente dibattuta dalla dottrina²; e, in termini moderni, dell'attivismo delle Corti, le quali sono in grado di dare forma al *transformative constitutionalism* e al progetto di rinnovamento della società promesso dalle Costituzioni del *Global South*³. Per i giudici non è più sufficiente «to rely on the say-so of parliament or technical readings of legislation as providing justifications for their decisions»; la *transformative Constitution* assegna loro «the ultimate responsibility to justify their decisions not only by reference to authority, but by reference to ideas and values»⁴.

Nella costruzione kelseniana, il controllo sulle leggi da parte della Corte costituzionale coesiste con la democrazia rappresentativa, senza tradursi in un indebito esercizio di discrezionalità politica. La natura giurisdizionale della Corte – dunque il suo vincolo di subordinazione alla legge (*recte*: allo Stato costituzionale di diritto) – garantisce la prevalenza di un giudizio basato sulle ragioni del diritto e non sulla volontà politica, che si manifesta invece nel procedimento legislativo. Anche per Kelsen, tuttavia, neppure il giudice è in grado di scindere in maniera netta i processi di applicazione e creazione del diritto o, che è lo stesso, il campo della conoscenza razionale da quello della vo-

the Judicial Role in Constitutional Law, Univ. Toronto L. J., Vol. 60, N. 1, 2010, 109 ss.; A. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, Cambridge, 2011.

² A. Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis-New York, 1962. Ma v. anche, tra i primi contributi al dibattito: E. Lambert, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, Milano 1996; M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984. Tra i più strenui oppositori della *judicial review* J. Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, *Yale L.J.*, Vol. 115, 2006, 1346 ss. V. anche M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 2000; R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, MA, London, 2004.

³ A. von Bogdandy et al. (eds), *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune*, Oxford, 2017; E. Kibet, C. M. Fombad, *Transformative constitutionalism and the adjudication of constitutional rights in Africa*, *African Human Rights Law Journal*, Vol. 17, N. 2, 2017, 340 ss.; Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*, cit.

⁴ P. Langa, *Transformative constitutionalism*, *Stellenbosch Law Review*, Vol. 17, N. 3, 2006, 353. Cfr. altresì D. Moseneke, *Transformative Adjudication*, *S. Afr. Journal on Human. Rights*, Vol. 18, 2002, 309 ss. Cfr. altresì C. M. Fombad, *Strengthening constitutional order and upholding the rule of law in Central Africa: reversing the descent towards symbolic constitutionalism*, *African Human Rights Law Journal*, Vol. 14, 2014, 412 ss.

lontà creatrice. Sicché, la scelta a favore di un custode della Costituzione di natura giurisdizionale non è di per sé sufficiente a escludere la natura normativa della funzione⁵. È interessante notare come, nella polemica con Schmitt, Kelsen consideri altresì l'ipotesi di elezione popolare dei giudici costituzionali, pur dubitando che tale soluzione sia la più adatta al ruolo che la Corte deve svolgere⁶.

Per Schmitt, al contrario, la difesa della Costituzione non può che appartenere alla sfera del politico, in quanto attribuire significato alle norme è, inevitabilmente, un atto volontaristico. Ne viene che l'unico organo politico che, nella Repubblica di Weimar, si proponeva come garante dell'unità del Paese e poteva far valere una diretta legittimazione popolare era il Presidente del *Reich*⁷.

Negli USA, la dottrina si è concentrata sul tema della legittimazione dei giudici alla *judicial review of legislation* e sul suo coordinamento con la democrazia rappresentativa soprattutto negli anni dell'attivismo giudiziale della Corte Warren (1953-1969). Tuttavia, T. Roosevelt aveva posto il tema al centro della sua campagna elettorale, già nelle presidenziali del 1912. Roosevelt aveva infatti proposto l'uso del referendum legislativo come mezzo per superare la dichiarazione di incostituzionalità di una legge, a riprova delle tensioni tra organi direttamente legittimati e potere giudiziario, nella definizione del contenuto della Costituzione⁸.

Tradizionalmente, la risposta al quesito è fornita in modo articolato, facendo ricorso a diversi argomenti, volti a ri-equilibrare il ruolo delle Corti rispetto agli altri poteri dello Stato. Si

⁵ Cfr. C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014, 43.

⁶ Cfr. H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della costituzione*, in Id., *La giustizia costituzionale*, cit., 284. V. anche P. Rosanvallon, *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*, Princeton, 2011, 130 ss.

⁷ Cfr. C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, trad. it., titolo originale *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1969, in part. 240 ss.

⁸ Cfr. L. Aguiar de Luque, *Democracia directa y Estado constitucional*, Madrid, 1977, 34. V. anche S. M. Milkis, *Teddy Roosevelt, the Progressive Party, and The Transformation of American Democracy*, Lawrence, KS, 2009. Non bisogna dimenticare che la celebre sentenza *Lochner*, in cui la Corte suprema decretò incostituzionale, per violazione del XIV emendamento, una legge statale sociale di New York che tentava di porre un limite all'orario lavorativo dei fornai, è del 1905.

distinguono due approcci al tema della legittimazione della giustizia costituzionale nella teoria della democrazia. Il primo è legato alle tecniche interpretative usate dalle Corti per allargare e/o contenere il ruolo creativo nei confronti degli organi con funzioni normative (interpretazione costituzionalmente conforme, tipologia delle decisioni e dei loro effetti, loro collocazione nel sistema delle fonti del diritto, ecc.)⁹. Gli argomenti sono dati dalla letteratura sulla natura del giudicare, come processo di conoscenza o come processo volitivo, e attingono agli studi sull'interpretazione, l'ermeneutica e, da ultimo, la teoria della comunicazione¹⁰. Il secondo approccio è di tipo *strutturale*, ovvero focalizzato sulla disciplina dei rapporti reciproci fra gli organi costituzionali¹¹.

Lo studio comparato della giustizia costituzionale permette di aggiungere qualche tassello su entrambi i fronti. Partendo dal presupposto, ormai dai più condiviso, che l'operazione interpretativa è un atto di volontà/decisione (e per alcuni anche

⁹ Da ultimo cfr. Pegoraro, *Sistemi*, cit., 175 ss. Nella letteratura italiana, C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, *Il Foro Italiano*, 1970, V, 158 ss.; G. Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, *Il Foro Italiano*, 1981, V, c. 245 ss.; L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987; Id., *Lavori preparatori della legge e sindacato di costituzionalità*, *Giur. Cost.*, 1988, 1441 ss.; Id., *I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato*, in Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, cit., 185 ss.; P. Passaglia, *Le Juge constitutionnel et le Législateur. L'expérience italienne*, Saarbrücken, 2011; Butturini, Nicolini (eds.), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, cit. Cfr. E. Aja (eds), *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, 1998 nonché F. J. Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Ciudad de México, 2018.

¹⁰ J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986, nonché Id., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998. Per una panoramica sui diversi tentativi dottrinari di rispondere al problema della legittimazione delle Corti costituzionali v. T. Groppi, *La legittimazione della giustizia costituzionale: una prospettiva comparata*, in R. Toniatti, M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011, 297-312.

¹¹ Cfr. S. Gerotto, *Giustizia costituzionale e democrazia: premesse metodologiche per un'analisi dei rapporti tra giudice costituzionale e poteri democraticamente legittimati*, in Butturini, Nicolini (eds.), *Giurisdizione costituzionale*, cit., I, 16.

un atto di creazione)¹², e avendo già affrontato il tema delle sentenze interpretative (v. *supra*, Cap. III, §§ 6 e 7), in questo capitolo saranno considerati: *a*) i criteri di nomina, composizione e durata dell'organo e gli istituti che ne garantiscono l'indipendenza; *b*) l'uso dell'argomento di diritto straniero e comparato nella motivazione della sentenza, nonché l'istituto delle opinioni dissenzienti e concorrenti; *c*) la relazione tra giustizia costituzionale e democrazia deliberativa¹³. Non prima, tuttavia, di alcune precisazioni in senso estensivo circa il significato dei tradizionali termini del rapporto tra “giudici” e “legislatore”.

2. Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato

La legittimazione della giustizia costituzionale è tema ampiamente indagato in letteratura: il problema – diventato centrale con la pubblicazione del già menzionato volume di Bickel – è in realtà ancor più risalente. Le prime obiezioni furono infatti formulate da Corwin in alcuni contributi sulla genesi della *judicial review of legislation* negli USA pubblicati agli inizi del XIX secolo¹⁴.

In termini più ampi, è questione del “dialogo” tra giurisdizione costituzionale e potere legislativo¹⁵; e le interazioni e i

¹² R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, in part. 27 ss. e 407 ss. G. Alpa, *L'arte del giudicare*, Roma-Bari, 1996, 5. Tusseau, in prospettiva realista, accetta l'ipotesi di Troper di un “governo dei giudici”, riconoscendo che si tratta di un “governo” limitato da numerosi meccanismi istituzionali e culturali: G. Tusseau, *Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison*, *Droits*, N. 1, 2012, 41-84.

¹³ Una proposta di analisi dei rapporti tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato sostanzialmente focalizzata su questi elementi era già stata avanzata da M. Nicolini, “Dialogo”, “tensione” e supra-majoritarian difficulty: per una lettura dei rapporti tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato, in Butturini, Nicolini, *Giurisdizione costituzionale*, cit., I, in part. 61 ss.

¹⁴ E. S. Corwin, *The Establishment of Judicial Review*, *Mich L. Rev.*, Vol. 9, 1910-1911, 102 ss.; Id., «*Marbury v. Madison*» and the Doctrine of Judicial Review, *Mich L. Rev.*, N. 12, 1913-1914, 538 ss.

¹⁵ Sull'uso del termine dialogo nell'accezione indicate nel testo v. Corte

conflitti tra corti e legislatori interessano i profili più variegati della giustizia costituzionale. Non si assumono – si badi – a soggetti del dialogo le *corti* e il *legislatore*, bensì le più ampie nozioni di *giurisdizione costituzionale* e *potere democraticamente legittimato*. Se la seconda espressione rinvia, in prima approssimazione, ai titolari di funzioni di decisione politico-normativa esercitate al fine di rappresentare e curare gli interessi delle comunità di riferimento, la locuzione *giurisdizione costituzionale* restituisce in forma sintetica l'integrazione fra i soggetti, gli organi e le procedure (le modalità di risoluzione dei “conflitti” tra i soggetti del dialogo) che rendono *justiciable* atti e/o comportamenti dei pubblici poteri rispetto alla Costituzione¹⁶.

Questi spaziano dalla risoluzione di conflitti sull'elezione e sulla composizione delle Assemblee parlamentari alle decisioni sulla verifica dei poteri, sulle immunità e sulle cause di ineleggibilità e incompatibilità dei loro membri, fino alla complessa questione della c.d. *autodichia* (o giustizia domestica) e degli *interna corporis acta*¹⁷; dall'esame della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti a questa equiparati all'interpretazione del-

suprema canadese, *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.* [1999] 2 S.C.R. 3; *Corbière v. Canada (Minister of Indian & Northern Affairs)* (1999) 2 S.C.R. 203; *R. v. Mills* [1999] 3 S.C.R. 668; *Little Sister Book & Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* (2000) 2 S.C.R. 1120; *R. v. Hall* (2002) 3 S.C.R. 309. La terminologia si è diffusa anche in Europa, con particolare riferimento tuttavia al “dialogo” tra corti nazionali e corti sovranazionali: v. G. Martinico, O. Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, 2012. Una ricostruzione teorica delle forme di *judicial dialogue* è in L. B. Tremblay, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, N. 4, 2005, 617 ss. Sull'utilità e sull'idoneità prescrittiva del dialogo e delle categorie proposte da Tremblay (*dialogue as conversation* e *dialogue as deliberation*) v. M. Claes, M. de Visser, *Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks*, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, N. 2, 2012, 102 ss.

¹⁶ Cfr. Pizzorusso, *Giustizia costituzionale*, cit. 669 ss.

¹⁷ Sulla composizione delle Assemblee parlamentari cfr. Corte Cost. sud-africana, *Ex-parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (4) SA 744 (CC), richiamata, ad es. dalla *High Court of Malawi* nella decisione *In the Matter of the Question of the Crossing the Floor by Members of the National Assembly* relativa all'*anti-defection clause* di cui all'art. 65.1 Cost. – Presidential Reference Appeal No. 44 of 2006 [2007] MWSA 1. Sull'*autodichia* cfr., ad es., Corte Cost. italiana, sentt. 154/1985 e 120/2014.

le stesse¹⁸; dalla tutela, all'*enforcement* e alla limitazione dei diritti¹⁹, ecc.

L'ambito di analisi delle possibili interazioni (e conflitti) tra corti e legislatori è, pertanto, amplissimo. Ci si limiterà, in questa sede, al "dialogo" tra corti e legislatore nell'ambito del controllo di legittimità costituzionale delle leggi. Ciò, perché, tradizionalmente, la genesi della giustizia costituzionale, sia nella sua variante statunitense, sia in quella europea continentale, va ricercata nella funzione nomocratica, di garanzia della gerarchia delle fonti e dell'affermazione del primato della Costituzione (e, più in generale, del diritto) come strumento di prevenzione e composizione di conflitti tra legislatori di diversi livelli di governo.

Dialogo, s'è detto; infatti, il problema della legittimazione della giustizia costituzionale si avverte proprio in relazione ai legislatori e al seguito che questi danno alle pronunce delle corti. Si tratta di un problema che, come ben evidenzia Mark Tushnet, si pone nel momento il cui il legislatore, emanando una legge, dà

¹⁸ T. di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*, Paris, 1997; C. Panzera, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013; R. A. Posner, *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 37, N. 2, 1986-1987, 179 ss.; R. E. Lee, *Perspective on the authoritativeness of Supreme Court Decisions: The Provinces of Constitutional Interpretation*, *Tulane Law Review*, Vol. 61, 1987, 1009. Per un recente, interessante caso di conflitto sull'interpretazione legislativa negli Stati Uniti cfr. *America Broadcasting Cos., Inc. et al. v. Aereo, Inc., Fka Bamboo Labs, Inc.*, 573 U.S. (2014). In Australia la sovrapposizione tra interpretazione legislativa e costituzionale deriva dall'approccio testuale della Corte suprema: cfr. B. Selway, J. M. Williams, *The High Court and Australian Federalism, Publius*, Vol. 35, N. 3, 2005, 475: le Corti sono «textualists» dal momento che interpretano il testo come se fosse uno *statute* – «albeit a statute of a specialized kind».

¹⁹ L'*enforcement* delle pronunce, specie in materia di diritti, è un campo di grande problematicità. Si pensi per tutti alla dinamica della desegregazione razziale negli Stati Uniti e alla crisi degli anni 1957-58, quando fu necessario l'invio dell'esercito in alcuni Stati del sud per dare attuazione alla dottrina elaborata in *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954). Quanto alla limitazione dei diritti, si ricordino i numerosi conflitti originati in Canada dalla *override clause* (sez. 33 *Constitution Act*, 1982). Cfr. P. Weiler, *Of Judges and Rights, Or Should Canada Have a Constitutional Bill of Rights?*, *Dalhousie Review*, Vol. 60, 1980, 205 ss.; L. Weinrib, *Living with the Override*, *McGill Law Journal*, Vol. 35, 1990, 541 ss.

una propria, «reasonable interpretation» della Costituzione. Se nonché, a tale interpretazione si oppone «another reasonable interpretation» – quella della Corte –, senza che si possa stabilire quale delle due debba ritenersi prevalente. Certo – prosegue Tushnet – «there are reasons grounded in democratic theory for thinking that Congress's should»²⁰.

Si oppongono così due diverse possibili interpretazioni della Costituzione, entrambe *reasonable*. Da un lato, c'è il potere legislativo che, nell'approvare le leggi, le ritiene conformi alla Costituzione²¹; e la legge offre un'interpretazione, seppur mediata, ricollegata alla sovranità popolare attraverso il circuito democratico-rappresentativo. Dall'altro lato, sta la *constitutional interpretation* formulata dagli organi di giustizia costituzionale, per quanto tali organi abbiano una legittimità che è di qualità differente rispetto a quella delle Assemblee elettive.

A dotare di superiorità normative le decisioni delle corti si adducono due argomenti: la necessità che le Corti operino “a chiusura” del sistema costituzionale; l'irragionevolezza intrinseca di forme di controllo puramente politico, perché esercitate – ed esaurentesi – nello stesso circuito e presso la fonte (democratico-elettiva) di legittimazione delle Assemblee rappresentative (il controllo del corpo elettorale attivato nelle forme della *responsabilità* politica, degli istituti di democrazia semidiretta, dei controlli politici interni alle Assemblee elettive). Ne viene che l'interpretazione costituzionale offerta dalle corti viene a indentificarsi con le norme ricavabili dalla Costituzione in via d'interpretazione e finisce per sovrapporsi a questa²².

Entro tale cornice si genera il rapporto di dialogo e tensione col legislatore: e si registrano nella giurisprudenza costituzionale, a seconda dei contesti, dei periodi, degli ordinamenti, fasi di prevalenza di approcci interpretativi orientati all'attivismo giudiziario, al *self-restraint* o alla deferenza nei confronti del legislatore, con la conseguenza che «la giurisdizione lascia campo

²⁰ Tushnet, *The Constitution of the United States of America*, cit., 136.

²¹ Cfr., sul punto, R. Letelier Wartenberg, *Qual è l'efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità per opera delle Corti costituzionali?*, in Butturini, Nicolini (cur.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 105 ss.

²² È nota l'affermazione dell'allora *Chief Justice* della Corte suprema statunitense Charles Evans Hughes, *Addresses*, New York, 1908, 139, per cui «we are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is».

libero alla politica» e «il controllo esercitato [...] resta giurisdizionale, ma appare meno pieno»²³. Anche la terminologia utilizzata è indicativa, poiché il dialogo ha sempre la medesima direzione (dalla giurisdizione costituzionale al potere democraticamente legittimato) e non muta di verso; ed è, in qualche misura, espressiva del retaggio del privilegio del legislatore in omaggio a una teoria che ancora definisce la giustizia costituzionale un meccanismo “di chiusura” del sistema. Insomma, si sarebbe ancor oggi al cospetto di una ragguardevole eccezione alla divisione dei poteri²⁴.

Ma le decisioni che variamente incidono sull’operato e sulle scelte dei pubblici poteri ben possono essere oggetto di contestazione da parte del potere democraticamente legittimato che, con il proprio agire (o non agire), aveva sollecitato il sindacato della giurisdizione costituzionale. Così, se è certamente vero che «le Corti ... sono vincolate solo al “parametro costituzionale”, non all’opinione pubblica e alla coscienza sociale», è altrettanto vero che esse «operano in contesti di decisione ... e in contesti di giustificazione» nei quali alla decisione possono essere opposte ulteriori ragioni critiche *giuridicamente* rilevanti²⁵; e, molto spesso, queste ultime celano valutazioni politiche – quando anche non le legittimano (v. *supra*, Introduzione, § 2).

La comparazione giuridica presenta numerose ipotesi di conflitti tra corti e legislatori, spesso dovuti alla diversità strutturale che ispira il funzionamento dei due poteri: non-maggioritario nel caso delle corti, politico e dunque intrinsecamente maggioritario nel caso delle Assemblee legislative²⁶. Tuttavia, proprio per essere intrinsecamente chiamate a deliberare la propria volontà-decisione in base al principio di maggioranza, le Assemblee legislative spesso avvertono come anti-maggioritario il carattere non-maggioritario delle decisioni giudiziarie – e ciò, soprattutto quando dette decisioni cancellano le decisioni assunte da una maggioranza democraticamente legittimata. Di conse-

²³ Pegoraro, *Sistemi*, cit., 198.

²⁴ A proposito del *judicial restraint* v. P. Brest, *The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation*, *Stanford L. Rev.*, Vol. 27, N. 3, 1975, 586: «none of [the] considerations suggests that the legislature should exercise restraint in assessing the constitutionality of its own product».

²⁵ Cfr. rispettivamente Ruggeri, Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 17.

²⁶ G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2009.

guenza, relazioni fisiologiche assumono non infrequentemente il carattere di tensioni patologiche, che si palesano prevalentemente in due ambiti.

Il primo riguarda ipotesi di controllo di legittimità costituzionale di atti normativi adottati al fine di superare in modo espresso o indiretto precedenti dichiarazioni d'illegittimità costituzionale. Il conflitto si presenta come particolarmente problematico quando i Parlamenti superano le decisioni delle corti (ri)approvando con norma di rango costituzionale la disposizione precedentemente dichiarata illegittima.

In tali casi l'eventuale ulteriore sindacato delle corti diviene addirittura 'sovra-maggioritario': le corti affermano il loro potere (o addirittura dovere) di sottoporre a controllo di costituzionalità qualsiasi atto del potere legislativo, compresi quelli che entrano a far parte della Costituzione, in tal modo attribuendosi, in nome della chiusura del sistema e della salvaguardia dei suoi principi supremi, un ruolo che prevale anche rispetto alla volontà politica espressa da maggioranze qualificate – quelle necessarie per la revisione costituzionale.

3. Le tensioni tra corti e legislatori: procedimenti di nomina, "prevalenza" del legislatore

Come s'è più volte ricordato, il controllo di costituzionalità realizza pienamente la nozione giuridica (e moderna) di Costituzione, assicurandone la supremazia rispetto alla legislazione ordinaria e, suo tramite, rispetto alla volontà politica espressa dalle Assemblee legislative elettive²⁷.

Vuoi per ragioni teoriche (la presunzione di eccezionalità della giustizia costituzionale), vuoi per ragioni operative, di bilanciamento all'interno dei diversi ordinamenti, si danno spesso problemi di coordinamento tra corti e legislatori. Si tratta, peraltro, di problemi che il più delle volte sono inevitabili, così come inevitabile è la predisposizione di congegni normativi e di tecniche di giudizio per la loro composizione. Non a caso, detti congegni e tecniche sono coerenti con l'impostazione kelseniana

²⁷ Cfr. *supra*, Cap. I, §§ 1-4. Cfr. altresì G. P. Smith II, *Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics of The Past, Guidelines For The Present—Judicial Review In Transition?*, *The University of Puget Sound Law Review*, N. 2, 1979, 261 ss.

che vuole l'organo di giustizia costituzionale *legislatore negativo* – e, come tale, volto a contenerne un *judicial activism*²⁸ – destinato a pronunciare decisioni che mirano all'espulsione, manipolazione, reinterpreteazione e sostituzione di altre decisioni – quelle assunte dal corpo dei rappresentanti democraticamente eletti.

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

L'ambito nel quale si manifestano frequentemente tensioni concerne la composizione delle corti. Non si tratta solo del problema della rimozione dei giudici al fine di garantire un maggiore coordinamento tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato²⁹; tensioni possono intervenire in sede di selezione, mediante, ad es., l'aumento del numero di giudici, come nei casi di c.d. "impacchettamento" (*court-packing*). Noto è, in particolare, il tentativo annunciato dal Presidente statunitense Roosevelt nel 1937, che intendeva aumentare con legge ordinaria il numero dei giudici della Corte suprema iniettando giudici "di fiducia" al fine di contrastare la giurisprudenza contraria alla legislazione del *new deal*. Non solo il piano fu respinto dal Senato, ma lo stesso giudice Roberts cambiò il proprio orientamento e abbracciò un'interpretazione favorevole alla legislazione federale "interventista"³⁰. In altri casi, il *court-packing* si è effettivamente realizzato: è il caso dell'Argentina, ove l'iniziativa è stata assunta dal Presidente Menem nel 1990³¹.

²⁸ Cfr. Cap. I, § 11. E. Smith, *Constitutional courts as positive legislators*, in A. R. Brewer-Carías (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, Cambridge, 2012, 693-700.

²⁹ Negli Stati Uniti ai tempi della Presidenza Jefferson (1800-1804) fu iniziata la procedura di *impeachment* nei confronti del giudice Chase; tuttavia il Senato, nonostante a maggioranza jeffersoniana, non diede corso all'iniziativa. L'episodio originò una convenzione costituzionale secondo la quale l'«*impeachment cannot be used to remove a federal judge simply because of disagreement with the judge's ruling*» (Tushnet, *The Constitution*, cit., 142).

³⁰ L. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, 2000, 14. Cfr. altresì B. Cushman, *Rethinking the New Deal Court*, *Virginia Law Review*, N. 80, 1994, 201.

³¹ Cfr. R. B. Chavez, *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial*

Tensioni si pongono anche nel momento di nomina dei giudici costituzionali³², anche se queste sono scarsamente avvertite nelle classificazioni più tradizionali relative alle modalità di composizione degli organi di giustizia costituzionale. Potrebbe sembrare, in particolare, che tensioni non si diano nei sistemi a controllo diffuso (e concreto), nei quali la giurisdizione costituzionale è amministrata dai giudici ordinari e di carriera. L'elevato tasso di conflittualità sarebbe, invece, proprio dei sistemi a controllo accentrato, nei quali corti e tribunali *ad hoc* sono nominati da organi politico-rappresentativi. Considerazioni analoghe valgono anche per il controllo politico affidato al *Conseil constitutionnel*: in Francia, s'è visto (v. *supra*, Cap. II, § 5) questo è composto da 9 membri, nominati per un terzo ciascuno dal Presidente della Repubblica e dai Presidenti delle Camere; cui si aggiungono, i Presidenti della Repubblica non più in carica. Analogamente accade nei Paesi che ne hanno recepito il sistema di giustizia costituzionale³³.

La dicotomia “corti ordinarie-Corti costituzionali” non ha riscontro nella realtà; al contrario, l'indagine empirica delle forme di selezione dei giudici sottende una molteplicità di soluzioni quanto alla composizione degli organi di giustizia costituzionale. Volendo prescindere dalle modalità di selezione e composizione degli organi di tipo politico-parlamentare in cui il controllore coincide con il controllato (fra gli ordinamenti democratici, la Commissione costituzionale di cui all'art. 109 Cost. Finlandia: v. *supra*, Cap. II, § 10), e dal controllo politico accentrato (il caso, appena indicato, della Francia), converrà esaminare i sistemi di giustizia costituzionale giurisdizionali, accentrato e diffuso.

In questi ultimi, il controllo tende all'accentramento presso le Corti supreme, sia in *common law*, sia *civil law* (El Salvador,

Politics in Argentina, Stanford, CA, 2004, 33 ss.; G. Helmke, *Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, Cambridge, 2005, 87 ss.

³² Di recente, tali tensioni hanno contribuito alla caratterizzazione del c.d. costituzionalismo illiberale, soprattutto con riferimento al caso polacco e, in misura meno esplicita, a quello ungherese (cfr. *supra*, Cap. II, § 19).

³³ Ad es., art. 153 Cost. Burkina Faso (*ex Capi di Stato*, 3 magistrati nominati dal Presidente, su proposta del Ministro de la giustizia; 3 “personalità” nominate dal Presidente, di cui almeno un giurista; 3 nominate dal Presidente dell'Assemblea Nazionale – almeno un giurista – e tre dal Presidente del Senato – almeno un giurista); art. 93 Cost. Senegal (cinque giudici di nomina presidenziale); art. 91 Cost. Mauritania.

Argentina, Messico, ecc.), sia nei sistemi misti (Namibia, Botswana, Eswatini, ecc.), sia ove opera una speciale sezione della Corte suprema (Paraguay, Honduras, Costa Rica, ecc.). Il fatto che il controllo sia diffuso, con tendenze all'accentramento ed amministrato da giudici "costituzionali" per carriera fa dimenticare come, ad es., negli USA, Canada, Australia, Irlanda, Nigeria, India, Messico, Brasile, Argentina, gli stessi giudici sono nominati dagli organi politici (il più delle volte, dal Presidente) e – in ordinamenti federali – spesso con l'*advice and consent* del Senato³⁴. Anche in Svizzera i giudici del Tribunale federale sono di nomina politica (sono eletti dall'Assemblea federale: art. 168 Cost.); come si è visto, pure in Giappone (v. *supra*, Cap. II, § 3), dove la nomina dei giudici è di competenza governativa ma va confermata alla prima elezione della Camera bassa e poi ogni 10 anni (artt. 78 e 80 Cost.). Ancor più particolare è la scelta di taluni ordinamenti caraibici, di sostituire il JCPC con la CCJ: caso unico nel panorama comparato, l'*adjudicator in constitutional disputes* è una Corte sovranazionale il cui Presidente è nominato e revocato a maggioranza dei tre quarti dei Capi di Stato dei Paesi membri, mentre i giudici sono eletti dalla *Regional Judicial and Legal Services Commission* creata dai trattati istitutivi del CARICOM (v. *supra*, Cap. II, § 9.4).

Anche le Corti/Tribunali costituzionali *ad hoc* esibiscono una varietà di soluzioni. Molti *adjudicators* sono nominati da organi politici: ad es., lo stesso prototipo kelseniano, la Corte costituzionale austriaca. L'art. 147 Cost. stabilisce, infatti che il Presidente della Repubblica nomina il Presidente, il vicepresidente e 6 giudici (e 3 supplenti) su proposta del Governo; il *Nationalrat* elegge tre giudici (più due supplenti), così come il *Bundesrat*. Non diversamente, in Germania, l'art. 94.1 GG stabilisce che i 16 giudici (numero stabilito dalla legge ordinaria sulla Corte del 1951) siano nominati per metà dal *Bundestag* (se ne occupa il comitato ristretto di 12 deputati a 2/3 dei voti) e per metà dal *Bundesrat* (l'elezione è dell'Assemblea a 2/3). In caso di stallo sull'elezione e decorsi due mesi, il Tribunale può proporre delle candidature non vincolanti. Tale sistema rispecchia le due

³⁴ Art. II, sez. 2, c. 2, Cost. USA; sez. 96 *Constitution Act* 1867 e 1.4 *Supreme Court Act* del Canada; sez. 72 Cost. Australia; sez. 35 Cost. Irlanda; art. 231 Cost. Nigeria; sez. 124.2 Cost. India; art. 96 Cost. Messico; art. 101 Cost. Brasile; art. 99.1.4 Cost. Argentina.

fonti di legittimazione: il popolo e i *Länder*. Altri casi sono rappresentati da Belgio, Slovenia, Croazia, ecc.³⁵.

La maggioranza degli ordinamenti costituzionali, tuttavia, applica criteri misti, nei quali i giudici costituzionali sono selezionati da organi politici e da altri poteri dello Stato, in primo luogo i magistrati o il loro organo di autogoverno. Basti pensare ai casi, già indicati, di Italia, Spagna e Turchia; ma ragionamento analogo, in Europa, vale per Bulgaria e Portogallo³⁶; in Africa, ad es. l'Angola, il Camerun, il Congo³⁷.

Può pertanto dirsi che i procedimenti di nomina, rimozione e garanzia d'indipendenza dei giudici cui spetta il controllo di costituzionalità è parte delle regole volte a disciplinare le interazioni fra corti e legislatori. Come s'è visto, è l'ambito nel quale la disciplina costituzionale e legislativa è più sviluppata, detagliata e diffusa³⁸.

In considerazione della crisi di rappresentatività di molti sistemi politici, in alcuni ordinamenti il principio di prevalenza del legislatore non è più percepito come sufficiente a garantire

³⁵ Cfr., ad es., art. 32 Cost. Belgio (i 12 giudici sono nominati *à vie* dal Re in base a una doppia lista presentata alternativamente dalle due Camere a maggioranza dei 2/3); art. 125 Cost. Croazia (i 13 giudici sono eletti dal *Sabor* a maggioranza assoluta dei membri; la durata del mandato è di 8 anni); art. 163 Cost. Slovenia (i 9 giudici sono eletti dal Parlamento per 3 anni non rinnovabili); art. 144 Cost. Suriname (la Corte costituzionale si compone di 5 membri nominati dalla Assemblea Nazionale); art. 134.2 Cost. Slovacchia (i 13 giudici sono designati dal Presidente della Repubblica che li sceglie da una lista di 26 candidati proposta dal Consiglio nazionale).

³⁶ Art. 147 Cost. Bulgaria (dei 12 membri, 3 sono eletti dall'Assemblea Nazionale, 3 designati dal Presidente, 3 dall'Assemblea dei magistrati della Corte di Cassazione e 3 dai giudici amministrativi); art. 221.1 Cost. Portogallo (il Tribunale costituzionale si compone di 13 giudici, 10 eletti dall'Assemblea della Repubblica e 3 cooptati dai medesimi giudici).

³⁷ Art. 4 Cost. Angola (4 giudici eletti dall'Assemblea Nazionale a 2/3 dei Deputati, tra cui il Vice-Presidente; 12 dal CSM; un giudice selezionato per pubblico concorso); art. 51.1 Cost. Camerun (gli 11 giudici sono nominati dal Presidente della Repubblica su designazione dello stesso Presidente – 3 –, del Presidente dell'Assemblea Nazionale – 3 –, del Senato – 3 – e dall'Alto Consiglio Giudiziale – 2); art. 158 Cost. Congo (la Corte costituzionale comprende 9 membri nominati dal Presidente della Repubblica di cui 3 di sua iniziativa, 3 del Parlamento riunito in Congresso e 3 da CSM).

³⁸ Ciò non impedisce evidentemente al potere politico di procedere a nomine "politicamente orientate" né di (tentare di) intervenire modificando le dimensioni e la composizione delle corti (come nel *court-packing*, su cui v. *supra* nel testo).

la democraticità del sistema. Per questo, il procedimento di nomina è stato integrato con la inclusione nella procedura di selezione di organi del c.d. potere popolare o cittadino (Ecuador, Venezuela), financo ad arrivare a un sistema di elezione popolare diretta, rispetto a candidati preselezionati dagli organi titolari dei diversi poteri dello Stato (Bolivia).

Molte regole sono volte a disciplinare casi specifici di tensione tra corti e legislatori, e spesso le disposizioni prevedono la prevalenza del legislatore. Un esempio del primo tipo si ha nell'ordinamento tedesco in riferimento alle regole per lo scioglimento di partiti politici a seguito della loro dichiarazione di incostituzionalità (art. 21 GG: v. *supra*, Cap. V, § 3)³⁹. Esempi del secondo si rinvencono, tra gli altri, negli ordinamenti canadese e portoghese al fine di consentire al legislatore di superare in via espressa ed eccezionale le pronunce giudiziarie⁴⁰, o in quelli di Stati Uniti⁴¹ e Norvegia⁴² in tema di divieto di leggi retroattive.

Il terzo ambito di disciplina esplicita delle interazioni tra corti e potere legislativo riguarda il fenomeno del controllo sulla revisione costituzionale (v. *supra*, Cap. V, § 13). La funzione più spesso affermata in via pretoria ma sempre più frequentemente contenuta anche in esprese previsioni costituzionali e normative, che aggiunge un ulteriore elemento di complessità al rappor-

³⁹ Si tratta di procedimenti assai articolati che possono richiedere maggoranze qualificate anche negli organi giudiziari, come appunto nel caso tedesco (cfr. i §§ 43-47 l. TF). Questa circostanza ha fatto sì che nel 2006, nonostante l'unanimità della richiesta di Governo, Parlamento federale e *Bundesrat*, e nonostante la maggioranza assoluta di giudici costituzionali ritenesse di doversi procedere alla dichiarazione di illegittimità del partito di estrema destra NPD, a questa non si è potuti giungere per il non raggiungimento della maggioranza qualificata nel competente senato del Tribunale. Cfr. R. Streinz, *Artikel 21*, in H. von Mangoldt *et al.* (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 2: *Artikel 20 bis 82*, München, 2010, 346 ss.

⁴⁰ Cfr., rispettivamente, la sez. 33 del *Constitution Act*, 1982 e gli artt. 278 e 279 Cost. portoghese. Cfr. R. Letelier Wartenberg, M. Nicolini, *Nulidad y democracia en la justicia constitucional*, *Revista de Derecho*, Vol. 11, 2004, 90 ss.

⁴¹ Il divieto di *ex post facto laws* è contenuto all'art. I, sez. 9, cl. 3 (*federal bills of attainder*) e all'art. I, sez. 10 (*state bills of attainder*) Cost. statunitense. V. Tribe, *American Constitutional Law*, 133 ss.

⁴² Il divieto di legislazione retroattiva è contenuto all'art. 97 Cost. norvegese, ed è su questa disposizione che si fonda la dottrina dei *vested rights*, su cui *infra*. Cfr. T. H. Aschehoug, *Norges nuværende statsforfatning III*, 2. ed., Christiania, 1893, 137; R. Helgadóttir, *The Influence of American Theories of Judicial Review on Nordic Constitutional Law*, Leiden-Boston, 2006, 36.

to in parola, toccando diversi nervi scoperti del costituzionalismo.

4. Motivare l'assenso e il dissenso, in prospettiva comparata

L'obbligo di motivazione della sentenza⁴³ segna la differenza tra la discrezionalità giuridica del giudice nel processo interpretativo e quella politica del legislatore nel processo deliberativo. La motivazione è l'unica fonte disponibile per controllare la legittimità del ragionamento che il giudice adduce rispetto alla sua decisione⁴⁴. Rispetto alle funzioni proprie della giustizia costituzionale, rappresenta uno strumento per rafforzare la legittimazione che deriva alle Corti direttamente dalla Costituzione, in quanto permette lo svolgimento di un controllo esterno sul loro operato.

Pochi ordinamenti democratici sfuggono a questo principio⁴⁵, e mai in termini assoluti. Come s'è visto, l'art. 10 del Regolamento della Corte suprema USA dichiara che «Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion». Inoltre, l'ordinamento nordamericano conosce anche l'istituto delle decisioni *per curiam*, che si caratterizzano per essere poco o nulla motivate (con la ovvia conseguenza di non costituire precedente).

In materia costituzionale, l'esperienza statunitense rappresenta un modello per tutti i casi in cui, a fronte dell'esorbitante numero di ricorsi che pervengono alle Corti ogni anno, soprattutto dove i cittadini sono legittimati a proporre ricorso diretto per violazione di diritti costituzionali o addirittura *actio popularis*, il legislatore o la Corte stessa sono intervenuti per garantire

⁴³ M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; F. Hourquebie, M-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des Cours supérieures et cours constitutionnelles*, Bruxelles, 2012; M. Jori, *Dissenting Opinions: short philosophical considerations*, in N. Zanon, G. Ragone (eds), *The Dissenting Opinion. Selected Essays*, Milano, 2019, in part. 28-32.

⁴⁴ Secondo Garapon, l'etica giudiziaria deve essere visibile attraverso la motivazione e in ultima analisi il controllo sociale. A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007, tit. orig. *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 2001, 271.

⁴⁵ Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., 257; A. Gambaro, *Il Linguaggio e lo stile delle Corti supreme: la motivazione*, Roma 16 giugno 2016, Corte di Cassazione, www.europeanrights.eu.

maggior discrezionalità nella selezione dei casi. Diversi ordinamenti hanno infatti recepito, in modo più o meno pedissequo, la tecnica del “certiorari”, attribuendo la funzione di selezione dei casi a *salas* o senati ristretti, autorizzati a respingere i ricorsi con motivazioni succinte, oppure introducendo nella procedura di ammissibilità requisiti ad alto tasso di discrezionalità interpretativa, come la “speciale trascendenza costituzionale” richiesta dalla riforma della LOTC spagnola del 2007.

La comparazione giuridica può contribuire alla riflessione sul ruolo della motivazione rispetto alla legittimazione del giudice almeno sotto due aspetti: l’argomento di diritto straniero e/o comparato; la tecnica delle opinioni separate dei giudici che compongono l’organo giudicante.

4.1. *L’argomento di diritto straniero e/o comparato nella giurisprudenza delle Corti*

L’uso dell’argomento di diritto straniero e comparato da parte dei giudici costituzionali è stato ampiamente studiato dalla dottrina negli ultimi vent’anni⁴⁶.

Attingendo ai risultati di quegli studi, proviamo a tracciare un quadro riassuntivo del fenomeno. Preliminarmente, però, ne circoscriviamo il contenuto.

Dalla pubblicazione degli articoli di Anne-Marie Slaughter e Sujit Choudhry⁴⁷, il fenomeno è stato descritto prevalentemente in termini dialogici e globali, come dialogo (trans)giudiziale. La tesi dai più condivisa è che la globalizzazione economica e culturale, la costituzionalizzazione e internazionalizzazione dei diritti umani e la diffusione delle istituzioni democratiche supportino l’affermarsi del c.d. *global constitutiona-*

⁴⁶ G. F. Ferrari, *Introduction: Judicial Constitutional Comparison and Its Varieties*, in G. F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden-Boston, 2020, 1 e la dottrina ivi citata. V. anche L. Pegoraro, P. Damiani, *Comparative Law in the Judgments of Constitutional Courts*, in A. M. Rabello, A. Zanotti (eds.), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Milano, 2001, 131-162; E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García (coords), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, 2013.

⁴⁷ Slaughter, *A typology of Transjudicial Communication*, cit., 102 ss.; Choudhry, *Globalization in Search of Justification*, cit., 836 ss.

*lism*⁴⁸. Il crescente riferimento a giurisprudenza straniera da parte delle Corti costituzionali e supreme nella motivazione delle proprie sentenze sarebbe la prova di come l'arena del dibattito sul contenuto dei diritti umani e della democrazia sia oggi uno spazio giuridico unitario e aperto, senza confini interni dettati dalla sovranità statale.

Nel tempo, tuttavia, l'affinamento degli studi comparatistici ha messo in dubbio gli attributi del c.d. dialogo transgiudiziale. In primo luogo, in quanto si è evidenziato che raramente si tratta di un dialogo, che dovrebbe presupporre uno scambio di contenuti tra almeno due soggetti che reciprocamente si parlano e si ascoltano, pur potendo non concordare tra loro. In realtà, l'operazione del giudice è sempre un soliloquio, che ha come fine la scoperta di significato del diritto "locale", e non la costruzione di un nuovo *ius commune*⁴⁹.

In secondo luogo, in quanto ci sono differenze quantitative notevoli nell'apertura delle Corti a tale pratica, seppur si possa in positivo inferire che anche le Corti che non citano apertamente sentenze straniere tengono comunque in considerazione gli sviluppi giurisprudenziali degli organi loro omologhi nel mondo. Gli indizi in tal senso sono numerosi: gli incontri di studio realizzati, e le reti di "amicizia" esistenti, tra Corti costituzionali e supreme a livello mondiale; l'istituzione di servizi-studio presso le Corti, dedicati alla ricerca sui diritti stranieri; l'accesso alle banche dati di dottrina e giurisprudenza straniere; la traduzione e pubblicazione delle sentenze in altre lingue veicolari; la formazione pregressa o continua dei giudici presso istituti universitari e di ricerca stranieri.

Si dovrebbe dunque correttamente parlare di "riuso" di materiale giurisprudenziale straniero⁵⁰, che il giudice utilizza nella

⁴⁸ Non è questa la sede per una critica puntuale a tale posizione. Si v., per un'introduzione al dibattito J. Tully, J. L. Dunoff, A. F. Lang, Jr., M. Kumm, A. Wiener, *Introducing global integral constitutionalism*, *Global Constitutionalism*, Vol. 5, 2016, 1-15.

⁴⁹ A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, NJ, 2009, 198: «Comparative law awakens judges to the potential latent in their own legal systems [...] Additionally, even when comparative law is consulted, the final decision must always be local».

⁵⁰ M. Carducci, *Dialogo è comparazione? Saggio sul giudice "costituzionalista comparatista" nella prospettiva del metodo*, in Pegoraro, Bagni, Pavan, *Metodologia della comparazione*, cit., 54: «la comunicazione trans-giudiziale non produce comparazione, ma semplicemente riutilizzo di materiale

propria argomentazione come elemento fattuale⁵¹. In nessun caso, infatti, la giurisprudenza straniera è considerata vincolante per il giudice, nemmeno nei pochi ordinamenti che espressamente lo facoltizzano a farne uso a fini interpretativi (sez. 39 Cost. Sudafrica⁵²; art. 11.2.c Cost. Malawi; art. 46 Cost. Zimbabwe).

Inoltre, raramente l'argomento inserito nella motivazione è di diritto comparato. De Vergottini individua tre distinte modalità di uso della citazione straniera: come ornamento, vale a dire come argomento *ad abundantiam*, rispetto a una decisione che si basa su altre ragioni; come argomento comparativo, ossia il richiamo ad argomenti tratti da esperienze straniere; come giudizio comparativo, quando dal raffronto della casistica straniera il giudice deriva il principio di diritto applicato per risolvere il caso⁵³. L'ultima opzione è senza dubbio la meno frequente. Di fatto, l'obiettivo principale del giudice è risolvere il caso o la questione di incostituzionalità, non creare dottrina, per cui la critica circa il *cherry picking*, ossia la selezione discrezionale dei casi stranieri da parte del giudice, a supporto della tesi che egli vuole sostenere, è senza dubbio spesso fondata, pur peccando di eccessivo formalismo.

Ci sono invece alcune Corti che indulgono nella costruzione di una vera e propria *doctrine* basata sul metodo comparativo. Per questi casi, è difficile trovare una spiegazione unitaria. Si deve cercare una giustificazione nello specifico contesto culturale e ordinamentale. Ad es., la Corte costituzionale del Sudafrica ha operato inizialmente in un contesto di transizione democratica, nell'impossibilità di ispirarsi a riferimenti normativi e interpretativi precedenti, avendo di fronte la sfida di contribuire alla rifondazione di una società pluriculturale. Ciò significa che le variabili di contesto hanno giocato a favore di un'apertura verso

“straniero”, in condizioni di reciprocità (“dialogo”) o di unilateralità (“riuso”)).».

⁵¹ Ferrari, *Introduction: Judicial Constitutional Comparison and Its Varieties*, cit., 19.

⁵² Si v. già la s. 35 dell'*Interim Constitution*. Cfr. J. Sarkin, *The Effect of Constitutional Borrowing on the Drafting of South Africa's Bill of Rights and Interpretation of Human Rights Provisions*, *Univ. Pennsylvania J. Const. L.*, Vol. 1, 1998, 176 ss.; D. M. Davis, *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South Africa experience*, *Int. J. Const. L.*, Vol. 1, N. 2, 2003, 189 ss.

⁵³ de Vergottini, *Oltre il dialogo*, cit., 123.

modelli importati, anche sulla base delle consulenze straniere ricevute durante il periodo costituente⁵⁴. A livello interno, la Corte ha saputo giovare dei riferimenti alla giurisprudenza straniera, che si sono così venuti a saldare fra loro e con le decisioni prodotte dalla stessa Corte costituzionale; e la compattezza della struttura argomentativa, costruita per “accumulo” dei precedenti giurisprudenziali, ha saputo precisare la collocazione della giurisdizione nel sistema costituzionale e promuoverla ad attore di riferimento della *judicial conversation* con il potere democraticamente legittimato. Nella fase di consolidamento democratico, invece, il riferimento al diritto straniero è andato diminuendo, a favore di un più frequente rinvio alla propria giurisprudenza consolidata.

Per la Corte costituzionale colombiana, la tendenza a redigere sentenze-trattato è da ascrivere in buona parte alla mentalità dei giudici, che rappresentano una élite culturale che trova riconoscimento sociale ed accademico-professionale attraverso il prestigio delle opinioni che redige.

In molte ricerche sul c.d. dialogo giudiziale, i riferimenti al diritto e alla giurisprudenza stranieri vengono analizzati congiuntamente a quelli di diritto internazionale o sovranazionale, e alla giurisprudenza delle Corti internazionali. Tuttavia, nella maggioranza di questi casi, le Corti si limitano ad applicare diritto vigente nell’ordinamento interno, secondo le clausole di recepimento inserite in Costituzione, senza poter esercitare alcun tipo di discrezionalità. Questo accade con i trattati internazionali, con il diritto dell’UE, la giurisprudenza della Corte di giustizia e, per volontà stessa della Corte, con la giurisprudenza della CoIDH. Resta incluso nel dialogo giudiziale solo quello tra Corti nazionali e CoEDU, essendo, per ora, le sentenze della Corte europea vincolanti solo per le parti in giudizio (v. *supra*, Cap. VII).

Le motivazioni che spingono il giudice (inteso come singolo componente del consesso, laddove la sentenza è composta

⁵⁴ V. Leigh Grove, *The International Judicial Dialogue*, cit., 2061: «Many countries have significant political reasons for incorporating outside legal norms. Some countries with unfortunate international reputations join the international judicial dialogue to improve their status in the world community. For example, South Africa, which once permitted apartheid, has relied on the jurisprudence of its Constitutional Court to help demonstrate the nation’s renewed commitment to civil rights. Other nations enter the international judicial dialogue to increase their influence over the creation of international norms».

dalle opinioni di ciascun membro, o dove è ammessa l'opinione dissenziente o concorrente; inteso come estensore dell'*opinion of the court*, altrimenti) a citare giurisprudenza straniera a supporto della propria decisione, e, a volte, a svolgere vera e propria comparazione tra diverse soluzioni giurisprudenziali, sono molteplici: la necessità di colmare un vuoto normativo sulla base di tradizioni giuridiche comuni; l'imitazione di modelli stranieri durante il processo costituente; l'influenza perdurante del modello coloniale; l'appartenenza a una comune area culturale o linguistica. Il presupposto è che si tratta di uno strumento per rafforzare la motivazione e dunque la stessa legittimazione dell'organo giudicante. In alcuni casi, tuttavia, questo argomento è utilizzato a sostegno della tesi opposta, ossia da coloro che ritengono che l'uso di formanti stranieri mini la legittimazione delle Corti, recidendo quel già sottile legame democratico che unisce i giudici costituzionali ai cittadini e che deriva dal rispetto della volontà popolare espressa in Costituzione⁵⁵. Si tratta di uno degli argomenti alla base della nota contrapposizione fra originalisti ed evoluzionisti nel diritto costituzionale statunitense, che ha trovato il suo momento di maggiore visibilità nello scontro interno alla Corte fra il giudice Breyer prima e Kennedy poi, e il giudice Scalia nei casi *Printz v. U.S.* (1997), *Knight v. Florida* (1999), *Atkins v. Virginia* (2002), *Foster v. Florida* (2002), *Roper v. Simmons* (2005). Il tema è tuttora di attualità negli Stati Uniti, sia per la prassi del Senato di chiedere ai candidati a giudice per la Corte suprema la propria posizione in merito; sia per le proposte di legge presentate al Congresso e approvate in molti Stati, di vietare espressamente ai giudici di citare giurisprudenza straniera al di fuori dei precedenti rilevanti nella *common law*⁵⁶.

Al contrario, Häberle ha definito il metodo comparativo come quinto criterio di interpretazione costituzionale⁵⁷. Choudhry ha sostanzialmente corroborato tale posizione quando ha affermato che «courts identify the normative and factual assumptions

⁵⁵ Si vedano, a titolo esemplificativo, le *dissenting opinions* del giudice Scalia nei casi *Laurence v. Texas* (2003) e *Roper v. Simmons* (2005).

⁵⁶ <https://www.ncsl.org>.

⁵⁷ P. Häberle, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, 1992.

underlying their own constitutional jurisprudence by engaging with comparable jurisprudence of other Jurisdictions»⁵⁸.

Le Corti più avvezze a citare giurisprudenza straniera sono quelle canadese, indiana, israeliana, svizzera e sudafricana. Il trend è molto positivo, almeno negli ultimi anni, anche per il *Bundesverfassungsgericht*, per il Tribunale costituzionale portoghese, per le Corti di molti Paesi dell'ex blocco comunista e per quelle latinoamericane. All'altro capo del filo, tra le Corti che quasi mai citano giurisprudenza straniera, troviamo invece la Corte costituzionale italiana, le Corti austriaca, spagnola e belga, le Corti dei Paesi scandinavi, la Corte suprema giapponese e il *Conseil* francese⁵⁹.

Gli ordinamenti già parte dell'Impero britannico manifestano sul piano tecnico-giuridico la domestichezza nel citare, applicare e interpretare precedenti di altre Corti della medesima famiglia giuridica⁶⁰. Un'analisi della rilevanza del fenomeno dovrebbe tenere in conto questo dato. Considerando solo le citazioni di casi fuori dalla *common law*, l'apertura verso il dialogo risulta molto ridimensionata, tanto per il caso degli USA, quanto, ad es., per la Corte suprema inglese⁶¹, mentre resta positivo per la Corte suprema irlandese e per quella neozelandese.

Negli ordinamenti oggi membri del *Commonwealth of Nations* si genera anche un particolare *schema reticolare* di dialogo, basato sulla citazione di dottrina e precedenti decisioni, che muove dalla giurisprudenza del *Judicial Committee of the Privy Council*, è oggetto di *dissemination* e risale per via di appello allo stesso *Judicial Committee* ove questo è ancora corte di vertice delle ex colonie britanniche⁶². Ciò, per un verso, "chiude il cer-

⁵⁸ Choudry, *Globalization in Search of Justification*, cit., 819. V. anche Barak, *The Judge in a Democracy*, cit., 197.

⁵⁹ Il quadro riassuntivo è stato realizzato sulla base dei dati pubblicati in Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit.

⁶⁰ Su tale "domestichezza" cfr. T. Allen, B. Anderson, *The Use of Comparative Law By Common Law Judges*, *Anglo-American L. Rev.*, Vol. 23, 1994, 435 ss.; C. Saunders, *Judicial Dialogue in Common Law Countries*, in AA.VV., *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, 2007, 416 ss.

⁶¹ Cfr. J. O. Frosini, *Splendid Isolation or Open to the World? The Use of Foreign Law by the UK Supreme Court*, in Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit., 67.

⁶² Cfr., *amplius*, M. Nicolini, «When Southern African Courts Join Judicial Conversation»: considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del

chio” dei modelli sui quali poggia questo tipo di dialogo e, per altro verso, consente la trasfusione di «*extra-systemic legal information (foreign law) into judicial inferences*»⁶³. V’è coerenza con le strategie “di sistema” adottate dalle giurisdizioni costituzionali: vuoi perché le decisioni delle corti straniere o sovranazionali richiamate sono filtrate da un giudice costituzionale situato in una dimensione *altra* rispetto a quella in cui tali decisioni sono state rese; vuoi perché dette decisioni supportano l’economia della decisione⁶⁴; vuoi perché siffatta strategia mira all’auto-legittimazione della giurisdizione costituzionale, sia essa *interna*, sia essa *esterna* all’ordinamento di appartenenza, accreditando la Corte *come soggetto del dialogo*.

Gli ordinamenti misti confermano la predisposizione a considerare il pluralismo come elemento costitutivo della mentalità del giurista e a fare dell’adozione di molteplici punti di vista nel processo interpretativo e decisionale un punto di forza. I contesti di transizione giustificano il ricorso all’argomento di diritto straniero come strumento principale per il consolidamento delle istituzioni democratiche.

Minor attenzione è stata dedicata dalla dottrina alla circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza delle Corti⁶⁵, che pure può essere considerato come parte fondamentale di quel fenomeno di “agorà costituzionale globale” sopra descritto.

dialogo costituzionale, in E. Cukani, M. Dicosola, M. Nicolini, G. Poggeschi, *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un ‘itinerario’ geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Napoli, 2015, 118 ss.

⁶³ Così A. Lollini, *The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns Based on Foreign Law*, *Utrecht L. Rev.*, Vol. 8, N. 2, 2012, 56.

⁶⁴ Per la qualificazione della citazione come *argumentum quoad auctoritatem* v. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato*, cit., 243 ss. e 246, e Somma, *Introduzione*, cit., 60.

⁶⁵ Sul dialogo tra formanti giurisprudenziale e dottorale v. almeno L. Pegoraro, G. A. Figueroa Mejía (cur.), *Profesores y jueces. Influxos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, México DF, 2016; P. Passaglia (cur.), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina. Atti delle Giornate italo-franco-belghe di diritto comparato, Pisa, 6 e 7 marzo 2015*, Napoli, 2015; i contributi raccolti in S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Serio (cur.), *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze*, Vol. I, *Le prassi delle corti e le teorie degli studiosi*; Vol. II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Torino, 2016; S. Ragone (ed.), *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, 2015.

Anzi, a maggior ragione, visto che le costrizioni derivanti dal contesto giuridico interno sono sicuramente meno influenti rispetto al recepimento di argomenti dottrinali. Non per niente, lo Statuto della Corte internazionale di giustizia prevede, all'art. 39, che la Corte possa usare, come strumento ausiliario per la determinazione del diritto applicabile per risolvere i propri casi, tanto la giurisprudenza nazionale quanto la dottrina degli autori maggiormente competenti. Soprattutto in ambito costituzionale, le ricostruzioni e interpretazioni della dottrina, allorché fondate su concetti generali e astratti, principi e valori suppostamente condivisi o condivisibili, trovano meno ostacoli alla circolazione, pur dovendosi confrontare con la mentalità del giurista interno e con il livello di pluralismo giuridico e culturale esistente in ciascun ordinamento. L'influenza che la dottrina produce sulla giurisprudenza costituzionale viene evidenziata da G. Vedel, ex Presidente del *Conseil constitutionnel* francese: «tout effort critique de la doctrine engendre un effort d'autocritique du Conseil constitutionnel et donc est précieux pour celui-ci»⁶⁶. I risultati prodotti da questo tipo di analisi sono solo in parte sovrapponibili a quelli sulle citazioni giurisprudenziali, a sottolineare la diversa percezione del ruolo del formante dottrinale nel plasmare il diritto vivente. In America latina, per esempio, l'autorità della dottrina straniera supera in molti casi quella della giurisprudenza (interna e straniera).

4.2. *Le opinioni dissenzienti come strumento di trasparenza del processo decisionale*

Lo stile delle sentenze⁶⁷ resta a tutt'oggi profondamente diverso all'interno delle due famiglie di *common law* e *civil law*. Nella famiglia anglosassone, ciascun giudice è ugualmente depositario del patrimonio sapienziale caratterizzato dalla sovrapposizione tra precedenti e consuetudini che costituiscono la *common law* e partecipa di un processo di creazione continua del diritto. Per tale motivo, laddove l'organo non è monocratico, cia-

⁶⁶ G. Vedel, *Doctrine et jurisprudence constitutionnelles*, RDP, 1989, 14.

⁶⁷ Fondamentale sul tema resta il lavoro di G. Gorla, *Lo stile delle sentenze – Ricerca storico-comparativa*, Quaderni de *Il Foro Italiano*, Vol. 90, N. 12, 1967, 313 ss. V. anche, di recente, N. Posenato, *Lo stile delle sentenze. Profili di attualità di diritto comparato*, Padova, 2017.

scun giudice redige la propria *opinion*, sicché la sentenza va letta e interpretata alla luce del complesso intreccio fra le diverse motivazioni e i principi di diritto in esse stabiliti. Tuttavia, anche in alcuni ordinamenti di questa tradizione si è imposta una prassi parzialmente diversa, quella della *opinion of the court*, per cui i giudici della maggioranza parlano con una sola voce, mentre i giudici che non sono d'accordo possono scrivere una opinione «dissenziente» (*dissenting or separate opinion*, *voto salvado* o *disidente* o *vencido*, o *particular*) o «concorrente» (*concurring* o *aclaración de voto*), quando concordano sul dispositivo, ma non sul percorso argomentativo che ha condotto la maggioranza a tale esito.

Negli ordinamenti di *civil law*, la sentenza è sempre espressione unitaria dell'organo giudicante, in quanto espressione di una funzione attribuita all'istituzione. L'origine francese del modello riconduce la funzione giudicante al potere esecutivo. Si tratta di funzionari pubblici, che si limitano ad applicare la legge, per cui la loro individualità non assume nessuna rilevanza nell'esercizio della funzione⁶⁸.

Questo schema si ripropone anche per la giustizia costituzionale, con alcune varianti. Nei sistemi a controllo diffuso appartenenti all'area di *common law*, non si fuoriesce dal principio generale. In alcuni sistemi accentrati o misti, dove sussiste una Corte costituzionale non inserita nella magistratura ordinaria, il costituente o il legislatore hanno attribuito ai giudici il potere di redigere opinioni dissenzienti e/o concorrenti. Ciò succede anche in alcuni ordinamenti appartenenti alla tradizione di *civil law*, laddove il controllo di costituzionalità è affidato a una Sala specializzata della Corte suprema.

Fuori dalla tradizione anglosassone, le opinioni separate sono previste in Albania, Armenia, Azerbaijan, Bielorussia, Bolivia, Bosnia-Erzegovina, Cile, Colombia, Croazia, Ecuador, Estonia, Georgia, Germania, Haiti, Kazakhstan, Kosovo, Lettonia, Lituania, Macedonia, Moldavia, Mongolia, Mozambico, Perù, Polonia, Portogallo, Russia, Serbia, Slovenia, Spagna, Sudan, Taiwan, Tajikistan, Ucraina, Uzbekistan, Venezuela. Negli altri casi, di solito la normativa si limita a non menzionare questa

⁶⁸ Per una comparazione tra i due sistemi G. Pavani, *Il potere giudiziario*, in Pegoraro, Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., 501-539, in part. 519 s.

possibilità, come ad es. in Italia. In alcuni ordinamenti le opinioni dissenzienti sono espressamente vietate, come ad es. in Libano, dove l'art. 26 della *Loi n. 516 du 6 juin 1996 portant Règlement intérieur du Conseil constitutionnel* statuisce che le opinioni dissidenti verranno annotate nel processo-verbale della causa, ma non saranno suscettibili di pubblicazione.

Negli studi di taglio sociologico/antropologico sulla funzione giudiziaria⁶⁹, così come nei volumi "autobiografici" degli ex giudici costituzionali⁷⁰, viene spesso sottolineato il fatto che il lavoro presso le Corti non è solipsistico, bensì si caratterizza per un intenso rapporto dialogico, finalizzato ad ottenere il massimo dall'apporto di ciascuno e, ove possibile, a raggiungere unità di intenti⁷¹. La scelta di redigere un'opinione dissenziente o concorrente non è mai presa alla leggera. I giudici sono ben consapevoli del fatto che la presenza di opinioni dissenzienti/concorrenti rischia di indebolire la forza della sentenza, mostrando l'assenza di unanimità fra i giudici circa una determinata interpretazione costituzionale⁷². Dall'altro lato, essa fornisce ulteriori argomenti e punti di vista divergenti rispetto al contenuto della norma, contribuendo ad arricchire il dibattito che sul caso si produce all'interno della Corte e all'esterno del giudizio costituzionale; rappresenta inoltre un'opportunità ulteriore di esercizio di controllo sociale da parte dell'uditorio sulla Corte, sia di quello specializzato che della società civile⁷³; contribuisce ad

⁶⁹ B. Woodward, S. Armstrong, *The brethren inside the Supreme Court*, New York, 1979; B. Schwartz, *Decision: how the Supreme Court decides cases*, Oxford, N.Y., 1996.

⁷⁰ Barak, *The Judge in a Democracy*, cit.; D. Grimm, *To Be A Constitutional Court Judge*, Distinguished Fellow Lecture Series – A Conversation with Professor Dieter Grimm, NYU School of Law, Hauser Program, March 3. 2003.

⁷¹ C. H. Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, 2013, 3.

⁷² N. Garoupa, T. Ginsburg, *Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences*, *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, Vol. 28, 2011, 546-547.

⁷³ Gli argomenti a favore e contro l'introduzione dell'opinione dissenziente negli ordinamenti che ne sono sprovvisti sono stati ampiamente approfonditi dalla dottrina. Per l'Italia, tra gli altri: A. Anzon, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, *Politica del diritto*, 1992, 329-350; S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998; M. D'Amico, *The Italian Constitutional Court and the absence of dissent: criticisms & perspectives*, in Zanon, Ragone

arricchire quel concetto di giustizia costituzionale deliberativa di cui si dirà a continuazione.

5. Giustizia costituzionale e democrazia deliberativa

Secondo il giudice della Corte costituzionale colombiana Bernal Pulido, l'attivismo delle corti genera un ossimoro nella giustizia costituzionale⁷⁴: da una parte, le Corti sono spesso obbligate a svolgere un ruolo creativo, suppletivo del legislatore, soprattutto quando in gioco c'è la tutela dei diritti fondamentali; dall'altra, le sentenze che spingono maggiormente in alto l'asticella della garanzia dei diritti restano lettera morta, in quanto non incrociano la volontà politica dell'Esecutivo, o non trovano la collaborazione attiva delle istituzioni competenti all'attuazione dei diritti (legislatore nazionale o statale; amministrazione; giudici ordinari). Sempre secondo Bernal Pulido, ciò mette a rischio la legittimazione delle Corti sotto vari profili: incrementa il contenzioso costituzionale, creando un sovraccarico di lavoro per organi in principio pensati come di chiusura del sistema; genera sfiducia nella giustizia costituzionale, in quanto le decisioni che essa produce non vengono rispettate; al contempo, delegittima gli organi politici, che non sembrano in grado di affrontare e risolvere i problemi della gente; contemporaneamente, crea anche un alibi per la maggioranza di Governo, che invece di rischiare la propria credibilità puntando su riforme strutturali, delega la gestione dei grandi problemi sociali alla giurisprudenza delle Corti; sottopone le Corti alle pressioni di gruppi di interesse, che invece di rivolgersi ai propri rappresentanti in Parlamento, cercano la via del contenzioso costituzionale; incentiva indirettamente un sistema di garanzie discriminatorio nei confronti

(eds.), *The Dissenting Opinion. Selected Essays*, cit., 85 ss. In generale: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on separate opinions of Constitutional Courts*, adopted by the Venice Commission at its 117th Plenary Session (Venice, 14-15 December 2018), Opinion No. 932 / 2018, www.venice.coe.int. V. anche W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris/Aix-en-Provence, 2005; A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, 2016.

⁷⁴ C. Bernal Pulido, *Introduction to I-CONnect Symposium—Contemporary Discussions in Constitutional Law—Part II: The Paradox of the Transformative Role of the Colombian Constitutional Court*, *Int'l J. Const. L. Blog*, Oct. 31, 2018, www.iconnectblog.com.

degli strati più deboli della popolazione, che non hanno accesso e mezzi per rivolgersi alle corti. Bernal Pulido, nell'intervento citato, si limita ad accennare a una possibile soluzione, suggerendo fra le righe la necessità di recuperare un più equilibrato rapporto tra giustizia costituzionale e organi politici, puntando sul rafforzamento della democrazia deliberativa⁷⁵.

Si tratta di un (non troppo)⁷⁶ nuovo approccio al tema della legittimazione della giustizia costituzionale nell'ambito delle teorie sulla democrazia⁷⁷; nonché di sondare la possibilità di un approccio deliberativo anche all'interno delle teorie sulla natura del giudizio di costituzionalità come processo di decisione.

Secondo Mendes, la relazione tra giustizia costituzionale e democrazia deliberativa può avvenire in almeno due modi. All'interno dell'organo, i giudici costituzionali possono decidere seguendo un processo deliberativo, ossia basato sul confronto e il dialogo fra i giudici stessi come decisori, e le altre istituzioni e la società civile come interlocutori. Esternamente, possono essi stessi contribuire a determinare il contenuto di future decisioni costituzionali o legislative, come interlocutori in processi deliberativi extra-giudiziali, in atto o futuri⁷⁸. Il c.d. *new commonwealth model of judicial review* va in questa ultima direzione,

⁷⁵ «Deliberative democracy is grounded in an ideal in which people come together, on the basis of equal status and mutual respect, to discuss the political issues they face and, on the basis of those discussions, decide on the policies that will then affect their lives» A. Bächtiger, J. S. Dryzek, J. Mansbridge, M. Warren, *Deliberative Democracy: An Introduction*, in Id. (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford, 2018, 2.

⁷⁶ Già Alexander Bickel richiamava un'idea di giustizia costituzionale come dialogo incessante tra la Corte e tutti i soggetti coinvolti, dalle istituzioni ai cittadini, che si realizzava anche attraverso gli strumenti processuali che le consentono di non giudicare, e quindi di scegliere il momento socialmente e politicamente più appropriato per far maturare una decisione il più possibile condivisa: Bickel, *The least dangerous branch*, cit., 235-240. V. anche M. Van Hoecke, *Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation*, *Ratio Juris*, Vol. 14, N. 4, 2001, 415-23.

⁷⁷ Lo stesso procedimento argomentativo viene utilizzato da Von Bogdandy e Venzke per legittimare la *international adjudication*: A. Von Bogdandy, I. Venzke, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, 2014, in part. Cap. 4, 156 ss.

⁷⁸ Rosanvallon qualifica il ruolo delle Corti all'interno di una nuova teoria democratica come "reflexivity": «The courts do not merely judge and censure; they also help to enrich democratic deliberation by encouraging and establishing the conditions of being together (l'être-ensemble)»: Rosanvallon, *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*, cit., 118.

in quanto rinuncia ad attribuire ai giudici l'ultima parola in tema di costituzionalità delle leggi, a favore dell'instaurazione di un dialogo con il legislatore. Si prende atto, dunque, che l'interpretazione costituzionale è una funzione condivisa fra diversi attori sociali e istituzionali, e che favorire l'interazione fra essi può facilitare la formazione di una cultura costituzionale condivisa⁷⁹.

Il modello di giustizia costituzionale deliberativa proposto da Mendes cerca di armonizzare il ruolo delle Corti costituzionali con i principi democratici anche quando esse agiscono come decisori finali⁸⁰. Il processo deliberativo applicato alle diverse fasi del giudizio⁸¹ smorza il carattere "aristocratico" della decisione, in quanto fin dall'inizio si tiene aperto un canale di dialogo con gli interlocutori esterni al processo. La proposta non va tuttavia interpretata come una rinuncia alla funzione di garanzia della Costituzione attribuita alla Corte, né come una negoziazione sui limiti del compromesso sul suo contenuto. Semplicemente, prende atto che di fronte a una società plurale, non più omogenea sotto alcun aspetto, una decisione sul contenuto della Costituzione vada presa costruendo insieme il consenso sulla base dei migliori argomenti⁸². Si tratta, cioè, di fondare il consenso non (soltanto) sull'autorità del decisore, bensì (anche) sulla qualità del processo deliberativo⁸³.

⁷⁹ G. Tusseau, *Deux dogmes du constitutionnalisme*, in AA.VV., *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élizabeth Zoller*, Paris, 2018, 882.

⁸⁰ Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, cit., 187; H. L. Kong, R. Levy, *Deliberative Constitutionalism*, in Bächtiger, Dryzek, Mansbridge, Warren, *Deliberative Democracy: An Introduction*, cit., 633 s.

⁸¹ L'autore identifica tre momenti nei quali è possibile articolare meccanismi deliberativi: *public contestation* (ossia la fase pre-decisionale, di discussione del caso); *collegial engagement* (ossia la fase di deliberazione interna); *deliberative written decision* (ossia la fase di pubblicizzazione della decisione).

⁸² A. Grijalva, giudice della Corte costituzionale dell'Ecuador, afferma che il processo di interpretazione della Costituzione coinvolge tutte le autorità e tutti i cittadini: A. Grijalva, *Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte constitucional*, in S. Andrade, A. Grijalva, C. Storini (eds), *La nueva Constitución de Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, 2009, 269; Díaz Revorio, *Valores superiores*, cit., 376.

⁸³ «Instead of focusing on the question of whether judicial review is illegitimate because it frustrates democratic will, we claimed that judicial review is legitimate to the extent that it facilitates democratic deliberation, both within institutions of public power (including the courts) and within wider society»: Kong, Levy, *Deliberative Constitutionalism*, cit., 634. V. anche M. Cartabia, *Editorial, ICON*, Vol. 18, N. 1, 4.

Le teorie sulla democrazia deliberativa si fondano su principi che garantiscono una “buona deliberazione”. L’espressione è da intendersi non in senso finalistico, rispetto a una gerarchia prestabilita di valori, ma procedurale, ossia come un processo che massimizza il consenso o almeno l’accettazione della decisione finale, anche da parte di coloro che non sono in principio d’accordo, proprio in virtù del processo deliberativo svolto e della razionalità degli argomenti che sono stati portati in discussione. In questo senso, quegli stessi valori (rispetto reciproco fra gli interlocutori, assenza di potere, eguaglianza e inclusione, aspirazione al consenso e al bene comune, pubblicità e trasparenza, responsabilità e sincerità⁸⁴) sono applicabili anche al “ben giudicare”, che secondo Garapon, implica tener presenti tutti gli interessi e le circostanze in gioco, anche extra-giuridici. Giudicare implica «la consapevolezza, in chi giudica, di condividere la medesima condizione di colui che viene giudicato» e richiede un processo di consapevole presa di distanza, «divenire un terzo innanzitutto di fronte a sé stesso»⁸⁵.

L’analisi comparativa offre alcuni esempi dei meccanismi istituzionali identificati da Mendes, che favoriscono un approccio deliberativo alla giustizia costituzionale⁸⁶. Alcuni istituti sono stati recepiti direttamente dal costituente o dal legislatore; altri, sono frutto dell’autonomia normativa delle Corti (attraverso i regolamenti interni) o del loro essere padrone del processo costituzionale (attraverso atti endo-processuali).

⁸⁴ Bickel, *The least dangerous branch*, cit., 205: «Self conscious intellectual candor in finding and following a rational path of decision is one of the chief assurance of disinterestedness».

⁸⁵ Garapon, *Del giudicare*, cit., rispettivamente 267 e 270.

⁸⁶ Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, cit., 169: «i. Institutional location (Between specialized and non-specialized jurisdiction); ii. Number of decision-makers (Between the few and the “too few”); iii. Character of decision-makers (Between plurality and homogeneity); iv. Mode of appointment (Between partisan and consensual)», p. 149; «vi. Docket-forming (Between discretionary and mandatory); vii. Agenda-setting (Between discretionary and mandatory); viii. Character of interlocutors (Between broader and narrower filters); ix. Mode of interaction (Form, procedure, and style); x. Tenure (Between life tenure and fixed term)», p. 159; «x. Sessions (Between public and secret); xi. Mode of interaction (Between formal and informal, face-to-face and written); xii. Decisiveness (Between unanimity and majority)», p. 164; «xiii. Public display of internal Division (Between per curiam and seriatim); xiv. Decision-drafting (More or less interactive processes); xv. Communicating (Various instruments)».

Tra i primi, possiamo citare:

- il favore per un ampliamento della legittimazione ad agire, a vantaggio dei singoli cittadini, sia per la tutela di diritti costituzionali, che attraverso *actio popularis* (v. *supra*, Cap. 3, § 2);
- la possibilità di intervento da parte di interlocutori esterni al processo, su loro iniziativa, come nel caso dell'*amicus curiae*, o su richiesta della Corte, come nel caso dei *conceptos* latinoamericani (v. *supra*, Cap. 3, § 5);
- la possibilità di convocare udienze pubbliche conoscitive, per la discussione dei temi oggetto di decisione, come nel caso colombiano dell'*habeas corpus* a favore dell'orso Chucho⁸⁷.

Nella seconda categoria, rientrano i casi in cui le Corti fanno uso dei poteri di autoregolamentazione del processo costituzionale, per gestirne i tempi di svolgimento in armonia con un processo deliberativo in atto nella società, o che la Corte vuole instaurare con le istituzioni.

Possiamo menzionare:

- la dilazione nella calendarizzazione del caso, o il suo rigetto in sede di ammissibilità, al fine di consentire un dibattito pubblico maggiormente inclusivo e dialettico sul tema, come successo in Spagna nel caso del matrimonio omosessuale (v. *supra*, Cap. 3, § 7) o come è prassi negli Stati Uniti rispetto a temi eticamente sensibili, secondo le maggioranze interne alla Corte;
- la fissazione dell'udienza di trattazione a lunga distanza (ad es. un anno), per consentire al legislatore di modificare una normativa "in odore di incostituzionalità" o di assumersi la responsabilità politica dell'inerzia, come successo nel caso dell'aiuto al suicidio in Italia (v. *supra*, Cap. 3, § 7);
- il rinvio degli atti al giudice *a quo* per una nuova deliberazione sui requisiti di ammissibilità della questione, al fine di instaurare un dialogo con la magistratura ordinaria sui reciproci ruoli in tema di interpretazione e applicazione della Costituzione (v. *supra*, Cap. 3, § 2.4).

Un'apertura verso il superamento del principio di maggioranza fra i giudici all'interno del processo costituzionale, a favo-

⁸⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co>.

re di un procedimento deliberativo che favorisca la creazione del consenso, si ritrova in alcune norme di legge o regolamento, relative ai *quorum* decisionali delle Corti (v. *supra*, Cap. 3, § 5).

Con riferimento alla regola della maggioranza, Mendes nota che «It is not at all obvious, however, that it should be adopted as a standard of decisiveness within a constitutional court»⁸⁸. In alcuni ordinamenti, il favore per decisioni basate sul consenso viene espresso nella legge o nel regolamento della Corte. Questo accade in Colombia: «Con todo, cuando uno o más Magistrados estimen fundadamente que un asunto se decida por consenso y así lo propongan, la Sala Plena de la Corte hará lo conducente para lograrlo y dispondrá que la decisión de tal asunto no se produzca antes de la siguiente sesión ordinaria, cuando los términos constitucionales y legales así lo permitan. Si no se obtuviere el consenso, se aplicará la regla general sobre mayorías» (art. 3° *Acuerdo 2 de 2015, Julio 22, Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional*)⁸⁹.

Il processo è un rituale che ha sostituito la violenza privata come forma di risoluzione dei conflitti fra gli individui. In questo senso è un segno evolutivo della società, a prescindere dal fatto che il rituale cambi tra le varie culture. Ogni rituale ha i propri simboli, rappresentazioni astratte degli opposti valori in gioco. Anche le teorie contrattualistiche alla base del costituzionalismo assolvono a una funzione simile rispetto alle lotte per il potere tra i gruppi sociali. La Costituzione è il prodotto del rituale del contratto sociale, che chiamiamo esercizio del potere costituente. Come il processo ha i suoi simboli, anche il costituzionalismo, nelle sue varie forme, ha i propri. La giustizia costituzionale è un simbolo del costituzionalismo democratico? Molti dei tradizionali simboli democratici (le elezioni, i partiti, il principio di eguaglianza sostanziale, ...) sono oggi sul punto di perdere la loro forza rappresentativa. D'altro canto, la rappresentanza non passa necessariamente per un'elezione, ma per l'assunzione della garanzia degli interessi del rappresentato⁹⁰. In que-

⁸⁸ Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, cit., 168.

⁸⁹ V. anche in Mozambico: art. 33 Legge «(Acórdãos e deliberações). 1. Os Acórdãos e Deliberações do Conselho Constitucional são tomados por consenso».

⁹⁰ Wildemeersch, *Bref propos conclusif sur les fonctions politiques des juges*, cit., 354.

sto senso lato, anche le Corti costituzionali possono essere considerate “rappresentanti” del popolo, laddove ci sia con esso un canale di comunicazione aperto. Secondo Garapon «La lotta per la democrazia passa per la nuova simbolizzazione dei suoi luoghi di appartenenza, come la mediazione penale o le nuove istanze deliberative»⁹¹. Una giustizia costituzionale deliberativa potrebbe diventare il nuovo simbolo della democrazia contemporanea, ecologica e interculturale⁹².

⁹¹ Garapon, *Del giudicare*, cit., 240.

⁹² Q. Camerlengo, *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica*, Milano, 2020; B. Marquardt, *La sexta ola o era del Estado constitucional democrático, social y ambiental 'ECDSA' en Iberoamérica: re-constitucionalización y pluralismo tridimensional*, *Revista Derechos en Acción*, N. 14, 2020, 79 ss., in part. 147 ss.

TRATTATO DI DIRITTO PUBBLICO COMPARATO

Fondato e diretto da Giuseppe Franco Ferrari

Vincenzo De Falco, *Azione amministrativa e procedimenti nel diritto comparato*, 2018.

Silvio Gambino, Jorge Lozano Miralles, Fernando Puzzo, Juan José Ruiz Ruiz, *Il sistema costituzionale spagnolo*, 2018.

Eloy Garcia, Elisabetta Palici di Suni, Martin Rogoff, *Gli istituti di democrazia diretta nel diritto comparato*, 2018.

Mauro Mazza, *I sistemi del lontano Oriente*, 2019.

Angela Di Gregorio, *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, 2019.

Domenico Amirante, *I sistemi costituzionali dell'Asia meridionale*, 2019.

Guerino D'Ignazio, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, 2020.

Silvia Bagni, Matteo Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, 2021.

